

VERT : clauses (moins dé)favorables aux salariés

ROUGE : clauses défavorables aux salariés

LIBERER LES EMPLOYEURS ET EN MEME TEMPS PROTEGER LES LICENCIERS

Analyse de la 3^{ème} ordonnance

► Organiser l'impunité des employeurs

1/ Licencier sans motif pour pas cher :

La seule chose qui retient quelque peu les employeurs dans l'exercice de leur pouvoir dans l'entreprise, qu'il s'agisse de la rémunération, du temps de travail, de son organisation ou même de la sécurité, c'est le risque que le salarié saisisse les prud'hommes et qu'il soit condamné. Et même si le risque est très faible quant à la saisie (moins d'1% des salariés) et au résultat des jugements (les conseillers prud'hommes employeurs sont à parité dans les conseils avec les conseillers salariés).

Dès lors, avoir l'assurance que, même en cas de licenciement reconnu abusif par les juges, l'employeur s'en tirera avec un tarif forfaitaire et dont l'indécence est si forte qu'il est même en dessous du référentiel facultatif dont Macron s'était contenté devant la juste opposition du Conseil constitutionnel.

Tous les salariés seront donc soumis pour le montant de l'indemnité en cas de licenciement reconnu abusif à un plafond et à un plancher. Il n'y avait pas de plafond jusqu'ici en vertu du principe constitutionnel de réparation à la hauteur du préjudice subi. Quant au **plancher dans les entreprises de plus de 10 salariés**, qui était de **six mois** il passe quelle que soit l'ancienneté à **3 mois** (sauf pour ceux qui ont moins de deux ans d'ancienneté où il est d'**1 mois pour ceux qui ont 1 an d'ancienneté et 0 pour ceux qui ont moins d'1 an**).

Et une petite gâterie pour les **entreprises de moins de 11 salariés**, le plancher varie de **0 à 2,5**. Une indemnité en forme d'insulte.

Pour rappel, le plancher de 6 mois avait été retenu en référence à la durée moyenne de chômage quand la mesure a été décidée, elle est de 13 mois aujourd'hui.

Le gouvernement fait valoir qu'il a généreusement maintenu un plancher de 6 mois, sans plafond, pour les **licenciements reconnus comme discriminatoires ou suite à un harcèlement moral ou sexuel**. C'est donc qu'il est parfaitement conscient de l'injustice d'une indemnisation forfaitaire quel que soit le préjudice subi. Mais dans le même temps, il crée une nouvelle mesure qui consiste à renvoyer aux nouveaux planchers et plafonds les salarié(e)s qui prennent « acte » de la rupture, de fait, du contrat de travail par l'employeur et demandent aux prud'hommes de reconnaître cette rupture aux torts de celui-ci (nouvel article L.1235-3-2). Or les salarié(e)s harcelé(e)s ou discriminé(e)s se retrouvent le plus souvent dans une situation qui les conduit soit à démissionner, soit à tomber malade, prélude soit à un licenciement pour absence ou inaptitude, soit à une attitude d'attente de l'employeur qui ne leur laisse le choix, pour les rares cas où ils (elles) en ont encore la force, de saisir les prud'hommes par la « prise d'acte ». Une décision difficile à prendre car tant que le jugement des prud'hommes n'est pas rendu, Pôle emploi refuse la prise en charge au titre du chômage et il faut, outre la démonstration de la responsabilité de l'employeur dans la

rupture, apporter suffisamment d'éléments pour établir le harcèlement ou la discrimination, ce qui s'avère très souvent mission impossible.

Au passage, on peut remarquer que le gouvernement, qui n'a de cesse d'en appeler au respect du cadre européen, passe outre la directive européenne du 5 juillet 2006 qui interdit le plafonnement en cas de harcèlement sexuel.

S'il a été assez largement fait état du montant forfaitaire scandaleusement faible, tant pour le plancher que pour le plafond, **la technique pour abaisser le coût d'une éventuelle condamnation a également d'autres moyens :**

- aux juges qui pensent avoir, en leur âme et conscience bordées par les planchers et plafonds idoines, fixé la juste indemnité pour le préjudice subi par le salarié licencié abusivement, il est imposé de « *tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture* » au cas où cela pourrait les conduire à regarder le salarié et son préjudice d'un œil moins compatissant ;
- de même, pour le préjudice subi en raison des irrégularités dans la procédure suivie pour son licenciement, le salarié pouvait obtenir jusqu'avant l'ordonnance des indemnités cumulables avec l'indemnité pour licenciement abusif ; le juge devra certes toujours les prendre en compte mais le cumul ne pourra se faire que « *dans la limite des montants maximaux prévus au présent article.* ». Un plafond mobile en fait ;
- au passage, le montant d'une de ces indemnités, celle pour le non respect de la priorité de réembauche, passe de deux mois minimum à un mois minimum.

Un exemple pour donner une idée de l'écroulement des indemnités que pourront espérer les rares salariés qui tenteront l'aventure : un salarié ayant deux ans et 11 mois d'ancienneté (l'ordonnance ne compte qu'en années entières, dans cet exemple l'ancienneté est de deux ans), licencié abusivement pour motif économique dans une entreprise n'ayant pas mis en place des élections pour les représentants du personnel et n'ayant pas respecté la priorité de réembauche, aurait dû percevoir au minimum avant l'ordonnance 9 mois de salaire brut (6 pour le licenciement abusif, 1 mois pour la non mise en place de représentants du personnel, 2 mois pour le non respect de la priorité de réembauche) percevra 3,5 mois de salaire brut (le plafonds étant en ce cas de 3,5 mois et le plancher de 3, l'ajout des deux autres indemnités d'un mois minimum chacune, fait immédiatement toucher le plafond).

Rien n'a été oublié dans cette volonté de tisser l'impunité des employeurs délinquants et d'interdire toute réparation pour les victimes :

Ainsi, pour les **licenciements pour motif économique** (de plus de 10 salariés dans les entreprises de plus de 50 salariés) intervenus alors que la procédure est nulle, le juge devait accorder au salarié victime une indemnité qui ne pouvait être inférieure à 12 mois de salaire. **L'ordonnance divise cette indemnité par deux** (nouvel article L.1235-11).

De même, division par deux, **6 mois au lieu de 12 pour les licenciements abusifs de salariés consécutifs à un accident du travail ou à une maladie professionnelle** (nouvel article L.1226-15).

2/ Licencier avec le droit de se « tromper » de motif :

Tout d'abord, pour éviter aux malheureux employeurs qui seraient prétendument condamnés aux prud'hommes pour avoir mal rédigé la lettre de licenciement, des modèles de lettre seront fixés par décret (articles L.1232-6, L.1233-16, L.1233-42).

Comme les employeurs pourront, de bonne foi, se « tromper » de case, ils auront encore une chance au grattage, ils pourront modifier la lettre après notification.

Encore une chance au tirage, **si le salarié n'a pas demandé de modification de la lettre, l'« insuffisance de motivation » de la lettre ne pourra pas être utilisée pour déclarer le licenciement abusif, cette « insuffisance » sera considérée comme une « irrégularité » n'ouvrant droit qu'à un mois d'indemnité pour le préjudice, un mois qui ne sera d'ailleurs pas même dû si le licenciement est reconnu comme abusif pour une autre raison !** (article L.1235-2).

Enfin, et ce n'est pas rien, **la sanction des autres « irrégularités » est sensiblement adoucie.**

Tout d'abord, s'il est vrai que lorsque le licenciement était reconnu comme abusif, le non respect de la procédure n'était pas sanctionné en tant que tel, une exception notoire a été supprimée par l'ordonnance concernant les salariés de moins de deux ans d'ancienneté et ceux des entreprises de moins de 11 salariés : pour ces salariés, les plus confrontés à des licenciements sans respect de la procédure d'assistance lors de l'entretien préalable, le non respect de cette procédure essentielle était sanctionné par le versement d'une indemnité. De même, la jurisprudence considérait que le non respect de procédures conventionnelles devait être sanctionné, alors que l'ordonnance supprime toute sanction quelle que soit l'« irrégularité » (nouvel article L.1235-5).

Enfin lorsque le licenciement n'est pas jugé abusif (« cause réelle et sérieuse »), le juge devait imposer à l'employeur d'accomplir la procédure (exemple : faire remettre une lettre de licenciement dans les formes légales), obligation supprimée par l'ordonnance (nouvel article L.1235-5).

3/ Licencier pour motif économique sans contraintes :

L'ordonnance foisonne de moyens supplémentaires pour les employeurs permettant de **licencier pour motif économique mais sans que cela soit considéré comme un motif économique ; de justifier d'un motif économique ; de choisir les salariés licenciés ; de pouvoir passer outre l'obligation de transfert des contrats de travail ; de toujours plus affaiblir le contrôle des représentants du personnel :**

Il y avait déjà la « *rupture conventionnelle* » individuelle issue de l'A.N.I du 11 janvier 2008 et de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 qui permettait de licencier sans motif. Voici venu le temps de la « *rupture conventionnelle collective* » correspondant à des suppressions de poste pour motif économique mais dont l'ordonnance énonce que, comme la rupture conventionnelle individuelle, il ne s'agit là pas d'un motif économique (article L.1233-3).

Pour une entreprise appartenant à un groupe, le périmètre d'appréciation du motif économique sera désormais limité au territoire national et au même « *secteur d'activité* » (article L.1233-3). De même pour le reclassement, pour lequel l'employeur pourra se contenter de diffuser « *par tout moyen* » la liste des postes disponibles (article L.1233-4). A noter que l'ordonnance, contrairement aux affirmations sur le « dialogue social au plus près du terrain » interdit à un accord collectif de prévoir un périmètre plus large que le périmètre national (article L.1233-24-2).

Les critères d'ordre des licenciements pouvaient déjà, depuis la loi Macron, être fixés par accord collectif au niveau d'un établissement, pour les entreprises de plus de 50 salariés licenciant plus de 10 personnes dans une période de 30 jours. L'ordonnance étend cette nouvelle possibilité de choisir les salariés à toutes les entreprises (article L.1233-5).

La loi El Khomri permettait aux entreprises de plus de 1000 salariés d'être dispensés de l'obligation de reprendre les contrats de travail en cours lors d'une reprise d'activité. L'ordonnance étend cette possibilité de ne pas reprendre les salariés à toutes les entreprises (article L.1233-61).

Pour les licenciements de moins de 10 salariés dans une période de 30 jours, l'ordonnance impose désormais un délai d'un mois pour la consultation du « *comité social et économique* » non prévu jusqu'ici (article L.1233-8).

En passant, l'ordonnance ne se prive pas du plaisir de l'égalage du plus grand cynisme et d'une insulte à la souffrance des personnes licenciées : les représentants du personnel seront consultés – cynisme - sur « *les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail* » mais seulement – insulte - « *le cas échéant* » (articles L.1233-10, L.1233-24-2 et L.1233-31).

La consultation des représentants du personnel sur les licenciements pour motif économique est aussi écornée : en l'absence de comité d'entreprise, les délégués du personnel étaient consultés (ancien article L.1233-30). Cette possibilité disparaîtra désormais dans toutes les entreprises de plus de 10 salariés où les salariés qui auraient pu souhaité être candidats aux élections de délégués du personnel ne voudront pas être élus avec les trois casquettes au « *comité social et économique* » (délégués du personnel/comité d'entreprise/comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail).

Les possibilités de recours à des expertises font l'objet de plusieurs restrictions : possibilité de les limiter par accord d'entreprise (articles L.1233-21 et 22) ; remplacement pour les licenciements pour motif économique de l' « expert-comptable » par un « *expert* » (articles L.1233-34 et L.1233-36) et extension de l'expertise aux « *effets potentiels du projet sur les conditions de travail* », ce qui est cohérent avec l'impossibilité de contester le motif économique dans ses définitions actuelles et introduit une diversion en faisant porter l'attention sur les conséquences et non plus sur les causes (article L.1233-34) ; fixation d'un délai pour la remise de l'expertise et pour la désignation d'un expert (articles L.1233-34 et 35) ; possibilité pour l'employeur de s'opposer à l'expertise dans les 5 jours en saisissant le D.I.R.E.C.C.T.E d'un recours, la décision de la D.I.R.E.C.C.T.E ne pouvant en outre faire l'objet d'un recours que devant le tribunal administratif (article L.1233-35-1).

4/ Rendre toujours plus difficile l'accès aux prud'hommes :

Le délai de recours, quel que soit le motif du licenciement, passe à un an contre deux auparavant pour la rupture du contrat (article L.1471-1)

Pour la nouvelle invention des **départs collectifs « volontaires »**, **le recours aux prud'hommes sera interdit sur les quatre points principaux** : l'accord collectif lui-même, le contenu de l'accord, la procédure suivie et la décision de la D.I.R.E.C.C.T.E. Tous ces recours possibles ne peuvent faire l'objet que d'un seul recours après la décision de la D.I.R.E.C.C.T.E et ce recours, qui doit être formé dans les deux mois, ne peut l'être que devant le tribunal administratif.

Les prud'hommes ne peuvent éventuellement être saisis, et dans un délai de 12 mois, que sur l'exécution du « *plan de départs volontaires* » (article L.1237-19-8).

Une après l'autre, les contraintes sur les défenseurs syndicaux limitent la possibilité pour les salariés d'être assistés et représentés gratuitement : aux lois lois Macron et El Khomri, l'ordonnance se conjugue pour imposer aux défenseurs syndicaux des contraintes de procédure encore plus fortes que celles dévolues aux avocats. C'est le cas de la représentation à la phase de conciliation aux prud'hommes où le défenseur syndical, contrairement aux avocats, devra justifier d'un pouvoir spécial pour la conciliation et pour les « mesures d'orientation » qui ont été instituées par la loi Macron.

5/ Licencié sans le souci du reclassement :

L'employeur, même si l'entreprise appartient à un groupe, ne sera plus obligé de proposer au salarié victime d'un accident ou d'une maladie, liés ou non au travail, un reclassement en dehors du territoire national. Et même sur le territoire national, l'ordonnance énumère les conditions (« *organisation* », « *activités* », « *lieu d'exploitation* ») qui pourraient permettre à l'employeur de ne pas reclasser. Des restrictions qui s'ajoutent à celle imposée par la loi El Khomri qui attribue au médecin du travail la mission de détecter la « *capacité* » du salarié à « *bénéficier* » d'une formation lui permettant d'occuper un poste aménagé (articles L.1226-2 et L.1226-10).

Quant au recours contre les avis du médecin du travail, l'ordonnance maintient la suppression du recours devant l'inspecteur du travail. La possibilité pour les prud'hommes de demander l'avis du médecin-inspecteur du travail ne change rien à la suppression de fait de tout recours pour les salariés qui ne prendront pas le risque de voir les prud'hommes juger d'une question sociale uniquement d'un point de vue médical et mettre à leur charge, en cas d'échec probable du recours, les « *honoraires et frais liés à la mesure d'instruction* ».

6/ Licencié sans licencié, le miracle des « volontaires » au départ collectif vers Pôle emploi :

Sans doute la partie la plus ubuesque de l'ordonnance. Deux façons de licencié pour motif économique sans licencié.

Les « congés de mobilité » (une modalité testée sur les entreprises de plus de 1000 salariés et étendue maintenant à toutes les entreprises) : dans la novlangue managériale, « jetable se dit « mobile ». Une « mobilité » si volontaire qu'elle est « *proposée* » par l'employeur et qu'un « accord » collectif fixe la durée du congé, les conditions que le « volontaire » doit remplir pour en « *bénéficier* », ses « *modalités d'adhésion à la proposition de l'employeur* », les « *conditions auxquelles il est mis fin au congé* », le « *niveau de la rémunération* » ainsi que les « *indemnités de rupture* ». La rémunération minimale sera de 65% de la rémunération brute moyenne des 12 mois précédant le congé, avec un minimum de 8,30 euros de l'heure.

La rupture interviendra « *d'un commun accord à l'issue du congé* ».

Et comme tout se passe dans le cadre d'un « libre » consentement, il est logique que l'autorité administrative, la D.I.R.E.C.C.T.E, ne soit qu'« *informée* » des ruptures qui ne seront à aucun moment considérées comme un licenciement collectif pour motif économique sans aucun respect de la procédure et des garanties qui l'entourent.

Les « ruptures d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective » : la technique utilisée est la même que pour les « congés de mobilité ». On utilise là aussi un « accord » collectif qui va, sans rire, « *déterminer le contenu d'une rupture conventionnelle collective excluant tout licenciement* ».

pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois ». Qui « assigne » ? (article L.1237-19)

Le contenu est le suivant : l'« accord » décide comment vont être « informés » les représentants du personnel, le « nombre maximal de départs envisagés », les « suppressions d'emplois associées », les conditions que les « volontaires » doivent remplir pour en « bénéficier », les « critères de départage entre les potentiels candidats au départ », les « indemnités de rupture garanties au salarié », les « modalités de présentation et d'examen des candidatures au départ des salariés » et notamment les « conditions de transmission de l'accord écrit du salarié au dispositif prévu par l'accord collectif ».(article L.1237-19-1)

La rupture du contrat intervient ici encore d'un « commun accord » au moment de l'« acceptation par l'employeur de la candidature du salarié » (article L.1237-19-2)

Si l'accord collectif est soumis à la « validation » de la D.I.R.E.C.C.T.E, il s'agit d'une formalité, celle-ci ne pouvant contrôler que le simple respect de la procédure (article L.1237-19-3). L'administration a seulement 15 jours pour mettre le tampon et en cas de non réponse de sa part, le silence vaut acceptation de la validation. Au cas improbable où l'administration refuserait de valider l'accord, l'employeur peut refaire la demande après avoir apporté les « modifications nécessaires ».

Par « affichage » ou « tout autre moyen », les salariés sont informés par l'employeur de la décision (article L.1237-19-4).

Nul doute que ces « départs volontaires » vont gonfler rapidement le nombre des personnes privés d'emploi. En cas d'orage social, l'ordonnance a prévu que les entreprises de plus de 1000 salariés, dont le nombre est très limité, devrait faire un effort pour « contribuer à la création d'activités » et « atténuer les effets de l'accord portant rupture conventionnelle collective envisagé » (article L.1237-19-9). La contribution éventuelle reste cependant bien modeste (2 fois le SMIC mensuel par emploi supprimé) et elle pourra même être inférieure « lorsque l'entreprise est dans l'incapacité d'assurer la charge financière de cette contribution » (article L.1237-19-11).

► « Légaliser » les pratiques abusives des « contrats courts » :

1/ Faire travailler sans contrat écrit :

Qu'il s'agisse de contrat à durée déterminée ou d'intérim, faire travailler sans contrat écrit ne pourra plus être sanctionné par la requalification des contrats en contrats à durée indéterminée, l'ordonnance imposant au juge de considérer désormais que la non transmission du contrat dans les délais légaux de deux jours ouvrables après l'embauche ne peut être sanctionné que comme une « irrégularité », passible au maximum d'une indemnité d'un mois de salaire. Voilà comment disparaît une des principales défenses des salariés contre le travail non déclaré et contre l'utilisation abusive de contrats courts pour couvrir des besoins permanents de l'entreprise (articles L.1245-1 et L.1251-40).

2/ Des contrats de mission et des contrats à durée déterminés par les branches :

Ce n'est plus la loi, mais les accords de branche, étendus, qui vont fixer la « durée totale du contrat de travail à durée déterminée » et du « contrat de mission » (intérim), et ce sans que l'ordonnance ne fixe de durée maximale à ces contrats courts qui pourront donc être longs (articles L.1242-8 et L.1251-12).

Ce n'est plus la loi, mais l'accord de branche étendu qui fixera le nombre de renouvellements possibles (articles L.1242-13 et L.1251-35).

Ce n'est plus la loi, mais l'accord de branche étendu qui fixera l'existence d'un délai de carence (articles L.1244-4 et L.1251-37) et, quand l'accord estimera qu'il en faut un, sa durée (articles L.1244-3 et L.1251-36).

Pour les salariés exposés aux rayonnements ionisants, la loi prévoyait que si au terme du contrat, il avait été exposé à des doses supérieures à la valeur limite d'exposition calculée annuellement, l'employeur pouvait proroger son contrat au-delà de la durée maximale afin qu'il reçoive au total une dose au plus égale à la valeur limite d'exposition la durée maximale. Sachant que cette durée maximale légale pourra être dépassée par accord de branche étendu, l'application de cette disposition conduira à ce que les salariés soient plus encore exposés (articles L.1243-12 et L.1251-34).

Sur tous ces points, l'ancienne loi ne s'appliquera qu'à défaut d'accord de branche étendu. Et pour les sanctions pénales, elles ne seront pas plus importantes que celles prévues pour infraction à la loi quand l'entreprise n'aura pas même respecté les valeurs pourtant moins contraignantes de l'accord de branche - durée des contrats, nombre de renouvellements, délais de carence – (articles L.1245-5, L.1245-10, L.1245-11, L.1255-7, L.1255-8, L.1255-9).

► « **Légaliser les pratiques abusives des « contrats courts » en détruisant en même temps les fondements du C.D.I :**

Un C.D.I pire que les C.D.D :

« *Contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération* », voilà qui ressemble à un C.D.D ou à un contrat de mission mais en pire : la durée du contrat, garantie de ces deux types de contrats courts, n'est pas prévue, c'est quand l'employeur estimera que le chantier ou l'opération est finie, si tant est qu'ils aient commencé, l'article L.1233-9 prévoyant « *l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser ou se termine de manière anticipée* »..

Là encore, ce contrat régressif va être créé par accord de branche étendu. Et ce n'est pas le contrat de travail qui va en fixer les termes mais l'accord collectif : « *taille des entreprises concernées* » ; « *activités concernées* » ; « *mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat* » ; « *contreparties en terme de rémunération et d'indemnités de licenciement* » ; « *modalités adaptées de rupture du contrat* » (article L.1223-9).

Et comme pour toutes les ruptures de contrat « innovantes » des ordonnances, le juge est écarté de l'appréciation de la rupture de ces « *contrats pour une durée de chantier ou d'opération* » : il est stipulé sans rire que la rupture « *repose sur une cause réelle et sérieuse* », qui est « *la fin du chantier ou de l'opération* » (article L.1236-8). On peut noter que le projet d'ordonnance rendu public fin août avait cru bon de qualifier ce motif de « *spécifique* » ; il semble donc que cet humour ait été jugé superflu.

► **Supprimer les garanties du C.D.I :**

1/ Suppression de l'entretien préalable et de l'assistance à l'entretien en cas de « rupture conventionnelle collective » : logique, puisque les salariés sont prétendument « volontaires » (article L.1237-16).

2/ Le télétravail ou le retour du travail à la tâche : ne plus compter les heures de travail, le rêve patronal enfin réalisé. Voici que **le télétravail**, travail effectué « *hors des locaux* » et « *de façon volontaire* » **n'est plus désormais exécuté dans le cadre d'un contrat de travail** mais résulte soit d'un « *accord collectif* » ou, à défaut d'une « *charte élaborée par l'employeur* ». Soit encore, à défaut d'accord collectif ou de charte et pour y recourir « *de manière occasionnelle* », par une entente directe entre le salarié et son employeur, qui « *formalisent leur accord par tout moyen* ».

Le contrat de travail ne protège plus de rien et l'employeur se trouve donc en situation non seulement d'imposer le travail à distance mais également de l'imposer quand cela lui chante, de façon « occasionnelle » s'il le souhaite alors même que ce travail à distance n'était possible que d'une « façon régulière ».

L'accord collectif ou, à défaut l'employeur directement, « charte » à l'appui, va fixer toutes les conditions du travail : les « *conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail* » ; les « *modalités d'acceptation par le salarié des conditions de mise en œuvre du télétravail* » autrement dit l'employeur fixe la façon dont le salarié va être volontaire ! ; les « *modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail* », le « *ou* » permettant donc de ne plus compter les heures de travail ; la « *détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail* », une détermination qui jusqu'ici devait se faire en concertation entre l'employeur et le salarié (article L.1222-9).

Une économie supplémentaire pour les employeurs : désormais les « *matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que de la maintenance de ceux-ci* » ne sont plus pris en charge par l'employeur (article L.1222-10).

Et une interrogation de taille sur la suppression de la mise en œuvre par décret de la disposition disant qu'en cas de « *circonstances exceptionnelles* », l'employeur pourrait imposer à tout salarié un télétravail, cette modalité n'étant alors plus considérée que comme un « *aménagement du poste de travail* » que le salarié ne peut refuser. La liste des « *circonstances exceptionnelles* » mentionnées (« *épidémie* », « *force majeure* ») n'étant pas exhaustive, la mise en avant de la nécessité d'assurer la « *continuité de l'activité de l'entreprise* » permet toutes les interprétations quant à cette nécessité.

L'ordonnance prend enfin le soin de préciser qu'elle s'applique de façon rétroactive aux salariés en télétravail, un accord collectif ou une charte pouvant annuler les clauses contraires ou incompatibles de leur contrat de travail.

3/ Le travail de nuit, c'est la santé :

Le travail de nuit avait déjà bien été « libéré » par les précédentes lois, et notamment la loi El Khomri. Les condamnations de quelques employeurs ont incité les rédacteurs de l'ordonnance à ajouter que l'accord d'entreprise qui a le loisir de fixer presque toutes les règles de la flexibilité est « *présupposé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L.3122-1* », en clair qu'il « *prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.* ». Jusqu'où s'arrêteront-ils ?

4/ Le retour du marchandage :

Start-ups aidant, voici qui nous ramène en marche arrière toute, à 1848. Sous couvert de beau geste envers de petites entreprises (jusqu'à 250 salariés tout de même), il est question de prêt de main d'œuvre dont on affirme, pour ne pas tomber sous le coup de l'illégalité, qu'il n'a pas de but lucratif. Or les trois buts de l'opération (« *améliorer la qualification de la main d'œuvre* » ; « *favoriser les transitions professionnelles* » ; « *constituer un partenariat d'affaires* » entrent précisément dans le cadre du prêt à but lucratif : le premier car l'entreprise utilisatrice pourra payer moins cher sa main d'œuvre que si elle l'embauchait (« *le montant facturé par l'entreprise prêteuse à l'entreprise utilisatrice* » pourra être « *inférieur aux salaires versés au salarié, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de sa mise à disposition temporaire* » ; pour rappel, le critère d'égalité était une des conditions nécessaires pour que le prêt soit qualifié de non lucratif ; le deuxième car il permet d'économiser un licenciement ; le troisième enfin comporte le but lucratif dans sa formulation (article L.8241-3).

5/ Des transferts de contrat de travail moins coûteux :

Désormais, quand il y aura un accord de branche dans un secteur professionnel sur la succession d'entreprises dans l'« *exécution d'un marché* », suffira qu'un accord de branche étendu organise cette succession pour que ne soient plus transférés aux salariés de l'entreprise nouvellement prestataire les avantages de rémunération des salariés transférés. Certes, la loi El Khomri en avait déjà établi le principe, pour faire échec à la jurisprudence de la Cour de cassation du 11 mars 2003 et au principe selon lesquelles, à travail égal salaire égal, des salariés employés sur un même « site » ne doivent pas avoir des rémunérations différentes. L'ordonnance étend cette possibilité d'écarts de rémunération à tous les salariés du nouveau prestataire et en étend sensiblement le champ d'application en remplaçant la notion de « site » (entreprises de nettoyage, de sécurité, de restauration) par la notion de « *marché* » qui ne peut être plus générale.

Pour faire bonne mesure, l'ordonnance est applicable rétroactivement.

► Un dernier pour la route :

« *Accès au droit du travail et aux dispositions légales et conventionnelles par la voie numérique* »

Une forme d'humour sans doute, figure en préambule de l'ordonnance : la promesse qu'avant 2020 les salariés – et les employeurs – auront droit à se connecter à un « *code du travail numérique* » censé leur donner accès aux dispositions législatives et réglementaires et aussi aux « *stipulations conventionnelles* » qui leur sont applicables. Peut-être un exercice d'autodérision quand on sait que ce service public existe déjà depuis assez longtemps sous le nom de « Légifrance ».

Mais alors que les salariés n'arrivent presque jamais, malgré l'obligation faite aux employeurs par le code du travail de mettre à disposition des salariés l'ensemble des dispositions qui leur sont applicables (conventions collectives et accords d'entreprise), voilà qu'on nous promet que cela sera fait non pas dans l'entreprise mais en se connectant chez soi de manière prétendument « *gratuite* » (le texte ne parle pas d'un remboursement des frais de connexion).

Et surtout, l'ennui principal c'est qu'avec ces ordonnances, tant la loi que les accords de branche (« *conventions collectives* ») sont vidées de leur substance et cèdent la place aux accords d'entreprise qui, pour l'essentiel, diront quels sont les droits que leur employeur leur laisse. Le « *code du travail numérique* », c'est donc la promesse pour les salariés d'avoir accès aux droits qu'ils n'ont plus.

Et pour finir dans la bonne humeur, dans la série le « droit à l'erreur » des employeurs cher à Macron, il a été imaginé que les employeurs pourront, s'ils n'ont pas respecté leurs obligations et qu'il y a litige, se prévaloir d'informations qu'ils auraient obtenues via le « code numérique » car dès lors, leur « *bonne foi* » devra être présumée.

Il est dit que le salarié pourra également bénéficier de cette présomption de bonne foi. On imagine aux prud'hommes le salarié invoquant les dispositions du code qui lui ont été fournies par le « code numérique » (exemples trouvés sur « Légifrance : article L.1222-1 : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi.* » ; article L.1222-3 : « *Le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard. Les résultats obtenus sont confidentiels. Les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie.* ») et contestant son licenciement pour agressivité alors qu'il ne faisait que se prévaloir auprès de son employeur de ce qu'il pensait avoir lu.