



ÉTUDES

738

I Avis de tempête sur le droit du travail

par Pascal Lokiec
Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

SMIC, 35 heures, repos dominical, seuils sociaux, droit du licenciement, etc. Il ne se passe pas une semaine sans que le droit du travail ne soit sur la sellette, accusé de tous les maux de notre économie moderne. Faut-il prendre le risque de le détricoter, pour des effets plus qu'incertains sur l'emploi ?

Sale temps pour le droit du travail ! Les accusations fusent de toutes parts... Si l'économie va mal, c'est, en partie au moins, sa faute. La critique des règles sociales n'est pas nouvelle. Ce qui l'est, c'est son ampleur (la crise est sans nul doute un facteur aggravant) et son rayonnement puisqu'elle dépasse aujourd'hui les clivages politiques, désormais portée par un gouvernement dit de « gauche ». Salaire, 35 heures, seuils sociaux (notamment ceux liés à la représentation du personnel), repos dominical, droit du licenciement, les piliers du droit du travail contemporain vacillent, accusés de perturber la fluidité du marché du travail. L'importance de la menace tient aussi à son rayonnement géographique, qui dépasse très largement nos frontières, avec parfois une intensité bien supérieure, comme au Portugal (suppression de deux jours fériés, limitation de l'extension des accords collectifs, etc.), en Grèce (réduction des délais de préavis et du montant des indemnités de licenciement, allongement de la période d'essai, augmentation des seuils d'effectifs, nouvelles règles sur le temps de travail, etc.) ou en Italie (allègement des sanctions en matière de licenciement ; adoption probable du contrat unique, etc.)¹. Il faut dire que les instances assurant la gouvernance économique de la zone euro poussent dans cette direction : la Banque centrale européenne (BCE) annonçait en 2012 qu'elle ne rachèterait les emprunts d'État que des pays qui s'engageraient dans des réformes structurelles de leur marché du travail (notamment pour la Grèce, l'Irlande, le Portugal ou Chypre)². La France n'est pas épargnée par les cri-

tiques, depuis la création du « semestre européen » dans le contexte de la stratégie Europe 2020, qui débouche sur des recommandations spécifiques par pays³. En bref, les temps sont durs pour le droit du travail, à la fois dans les discours (I) et dans les actes (II).

I. - Le discours...

La crise du droit du travail, dans sa fonction de protection des salariés, c'est d'abord et avant tout un discours critique puissant, non pas tant par la teneur des arguments soulevés que par les représentations – parfois caricaturales – qu'il véhicule⁴. Deux types d'arguments sont généralement avancés : économique (A) et comparatif (B).

A. - L'argument économique

Il n'est pas de réforme ou de projet de réforme qui ne fasse l'objet d'une évaluation économique. Aussi utiles, voire indispensables, soient-ils, les calculs d'efficacité ne doivent pas devenir les seuls moteurs d'évolution du droit. Pour preuve, il a suffi que Jean Tirole soit élu prix Nobel d'économie pour que le contrat de travail unique, laissé sur la touche depuis 2007, refasse surface dans l'arène politique. Le discours économique a pour lui un atout majeur : il s'appuie sur des données chiffrées (enquêtes, statistiques, etc.) de plus en plus élaborées. Des données qui se prêtent difficilement à la discussion et qui masquent, sous un voile d'objectivité, des

(1) F. Canut, « L'environnement européen de la flexibilité », *Dr. soc.* 2014. 668 ; B. Palli, « Le droit du travail confronté à la faillite de l'État : le cas de la Grèce », *Dr. soc.* 2013. 4 ; F. Martelloni, « Brève histoire italienne d'un droit du travail "en mode mineur" », *RDT* 2013. 288.

(2) I. Schömann, « Réformes du droit du licenciement en Europe », à paraître à la *RDT*, janv. 2015.

(3) V. la recommandation du Conseil de l'Union européenne du 2 juin 2014, relative notamment à la loi de sécurisation de l'emploi, Com (2014)411 final ; M. Schmitt, « L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi », *RDT* 2014. 454.

(4) A. Lyon-Caen, « Pauvre code », *RDT* 2014. 653.

choix quant aux méthodes, aux modes de calculs, aux interprétations, aux objectifs... N'oublions pas que l'économie, pas moins que le droit, est un construit, non un donné ⁵. Si l'on prend l'exemple des seuils sociaux, le désir de réforme tient avant tout à deux chiffres: il existerait 2,4 fois plus d'entreprises de plus de 49 que de 50 salariés ⁶, et les obligations associées à l'embauche d'un cinquantième salarié coûteraient à l'entreprise l'équivalent de 4 % de sa masse salariale ⁷. Il a fallu une enquête approfondie de l'INSEE, et un affinement de la méthode de calcul (distinction entre les données fiscales et celles recueillies au titre de la DADS) pour conclure que l'impact sur l'emploi ne peut être que marginal ⁸.

Trois discours critiques sur le droit du travail prennent appui sur la raison économique.

Le droit du travail est trop complexe – Incompréhensible, illisible, trop volumineux, voire obèse... Le discours sur la complexité du droit du travail en général, sur celle du Code du travail en particulier, est prospère. Et il ne peut être écarté d'un revers de main tant se conformer au droit du travail est parfois une tâche difficile pour un patron de PME. Si l'on prend l'exemple des seuils d'effectifs, il y aurait sans doute un travail de rationalisation à effectuer, notamment pour unifier les modes de calcul (ils varient d'un dispositif à l'autre: moyenne sur douze mois; sur douze mois consécutifs sur les trois dernières années, etc.) et mettre en cohérence certains seuils (pourquoi 51 pour les consignes incendie et 50 pour le comité d'entreprise et le CHSCT?) ⁹.

Le discours sur la simplification du droit appelle néanmoins d'amples précautions: de la simplification à la déréglementation, le glissement est aisé. L'actualité récente nous en offre quelques exemples saillants. La discussion sur les seuils sociaux s'est muée, comme cela avait été redouté ¹⁰, en un débat sur la remise en cause du système français de représentation des salariés! Plutôt que de s'attaquer aux seuils (avec l'obstacle des directives européennes sur le seuil de 50 salariés), on touche au contenu des droits et obligations que ces seuils engendrent ¹¹. Le MEDEF suggère qu'un conseil d'entreprise élu devienne en France l'instance unique de représentation du personnel. Le conseil reprendrait l'ensemble des prérogatives des délégués du personnel et syndicaux, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

(CHSCT) et du comité d'entreprise ¹². Deuxième exemple des arrières-plans du discours sur la simplification, l'appel de l'organisation patronale, dans ses propositions pour créer un million d'emplois, à une révision des rôles respectifs de la loi et de la négociation collective: « la loi doit [...] désormais se concentrer sur la fixation d'un cadre général, se simplifier drastiquement, et laisser les détails se définir au niveau des entreprises ou des branches pour les plus petites d'entre elles » ¹³. Pas sûr que la plus grande vertu de la négociation collective soit la simplicité! Le flou qui règne aujourd'hui autour de la validité des dispositions conventionnelles sur les forfaits jours est dénoncé par ceux-là même qui prônent le tout négocié! Un encadrement légal plus étroit éviterait sans doute tout ou partie des difficultés actuelles. Pourquoi, sur ce chemin, ne pas se contenter, dans l'optique de la simplification du régime du travail dominical (dont la complexité est peu discutable!), d'un renvoi à la négociation collective? On pressent immédiatement que l'intérêt général est trop présent sur ces questions pour qu'elles soient purement et simplement renvoyées à la négociation collective!

Le droit du travail doit être sécurisé – Il est constant, à entendre le discours critique sur le droit du travail, que les entreprises seraient freinées d'investir et d'embaucher en France en raison tant du coût du travail que de son imprévisibilité: aléa judiciaire quant au coût du licenciement, risque de requalification des contrats à durée déterminée (CDD), spectre pour toute société-mère étrangère de se voir reconnaître la qualité de coemployeur de sa filiale française... De ce dernier point de vue, il n'est d'ailleurs pas certain que les entreprises gagnent en sécurité avec le glissement du coemploi (encadré par des critères) vers la responsabilité civile (fondée sur le standard de la faute) ¹⁴! La loi du 14 juin 2013 offre quelques exemples de cette recherche de sécurisation du droit: réduction des délais de prescription, délais préfix d'intervention du comité d'entreprise, barème d'indemnisation, etc. L'adoption du contrat unique permettrait d'aller plus loin encore puisque le contrôle du motif de licenciement serait remplacé par une taxe ¹⁵, au montant parfaitement prévisible d'après les formules proposées par ses promoteurs; celle envisagée par O. Blanchard et J. Tirole est par exemple plafonnée à six mois de salaire. À l'origine du sentiment d'insécurité, le

(5) T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013; G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014.

(6) http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/es437b.pdf

(7) *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, J. Attali (dir.), 2008.

(8) Insee analyses, déc. 2011, n° 2.

(9) L. Peillon et L. Albertini, « Pourquoi réformer les seuils sociaux? », *libération.fr*.

(10) L. Millet, « Effets de seuil », *RPDS* 2014. 183.

(11) P. Lokiec, « Suspendre les seuils sociaux, à quoi bon? », *Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1643.

(12) Ces propositions résultent du projet de refonte présenté par le MEDEF lors de la séance du 21 nov. 2014; sur ce projet, *V. Sem. soc. Lamy* 2014, n° 1654, p. 6 s.

(13) MEDEF, *Propositions pour créer un million d'emplois*, sept. 2014.

(14) Sur le passage du coemploi à la responsabilité civile, V. A. Fabre, « La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce », *RDT* 2014. 672.

(15) O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, CAE 2003; P. Cahuc, F. Kramarz, « De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle », *Doc. fr.* 2005.

pouvoir d'appréciation des juges voire, selon les auteurs du rapport franco-allemand commandé par les ministres français et allemand de l'économie, les inefficiences du système judiciaire qui seraient elles aussi un facteur d'imprévisibilité ¹⁶! L'« hyperprotection des contrats à durée indéterminée (CDI) introduit une trop grande incertitude pour les firmes qui souhaitent licencier et s'exposent à la justice prud'homale », peut-on aussi lire ¹⁷. Les juges se sont encore vu reprocher, enquête à l'appui (auprès de magistrats notamment) de reporter sur leurs décisions (en particulier dans le champ du licenciement économique) leur défiance à l'égard de l'économie de marché ¹⁸. Comment ne pas agiter, avec cette charge contre les juges, le spectre de la violation efficace du droit!

Le droit du travail nuit à l'emploi – La troisième critique est sans doute la plus redoutable par sa portée. Selon une équation qu'Emmanuel Macron a explicitée la veille de sa nomination en tant que ministre de l'économie, les protections offertes aux salariés seraient autant d'handicaps pour ceux qui ne travaillent pas. Les propositions, qui jalonnent le débat social depuis plusieurs années (remise en cause des 35 heures, du SMIC ¹⁹, du droit du licenciement, du repos dominical, etc.) sont aujourd'hui conçues, à titre principal, comme une application de cette équation. À titre d'illustration, pour ne pas franchir le seuil des 11 ou 50 salariés (mise en place d'un comité d'entreprise [CE], d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail [CHSCT], d'un plan de sauvegarde de l'emploi [PSE] en cas de licenciement collectif, présence de délégués syndicaux, participation aux résultats, etc.), l'entreprise n'embaucherait pas ou chercherait à contourner les contraintes du droit du travail: découpage en autant d'entités inférieures à 50 salariés (problématique de l'UES), recours à de la main-d'œuvre extérieure (stratégie peu probante car, sous certaines conditions, ces personnes sont intégrées dans les effectifs pour la mise en place des institutions représentatives du personnel), recours à des travailleurs non comptabilisés dans les effectifs, en particulier apprentis et titulaires de contrats aidés (pas pour longtemps car le législateur va devoir tôt ou tard mettre le droit français en conformité avec le droit de l'Union européenne ²⁰). Le débat sur le travail du dimanche tourne autour de la même problématique, même si l'équation est ici plus complexe à mettre en œuvre.

Il faut, dans ce cas, gérer le conflit parfois frontal entre l'aspiration de nombre de salariés à gagner plus et la défense du repos dominical au nom de la protection de la vie personnelle et familiale de ces mêmes salariés! Reste bien sûr la cible privilégiée que constitue le droit du licenciement. Par peur de licencier, les entreprises n'embaucheraient pas. L'argumentation était à l'origine du CPE et du CNE; elle vient maintenant au soutien du contrat unique ou de cette proposition iconoclaste du maire de Lyon d'instaurer une période d'essai de deux ou trois ans.

L'opposition entre protection des salariés et création d'emploi appelle un constat et deux séries de critiques.

Le constat est celui d'un changement profond dans la problématique du droit du travail (très explicite dans le Livre vert de la Commission européenne sur la modernisation du droit du travail) qui perturbe tout autant les mécanismes juridiques que l'argumentation des acteurs, notamment syndicaux. On est en train de sortir de l'opposition entre salariés et employeurs au profit d'une opposition entre travailleurs et chômeurs, ou entre travailleurs précaires et permanents ²¹! De ce point de vue, le débat sur le contrat unique est exemplaire, avec cet objectif de casser le dualisme entre la supposée « surprotection » des CDI et la précarité des CDD!

La première critique est d'ordre politique. Présenter la protection des salariés comme un obstacle sur le chemin de la lutte contre le chômage porte en germe, dans un contexte de chômage massif et durable, une remise en cause des institutions fondamentales du droit du travail, jusqu'à la représentation du personnel. En établissant un lien de causalité entre seuils d'effectifs et taux de chômage, on aboutit, peu ou prou, à présenter la mise en place des instances représentatives du personnel comme un frein à l'embauche! Ce qui est paradoxal dans un contexte politique de promotion du dialogue social.

La seconde critique est d'ordre économique. Peut-on prendre le risque de détricoter le droit du travail au nom d'une équation qui n'a jamais pu être vérifiée ²²? La controverse autour des seuils sociaux révèle, s'il fallait s'en convaincre, l'incertitude qui règne ici et ailleurs autour de cette équation. Le ministre du Travail présentait en mai 2014 sa proposition de suspension des seuils sociaux comme une expérimentation: « si cela crée de l'emploi, tant mieux, sinon, on remettra les seuils en

(16) H. Enderlein et J. Pisani-Ferry, « Réformes, investissement et croissance: un agenda pour la France, l'Allemagne et l'Europe », nov. 2014: « un autre problème est que l'application du droit du travail se heurte à des retards, des irrégularités, des imprévus. Les juridictions compétentes en droit du travail sont notoirement lentes, les procédures de conciliation aboutissent rarement... Il en résulte une grande incertitude pour les employeurs, ce qui est dissuasif sur les décisions d'embauche » (Rapp., p. 13).

(17) JO Hayrault, « De l'école d'économie de Paris », cité par www.libération.fr.

(18) P. Cahuc et S. Carcillo, « Les Juges et l'économie: une défiance française », Institut Montaigne, déc. 2012.

(19) V. not. E. Cohen, G. Cette et P. Aghion, qui proposent de faire varier le SMIC en fonction des régions ou de l'âge, *Changer de modèle*, Odile Jacob, 2014.

(20) CJUE 15 janv. 2014, *Assoc. de médiation sociale c. Union locale des synd. CGT et a.*, aff. C-176/12, Dalloz actualité, 21 févr. 2014, obs. B. Ines; AJDA 2014. 336, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère; D. 2014. 705, note S. de La Rosa; *ibid.* 2374, obs. P. Lokiec et J. Porta; Dr. soc. 2014. 408, étude J. Icard; RDT 2014. 312, étude E. Carpano et E. Mazuyer; RTD eur. 2014. 523, obs. S. Robin-Olivier; JS Lamy 2014, n° 361-6.

(21) I. Schömann, S. Clauwaert, « Temps de travail et travail atypique au cœur des réformes du droit du travail en Europe », RDT 2014. 575.

(22) A. Lyon-Caen et J. Affichard (dir.), *L'évaluation du droit du travail, problèmes et méthodes*, IPEC, 2008; E. Serverin et a., « Évaluer le droit du licenciement: comparaisons des droits et des procédures, mesure des actions », Revue de l'OFCE 107, 29; F. Gaudu, « Collective Redundancies for Economic Motives: Convergences and Controversies », *European Labour Law Journal*, 2011, p. 5; C. Ramaux, « Austérité salariale: ils n'ont donc rien appris de la crise! », RDT 2012. 674; S. Deakin, P. Lele, M. Siems, « The Evolution of Labour Law: Calibrating and Comparing Regulatory Regimes », *International Labour Review*, 2007, p. 133; V. pour davantage de références, I. Schömann, art. préc.

vigueur »²³. La fondation IFRAP, dont les évaluations d'embauches (le relèvement du seuil de 50 à 250 salariés permettrait de créer entre 70 000 et 140 000 emplois dans les 22 500 entreprises concernées) avaient grandement contribué à lancer le débat sur les seuils, tenait quelques mois plus tard un tout autre discours: « le fait qu'il puisse être difficile d'évaluer *ex ante* le nombre d'emplois pouvant être créés est-il une raison suffisante pour ne pas prendre la mesure, à partir du moment où il est quand même certain qu'elle aura un effet? »²⁴. L'impact de la généralisation du travail dominical sur l'emploi est tout aussi controversé.

B. - L'argument comparatif

Pourquoi ce qui marche ailleurs ne marcherait-il pas ici? Il est de plus en plus usuel, et c'est heureux, que l'opportunité d'une réforme soit jaugée à l'aune d'expériences étrangères. Les bons résultats de certains pays en termes de taux de chômage (5 % en Allemagne; 5,9 % aux États-Unis; 6,6 % au Danemark selon les derniers chiffres) conduisent inévitablement à vouloir les transposer en France et à identifier des « modèles »²⁵.

Le modèle allemand arrive en première place dans les réflexions comparatives sur les réformes du marché du travail. Pour prendre les exemples les plus récents, les accords de maintien de l'emploi sont présentés comme une importation du droit allemand²⁶, de même que les propositions de SMIC intermédiaire ou de SMIC jeunes s'inspireraient du système des mini-jobs allemands. L'instance unique de représentation du personnel est conçue par ses promoteurs comme une transposition du *Betriebsrat* allemand. Outre les imperfections aujourd'hui associées au modèle allemand, qui charrie une forte dose de précarité (v. les *mini-jobs*), les obstacles méthodologiques sont nombreux. A titre d'exemple, l'assimilation du conseil d'entreprise au *Betriebsrat* ne peut pleinement convaincre lorsque l'on constate que le seuil d'implantation de l'institution allemande est de cinq salariés et qu'elle a des droits de codétermination (sur les heures supplémentaires, sur le chômage partiel, etc.)²⁷.

Second modèle, celui des pays anglo-saxons. Avec des indices de protection de l'emploi parmi les plus faibles des pays de l'OCDE, les droits britannique et américain sont souvent convoqués pour libéraliser le droit du travail, à commencer par le droit du licenciement (CPE, CNE, contrat unique, etc.). On rappellera que le droit des États-Unis obéit au système de l'*employment at will*, ce qui permet à un employeur de congédier, sauf excep-

tions, ses salariés sans motif. On n'est d'ailleurs pas loin du contrat de travail unique outre-Atlantique où les CDD, du fait de la facilité à rompre un CDI, sont peu pratiqués par les entreprises. Ce qui interroge sur la pertinence de l'idée même de contrat de travail unique: dès lors que le CDI peut être rompu librement, le CDD a vocation à décliner de façon quasi naturelle (sauf sans doute pour le travail saisonnier et les remplacements de très courte durée)!

Troisième modèle, celui des pays scandinaves, à commencer par le Danemark dont le triangle d'or et la logique de flexisécurité sont promus un peu partout en Europe et sont, encore récemment, au cœur du rapport franco-allemand précité. Le modèle est connu: une flexibilité des conditions de travail (salaires, temps de travail, etc.) et de rupture (facilité à licencier) avec en contrepartie une sécurité des parcours: efficacité du système d'assurance chômage; politiques actives de l'emploi²⁸; système élaboré de formation professionnelle continue, etc. Même si le droit français évolue dans cette direction, avec l'exemple de la portabilité et des droits rechargeables, on est encore loin des garanties accordées en dehors de l'emploi en droit danois; ce à quoi il faut ajouter que le Danemark est le pays de l'Union européenne qui a la plus forte charge fiscale (48 % contre 45 % à la France et 27 % pour la Lituanie²⁹), ce qui n'en fait pas forcément un facteur d'attraction ces temps-ci.

II. - ... et les actes

Du discours aux actes, le fossé peut être grand. Les propositions envisagées ci-dessus (réforme du SMIC, du repos dominical, du droit du licenciement, des 35 heures, etc.) sont politiquement lourdes et difficiles à engager. C'est cependant dans un contexte politico-juridique particulier que la réforme du droit du travail se pose, celui d'une désresponsabilisation croissante de l'État qui s'en remet à la négociation collective, notamment d'entreprise, pour définir la règle de droit en matière sociale (A). Des garde-fous sont d'autant plus nécessaires (B).

A. - Le mauvais rôle de la négociation collective

Les conditions sont en place depuis 2004 pour que la négociation collective soit, comme aux États-Unis, la voie normale de (dé)régulation des rapports sociaux: réforme des conditions de conclusion des accords collectifs et des règles de représentativité (patronale et syndicale)³⁰. Il faut

(23) Propos rapportés par différents média, V. not. libération.fr.

(24) <http://www.ifrap.org/Seuils-sociaux-le-faux-probleme-de-l-evaluation,14393.html>

(25) Sur les limites du comparatisme des modèles, V. J.-M. Servais et a., « Mise en œuvre du droit du travail et cultures nationales », RDT 2007. 124.

(26) P. Rémy, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne: un « modèle » pour le droit français? », RDT 2012. 133.

(27) V. l'interview de M. Le Friant, Sem. soc. Lamy 2014, n° 1651; P. Rémy, « Le droit du travail allemand face à la crise », Dr. ouvrier 2012. 133.

(28) Programmes d'accompagnement, de formation et de création d'emploi (par opposition aux politiques passives fondées sur les revenus de remplacement), G. Blache « La flexicurité, quelques éléments d'appréciation », p. 1, num. spéc., Europe et entreprises sept. 2010.

(29) Chiffre basé sur les recettes fiscales 2012.

(30) À propos du recentrage du droit du travail sur la négociation collective, V. not. J.-E. Ray, « Le droit du travail nouveau est arrivé », Liaisons soc. mag., sept. 2014.

faire confiance à la négociation collective, entend-on de plus en plus. L'autonomie de la volonté semble ainsi laisser place à l'autonomie « conventionnelle » ou « collective », ce qui était tout sauf évident dans un pays qui a toujours entretenu un fort interventionnisme étatique (contrairement au *laissez-faire* britannique) vis-à-vis de la négociation collective ³¹ ! Le préambule du projet d'accord proposé par le MEDEF dans le cadre des négociations sur la modernisation du dialogue social l'exprime à mots couverts : « au lieu de fixer un cadre général et de faire confiance aux parties prenantes pour organiser un dialogue franc mais constructif car responsable, la loi a fini par transformer le dialogue social en exercice souvent formel et dépourvu de sens ». En droit positif, les signes de cette confiance sont de plus en plus visibles. Si finalement, la conclusion d'un accord majoritaire sur les PSE ne préconstitue pas la cause réelle et sérieuse des licenciements, contrairement à ce qui avait été envisagé au début des négociations sur la sécurisation de l'emploi, les DIRECCTE n'ont pas à apprécier la pertinence et la proportionnalité du PSE conventionnel.

L'appel de plus en plus insistant au droit négocié, aujourd'hui paré de toutes les vertus, fait craindre une déresponsabilisation de l'État.

La déresponsabilisation de l'État – S'appuyant sur la procédure instituée par la loi du 31 janvier 2007, les gouvernements renvoient de plus en plus aux partenaires sociaux la responsabilité de définir les règles en matière sociale. Sans doute, faut-il se féliciter de voir la légitimité sociale, incarnée par les partenaires sociaux, compléter la légitimité politique ! On ne peut cependant s'empêcher de voir dans l'appel systématique au dialogue social une forme de désengagement de l'État, incarné par le renvoi aux négociations de branche de la définition des contreparties au pacte de responsabilité et par la tentation, illustrée par la négociation sur la sécurisation de l'emploi, de reprendre dans la loi avec le minimum de modifications le produit des accords nationaux interprofessionnels (ANI).

Deux observations sont ici nécessaires.

D'abord, si la reprise, fût-ce aux mots près, de l'ANI par la loi ne pose pas de problème d'un point de vue constitutionnel (dès lors que la procédure parlementaire a été respectée), il est fort heureusement exclu que le

législateur se contente d'un renvoi à la négociation collective, sur des aspects touchant aux principes fondamentaux du droit du travail. Le législateur possède, en vertu de l'article 34 de la Constitution, des compétences qu'il ne peut déléguer à quiconque (pouvoir réglementaire, partenaires sociaux, etc.), ce qui a conduit le Conseil constitutionnel à invalider le renvoi par la loi aux négociations de branche de la responsabilité d'organiser le portage salarial ³² ; la loi doit fixer les conditions essentielles de l'exercice de l'activité économique (il en va de même des principes fondamentaux du droit du travail) rappellent les Sages.

Autre difficulté, le risque de confusion entre l'intérêt collectif, dont les syndicats sont les garants, et l'intérêt général, qui est l'apanage de l'État ³³ (dont les partenaires sociaux, même très institutionnalisés en France, ne sont pas un organe). Est ici posée la question du transfert, au moins partiel, aux partenaires sociaux de la problématique de l'emploi. Dévolution nécessaire (la lutte contre le chômage est de la responsabilité de tous) mais qui appelle de solides verrous lorsqu'elle aboutit à demander aux syndicats, tout particulièrement dans l'entreprise, de négocier sur une baisse des salaires ou sur un projet de suppression d'emplois (avec depuis la loi de 2008 la sanction des urnes).

D'où l'inquiétude que peut susciter la perspective d'un « déverrouillage », selon l'expression désormais consacrée, du dispositif des accords de maintien de l'emploi (possibilité d'accords dits « offensifs », c'est-à-dire en l'absence de difficultés conjoncturelles graves ³⁴ ; utilisation des accords de maintien de l'emploi comme dispositifs d'assouplissement des 35 heures ³⁵, etc.). La question de l'emploi est tout aussi présente dans les accords sur le PSE (dont les chiffres positifs contrastent avec ceux des accords de maintien de l'emploi ³⁶) que dans les négociations en cours sur le temps partiel. Car, sous couvert d'une négociation sur le temps de travail, la négociation de branche sur les dérogations à la règle des 24 heures est, elle aussi, une négociation sur l'emploi, avec omniprésente la tension entre protection des salariés et création d'emplois. L'argument est connu : si l'on ne déroge pas aux 24 heures, les entreprises recourront à la soustraction (notamment pour le personnel de nettoyage) plutôt que d'embaucher ³⁷.

(31) S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur. Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, LGDJ, 1995.

(32) Cons. const., 11 avr. 2014, n° 2014-388 QPC, D. 2014. 876 ; Dr. soc. 2014. 760, chron. S. Tournaux ; RFDA 2014. 589, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; Constitutions 2014. 368, chron. I. Odoul-Asorey.

(33) « Un syndicat ne peut être qu'une formation critique, plus proche de la société civile que de l'appareil d'État, plus forte à la base qu'au sommet, capable à la fois de comprendre et de traduire les aspirations des salariés », in G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 77 ; dans le même sens, A. Jeammaud, H. Masse-Dessen, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective », Sem. soc. Lamy 2006, n° 1257 : « la loi revêt, en régime de démocratie représentative, une légitimité plus certaine que la négociation collective ».

(34) Rapport H. Enderlein, J. Pisani-Ferry, préc.

(35) Ce qui n'est guère possible en l'état du dispositif actuel, en raison des interdictions de l'art. L. 5125-1, C. trav. (respect de la durée légale, de la majoration pour heures supplémentaires, etc.).

(36) Selon le récent rapport SECAFI, 59 % des PSE adressés à la DIRECCTE (Rapport SECAFI, publié par Miroir social, Restructurations avec PSE dans le cadre de la loi LSE, nov. 2014).

(37) V. not. Accord du 2 oct. 2014 sur le travail à temps partiel dans la pharmacie d'officine qui fixe à 5 heures la durée plancher pour le personnel d'entretien.

La décentralisation de la production normative – Tout aussi problématique est ce qu'il est convenu de nommer la « décentralisation de la production normative », dont le principal terrain d'expression est le glissement de la négociation collective vers l'entreprise³⁸. Un niveau auquel le salarié négocie en face de son propre employeur ! La raison principale de la décentralisation est aisément identifiable, à savoir la recherche d'une meilleure adaptation de la règle de droit à son contexte d'application. Encouragé par la BCE qui en a fait une condition (en particulier dans le contexte des négociations salariales) d'octroi des aides de l'Europe, le mouvement traverse nombre de pays européens, parfois avec une intensité supérieure, comme en Italie où la primauté de l'accord dit de « proximité » est absolue (absence notamment de possibilité de clauses de verrouillage). Les techniques de décentralisation sont nombreuses, de la limitation de l'extension des accords collectifs à la dérogation aux accords de branche et à la loi en passant par la mise en échec du principe de faveur ou la possibilité de négocier dans l'entreprise ou l'établissement sans les syndicats³⁹.

La décentralisation favorise, elle aussi, un transfert de responsabilités lié ici, non pas à l'intérêt général⁴⁰ (v. ci-dessus les négociations sur l'emploi) mais à l'intérêt de l'entreprise. La consultation sur l'orientation stratégique de l'entreprise, le diagnostic partagé sur les difficultés conjoncturelles graves de l'entreprise, le partage et la diffusion de l'information par le biais de la base de données unique, le PSE conventionnel (qui vise tout autant à sauvegarder l'emploi qu'à rendre possible une mesure menée au nom de l'intérêt de l'entreprise) participent d'une volonté de lier, non plus intérêt collectif et intérêt général, mais intérêt collectif et intérêt de l'entreprise.

Que l'on soit favorable ou non à ce type de rapprochements, il appelle, ici aussi, des garanties. On ne peut déplacer le droit du travail vers l'entreprise, et consacrer une sorte d'autoréglementation de l'entreprise, sans transfert de pouvoir aux différentes parties prenantes, à commencer par les salariés et leurs représentants. Car qui dit transfert de responsabilité dit transfert de pouvoir ! Là se situe un enjeu majeur pour le droit du travail de demain, avec des réflexions à mener sur le renforcement de la représentation des salariés dans l'entreprise, voire sur l'ouverture vers une codétermination à la française⁴¹. De ce point de vue, la proposition syndicale consistant à substituer aux délégués du per-

sonnel, présents dans l'entreprise, des commissions territoriales, extérieures à l'entreprise, apparaît à contre-courant du mouvement qui se dessine aujourd'hui, même si l'objectif poursuivi semble être avant tout de pallier les difficultés de mise en place de la représentation du personnel dans les petites entreprises, à commencer par le manque de candidats à la fonction de délégué du personnel⁴².

La décentralisation de la production normative s'arrêtera-t-elle aux accords collectifs d'entreprise (ou d'établissement) ? La question est désormais posée de son extension à des supports autres que les accords collectifs de travail. Tel est le cas des accords atypiques conclus, sur le fondement de la loi du 14 juin 2013, avec le comité d'entreprise aux fins de fixer les délais d'information-consultation et d'expertise. De là à promouvoir la dérogation par contrat individuel de travail, voire par décision unilatérale de l'employeur, le pas n'est plus très grand ! Après le doute soulevé par l'article 20 de l'ANI du 11 janvier 2013 qui laissait penser qu'on pourrait déroger (*in pejus*) aux dispositions légales régissant l'information-consultation du comité d'entreprise⁴³ – ce qui est possible par la voie de l'accord majoritaire à la condition de respecter un certain nombre d'interdictions – l'article 102 du projet de loi Macron sur la croissance et l'activité prévoit la possibilité de déroger non seulement par accord collectif mais aussi par décision unilatérale (document unilatéral) à la fixation de l'ordre des licenciements au périmètre de l'entreprise ! Permettre la dérogation (*in pejus*) à la loi par décision unilatérale constitue sans nul doute le degré de décentralisation le plus avancé – et corrosif – qui puisse se concevoir !

B. - Les garde-fous

Face à ces évolutions, les garde-fous sont principalement de deux ordres : les droits fondamentaux et le contrat.

Les droits fondamentaux – Jusqu'où peut-on aller dans la remise en cause des protections ? La flexibilité, qu'elle soit interne ou externe, rencontre sur son chemin le droit à la protection de la santé et de la sécurité. Le principe constitutionnel de participation et le droit à l'information-consultation consacré par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux en complément des directives UE, limitent les possibilités de démantèlement de la représentation du personnel, notamment des seuils sociaux. Ce, même si ces textes sont impuissants à pro-

(38) E. Peskine, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. soc.* 2014. 438.

(39) L. Fauconnier, « Le modèle social européen agonise », *Metis* 10 mai 2013.

(40) V. cependant les travaux de L. Calmfors et J. Driffill qui établissent un lien entre niveau de négociation collective et lutte contre le chômage ; L. Calmfors ; J. Driffill (1988). "Bargaining Structure, Corporatism and Macroeconomic Performance", *Economic Policy* 3 (6) : 13-61 ; V. aussi L. Forni, "Centralization of wage bargaining and the unemployment rate : revisiting the hump-shape hypothesis", Banca d'Italia, working papers n° 492, 2004.

(41) V. RDT 2014. 600, contro. C. Clerc et G. Bélier.

(42) Proposition dans le cadre des négociations en cours sur la modernisation du dialogue social ; V. C. Maillard, « Dialogue social : la CGT et le MEDEF avancent à petits pas », www.usinenouvelle.com

(43) « La procédure de licenciement collectif pour motif économique et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi sont fixés soit par accord collectif majoritaire soit par un document produit par l'employeur et homologué par la DIRECCTE » ; la loi LSE a levé le doute en inscrivant ledit document « dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur », *C. trav.*, art. L. 1233-24-4.

téger le canal dual (voie électorale et voie syndicale) de représentation du personnel qui caractérise jusqu'à présent le droit français et ne constituent dès lors pas un obstacle au projet de conseil d'entreprise (dès lors que cette instance serait obligatoire à partir de 50 salariés⁴⁴). La résistance à la décentralisation de la négociation collective est plus difficile à concevoir sous l'angle des droits fondamentaux, même si les discussions émergent sur ce sujet du côté des spécialistes de droit européen et international du travail. Les débats portent principalement sur la possible invocation de la Convention européenne des droits de l'homme (depuis l'arrêt *Demir*⁴⁵), sur celle de la Charte sociale européenne, et plus encore sur l'invocation des normes de l'Organisation internationale du travail (OIT)⁴⁶, avec pour appui, entre autres, la recommandation du comité de la liberté syndicale de l'OIT sur la mise en cause de la négociation sectorielle (*via* l'extension en particulier) en Grèce⁴⁷.

On pensait le droit français au-dessus des normes de l'OIT. Elles reviennent sur le devant de la scène, avec au premier rang la convention 158 de l'OIT. Une partie du patronat prône sa dénonciation, afin de faciliter les projets de libéralisation du licenciement⁴⁸. On rappellera aussi que la législation sur le travail dominical s'est heurtée, en 2011, à la convention 106 OIT et que Force ouvrière (déjà à l'origine de la première saisine) a à nouveau présenté, en juillet 2014, une saisine contre l'État français pour violation de ladite convention.

Renforcer l'invocabilité de la charte sociale européenne⁴⁹ et de la charte des droits fondamentaux (dont l'efficacité directe n'est que très partiellement reconnue par la CJUE⁵⁰) constitue un enjeu tout aussi central. Le fait que les tenants du contrat unique focalisent sur la convention 158 OIT alors que l'article 24 de la Charte sociale européenne et l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union contiennent des règles similaires est le signe de la place encore insuffisante de ces dernières dans l'élaboration des raisonnements en droit du travail, alors pourtant que l'article précité de la Charte sociale a été reconnu d'effet direct par le Conseil d'État⁵¹.

Le contrat – On assiste à une curieuse inversion des rôles entre la convention collective et le contrat de travail. La négociation collective (principalement de branche) a longtemps été plébiscitée par les syndicats

comme un vecteur d'amélioration des conditions de travail. Inversement, le contrat de travail véhiculait une image négative, celle d'un instrument inégalitaire aux mains de l'employeur. Les rôles se sont, au moins en partie, inversés, ce qui n'est pas non plus un signe de bonne santé du droit du travail.

Pour comprendre cette inversion, il faut rappeler les deux fonctions du contrat⁵². Il est d'abord un espace de stipulations, que celles-ci portent sur son exécution (clause de mobilité, de rémunération variable, etc.) ou sur la rupture (rupture conventionnelle, clause de non-concurrence, de discrétion, etc.). Il est ensuite un mode de résistance aux changements issus aussi bien du pouvoir unilatéral de l'employeur que des conventions et accords collectifs. La première fonction met en scène le principe de liberté contractuelle, la seconde celui de force obligatoire du contrat.

Le second de ces principes est en train de devenir la principale limite à la flexibilité organisée par accord collectif. Rappelons qu'en droit français, l'accord collectif ne prime pas, contrairement aux États-Unis, sur le contrat de travail. Cela veut dire concrètement que le salarié peut s'opposer à l'application d'un texte conventionnel en invoquant une modification de son contrat de travail.

Ce garde-fou est sur la sellette, du fait précisément de la montée en puissance de la négociation collective. En conférant à celle-ci une fonction d'intérêt général (la remarque vaut tout autant si l'on considère l'accord d'entreprise comme incarnant l'intérêt de l'entreprise), on limite *de facto* les prétentions des salariés à invoquer leur contrat individuel de travail pour s'y opposer. D'où toute une série de dispositions légales spécifiques visant à limiter la capacité de refus du salarié.

Acte 1, les lois Aubry (1998 et 2000) – Lorsqu'il est apparu que le passage négocié aux 35 heures risquait d'être mis à mal par les contrats de travail, le législateur a aussitôt introduit un amendement afin de limiter la capacité de refus des salariés. La solution a été de soumettre le licenciement consécutif au refus du salarié, non pas à la législation sur le licenciement économique, mais au droit commun du licenciement (C. trav., art. L. 1122-8).

Acte 2, l'amendement Warsmann (2012) – Par son arrêt du 28 septembre 2010, la Cour de cassation limi-

(44) CJCE 8 juin 1994, C-383/92, *Commission c. Royaume-Uni*.

(45) CEDH 21 nov. 2006, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, AJDA 2007. 902, chron. J.-F. Flauss; D. 2007. 410, note J.-F. Renucci et C. Birsan.

(46) V. A. Jacobs, "The Right to Bargain collectively", in F. Dorssemont, K. Lörcher, I. Schönman, *The European Convention on Human Rights, and the Employment Relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

(47) ILO-FAC, case 2820, 1-6 nov. 2012; KD Ewing, "Austerity and the Importance of the ILO, and the ECHR for the progressive Development of European Labour law; a case study from Greece", in W. Däubler and R. Zimmer, *Arbeitsvölkerrecht, Festschrift für Klaus Lörcher*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 363.

(48) *Contra* la référence à ladite convention par la cour d'appel de Paris pour exiger une motivation de la lettre de convocation à l'entretien préalable de licenciement, Paris, 7 mai 2014, n° 12/02642.

(49) Sur l'effet direct de la Charte, v. J.-F. Akandji-Kombé, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. soc.* 2012, p. 1014.

(50) CJUE 15 janv. 2014, préc.

(51) CE 10 févr. 2014, req. n° 358992, AJDA 2014. 380.

(52) A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 308.

tait l'effectivité de l'annualisation du temps de travail ⁵³. Le législateur réagit un an plus tard en énonçant que la modulation du temps de travail par accord collectif « ne constitue pas une modification du contrat de travail » ⁵⁴. Il faut comprendre que le salarié qui refuse s'expose à un licenciement disciplinaire.

Acte 3, la loi de sécurisation de l'emploi (2013) – Le salarié peut refuser le changement prévu par l'accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne mais son licenciement est facilité; d'une part parce qu'il s'agit de licenciements économiques individuels quel que soit le nombre de salariés concernés, d'autre part parce que la faculté de contester le motif économique semble obérée.

Il ne fait pas de doute qu'appliquer trois solutions différentes – aucune n'étant réellement convaincante du point de vue de la rigueur juridique – à un seul et même problème de droit n'est pas satisfaisant. Ne cédon pas à la tentation de la simplification qui serait de consacrer « la primauté de l'accord majoritaire d'entreprise pour qu'il s'impose au contrat individuel » ⁵⁵. Concrètement, cela veut dire que le salarié récalcitrant est passible d'un licenciement disciplinaire. Le rapport franco-allemand fait une autre proposition aux effets similaires mais à la mise en œuvre très incertaine (information ne vaut pas contractualisation) en suggérant de « faire explicitement référence aux conventions collectives dans les contrats individuels de travail afin de limiter les possibilités de conflit avec les accords existants » ⁵⁶.

Le dialogue social a-t-il acquis une légitimité telle que les syndicats puissent imposer leur volonté aux salariés? Il ne suffit pas de brandir la supériorité du collectif, fût-il assis sur un accord proprement majoritaire (la signature des accords de maintien de l'emploi et des PSE négociés suppose une majorité de 50 %), sur l'individuel. Car derrière l'individuel, il n'y a pas que des intérêts – que l'on serait tenté de dire égoïstes – mais aussi des principes et droits fondamentaux. L'enjeu est ici, du point de vue du droit, de renforcer l'assise du principe d'intangibilité du contrat, au-delà du seul article 1134 du Code civil. Le Conseil constitutionnel l'a fait en accordant la protection constitutionnelle à « l'économie des conventions et contrats légalement conclus », avec cette idée que la loi ne doit pas fondamentalement

remettre en cause les attentes qui ont pu être celles des contractants lors de la formation du contrat ⁵⁷! Au plan européen, le premier protocole additionnel à la CEDH devrait pouvoir être invoqué pour protéger les espérances légitimes des salariés, la créance de salaire ayant du reste été appréhendée par la Cour de cassation comme un bien au sens que donne à cette notion la Cour européenne des droits de l'homme ⁵⁸. La question serait centrale si était poussé plus loin le projet d'instauration du contrat de travail unique. Son application aux contrats existants (à défaut, on créerait un nouveau dualisme, entre des salariés qui, sur des postes similaires, seraient titulaires, les uns d'un CDI « protégé », les autres d'un CDI « nouveau genre ») signifierait pour les salariés concernés une remise en cause majeure de l'économie générale de leur contrat à travers la modification des conditions de rupture. Pas certain qu'elle passe le crible du Conseil constitutionnel, même si l'objectif de lutte contre le chômage a tendance, depuis quelques années, à constituer un sésame pour réformer ⁵⁹!

La crise que connaît aujourd'hui le droit du travail incite de plus en plus sérieusement à investir d'autres terrains, non seulement celui des droits fondamentaux (v. ci-dessus) mais aussi celui du droit des sociétés. Le droit français des sociétés ne se montre pas très ouvert à la prise en compte des intérêts des salariés, tiers à la société qui reste, en théorie, un contrat entre associés. En attestent l'échec de l'action des « Sodimédical » qui avaient cherché à bloquer devant les juridictions commerciales l'ouverture de la procédure collective, l'impossibilité pour le comité d'entreprise de se porter partie civile pour des délits réprimés par la loi sur les sociétés (abus de biens sociaux, par exemple) ou encore l'espoir déçu de l'article L. 771-1 du Code de commerce qui, avant son abrogation par la loi Florange adoptée à la suite de la censure du Conseil constitutionnel, prévoyait la possibilité pour le comité d'entreprise de saisir le tribunal de commerce s'il estimait que l'employeur n'avait pas respecté ses obligations en matière de recherche d'un repreneur ⁶⁰. Des arguments sont cependant à construire, et un dialogue à développer, au carrefour du droit du travail et du droit des sociétés. Sans faire preuve d'un pessimisme excessif, il n'est sans doute pas inutile de sonder au-delà des frontières du droit du travail, en attendant des jours meilleurs ⁶¹.

(53) Soc. 28 sept. 2010, n° 08-43.161, D. 2011. 219, obs. C. Dechristé, note S. Frossard; *ibid.* 1246, obs. G. Borenfreund, E. Dockès, O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, T. Pasquier, I. Odoul Asorey et M. Sweeney; Dr. soc. 2011. 151, note J. Barthélémy; *ibid.* 2014. 71, étude J. Mouly; RDT 2010. 725, obs. F. Canut; F. Favennec, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Sem. soc. Lamy 2014, n° 1643.

(54) C. trav., art. L. 3122-6.

(55) MEDEF, Propositions pour créer un million d'emplois, préc.

(56) Rapport préc. p. 14.

(57) Cons. const., 7 déc. 2000, n° 2000-436 DC, AJDA 2001. 18, note J.-E. Schoettl; D. 2001. 1840, obs. L. Favoreu; *ibid.* 1841, obs. M. Fatin-Rouge.

(58) CEDH, A, n° 222. 39, 29 nov. 1991.

(59) La question se poserait aussi des liens entre immutabilité des contrats et motifs de rupture, Rapp. décis. sur le PACS, Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, D. 2000. 424, obs. S. Garneri; RTD civ. 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages; *ibid.* 870, obs. T. Revet.

(60) C. com., art. L. 771-1 nouv.

(61) Il y avait dans l'exploration des techniques du droit des sociétés l'une des thèses chères au regretté Tiennot Grumbach.