

Réformer le droit du travail

Par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette

Le 3 septembre 2015

Ce rapport réalisé pour Terra Nova par Gilbert Cette et Jacques Barthélémy paraît aux Editions Odile Jacob le jeudi 3 septembre 2015. Nous en proposons ici une rapide présentation, la version intégrale étant disponible en librairie à compter de ce jour.

Le droit social français souffre d'un mal profond : il ne parvient pas à concilier efficacité économique et protection des travailleurs. Autrement dit, il ne joue pas son rôle. Cette difficulté tient à la prolifération et à la complexité des règles d'essence légale et de ce fait uniformes (lois, décrets, circulaires) qui empêchent la réalisation de compromis locaux à même de favoriser cette conciliation au niveau tant des branches que des entreprises. Du fait de cette profusion réglementaire, l'espace décisionnel de la négociation collective est étrié comparé aux autres pays développés.

Cette situation nuit au dynamisme économique et contribue à un chômage structurellement élevé et souvent de longue durée, ainsi qu'aux difficultés d'insertion sur le marché du travail qui frappent en particulier les jeunes. Elle nuit du même coup à la protection des travailleurs eux-mêmes : le chômeur de longue durée ou le jeune qui ne parvient pas à trouver un emploi ne sont pas réellement pris en compte. Plus largement, le droit social protège essentiellement ceux qui sont installés dans l'emploi, mais en les paupérisant par ses effets sur le dynamisme économique, et il renforce le nombre et la détresse des plus précarisés et de ceux qui attendent aux portes de l'emploi ou cherchent à s'y réinsérer. Il est à souligner, en outre, que la complexité des procédures de licenciement n'est pas ressentie comme protectrice par les salariés eux-mêmes, bien au contraire.

La proposition développée dans ce rapport pour sortir de cette impasse repose sur la promotion autant que possible de la négociation collective et de l'accord entre partenaires sociaux afin que, dans certaines limites que nous précisons, les meilleurs compromis puissent être construits. Ces compromis seront mieux à même de favoriser l'efficacité économique – grâce notamment à des normes adaptées à chaque contexte – et d'assurer la protection du travailleur de manière plus inclusive. Cette protection est en effet garantie si le tissu conventionnel est très

largement étendu, le droit conventionnel étant issu de la négociation collective entre partenaires sociaux et concrétisé par l'accord collectif.

La logique proposée est de faire, dans un premier temps, de la dérogation conventionnelle la règle. Dans un second temps, le droit réglementaire deviendrait supplétif du droit conventionnel. Dès la première étape, un droit conventionnel adapté à chaque contexte peut ainsi se substituer au droit réglementaire inévitablement uniforme. En l'absence de droit conventionnel, le droit réglementaire s'applique, ce qui est de surcroît une puissante incitation à un dialogue social fort et de qualité.

L'approche globale de la réforme du fonctionnement du marché du travail ici proposée diffère d'une approche thématique (Instances représentatives du personnel (IRP), seuils sociaux, AME, durée du travail...) qui se heurte au risque d' « agiter des chiffons rouges », risque amplifié si les propositions ne sont pas adossées à un accord national interprofessionnel (ANI). Chaque proposition sera alors soupçonnée de chercher à réduire les protections des travailleurs.

Dans cette approche globale, ce sont les partenaires sociaux qui, par accord collectif, ont la main pour substituer des normes conventionnelles aux normes réglementaires. Dès lors, en rapport avec une situation spécifique, l'accord collectif sert à concrétiser des compromis locaux protecteurs (l'accord est par définition majoritaire) et plus efficaces sur le plan économique que la situation sans accord. Le développement du tissu conventionnel, la qualité du dialogue social ainsi que la capacité de négocier et de signer des accords deviendront ainsi des éléments de concurrence entre les entreprises. Dans chaque entreprise et chaque branche, il deviendra possible d'adapter par accord collectif les normes du code du travail qui brident l'activité économique (IRP, seuils sociaux, ...) en définissant, grâce au contrat, les contreparties d'un compromis gagnant-gagnant.

Pour la réussite d'un tel projet, il revient aux pouvoirs publics de prendre l'initiative, par la voie législative, de l'extension massive du champ du droit dérogatoire. Les partenaires sociaux seraient préalablement consultés au niveau national sur trois aspects fondamentaux, toutefois indépendants les uns des autres :

- (i) *Les contours de l'ordre public absolu, c'est-à-dire les limites de fond du champ de la dérogation. Au-delà des principes et des droits fondamentaux, au-delà des engagements européens et internationaux, certains aspects pourraient être spécifiquement qualifiés d'indérogeables si les partenaires sociaux en exprimaient le désir.*
- (ii) *L'articulation des différents niveaux de normes conventionnelles (branches et entreprises) mais aussi les conditions et limites de l'intervention de l'accord collectif sur l'autonomie du contrat de travail.*

Concernant l'articulation des différents niveaux de normes conventionnelles, la loi du 4 mai 2004, transposant en cela une déclaration commune des partenaires sociaux de juillet 2001, a

déjà permis aux accords d'entreprises de déroger aux accords de branche sauf dans les domaines où ces derniers l'interdisent explicitement ainsi que dans quatre domaines (L2253.3 du code du travail) concrétisant ce qu'on peut appeler l'« ordre public professionnel ». Dans la pratique, cette possibilité a cependant été peu mobilisée et il convient d'en rechercher les raisons et de tirer le bilan de ce constat.

Concernant les limites dans lesquelles l'accord collectif pourrait mordre sur l'autonomie du contrat de travail, il s'agit de définir au sein du contrat de travail à la fois les éléments substantiels *absolus* et, s'agissant des éléments substantiels *relatifs*, les conditions de leur modification comme par exemple leur caractère transitoire ou la représentativité particulière exigée des signataires de l'accord. Il s'agit aussi de définir ce qu'il se passe quand un salarié refuse des termes de l'accord, en recherchant à minimiser les risques contentieux.

(iii) *Les domaines dans lesquels, pour être valable, l'accord collectif nécessiterait la signature de représentants syndicaux ayant obtenu au moins 50 % des voix aux dernières élections professionnelles, au-delà donc des 30 % requis par la loi du 20 août 2008 transposant la position commune des partenaires sociaux du 9 avril 2008. Dans l'ANI du 11 janvier 2013, transposé dans le code du travail par la loi du 14 juin 2013, les partenaires sociaux ont eux-mêmes introduit cette exigence supplémentaire dans certains cas, comme les accords de maintien de l'emploi (ce que nous suggérons dans nos précédents travaux). Nous proposons une règle de portée générale permettant de définir, à partir de critères objectifs, les thèmes pour lesquels un taux d'audience de 50 % s'impose. Une telle audience de 50 % serait utile à terme pour tout accord. En conséquence, le droit d'opposition à l'accord collectif disparaîtrait.*

La consultation préalable des partenaires sociaux pouvant nécessiter un délai de six mois maximum, cette ambitieuse stratégie de réforme pourrait être réalisée en moins d'une année.

*

Ce rapport aborde dans ses différents chapitres les questions suivantes : les raisons de la nécessité d'une refondation du droit social et les possibles voies d'une telle refondation (chapitre 2) ; les limites de l'extension du droit dérogatoire (chapitre 3) ; les conditions de négociation et le devenir des accords, afin que la négociation collective soit fructueuse (chapitre 4) ; le règlement des litiges individuels et collectifs, domaine important de la réforme proposée (chapitre 5) ; enfin, des questions particulières du fait de leur importance dans les débats portant sur la réforme du marché du travail, à savoir les 35 heures, le contrat unique et le SMIC (chapitre 6).

Nous en résumons ci-dessous quelques enseignements.

LES FINALITES DE LA REFONDATION DU DROIT SOCIAL PROPOSEE DANS CE RAPPORT

- Mieux concilier, au nom de la promotion de l'emploi, efficacité économique et protection du travailleur ;
- Prendre en compte les mutations du travail et les modifications des modes d'organisation liée aux progrès des technologies de l'information et de la communication (TIC) et de l'introduction du numérique ;
- Préfigurer le droit de l'activité professionnelle qui naîtra de la civilisation du savoir en émergence. En effet, le droit du travail actuel, créé pour la civilisation de l'usine, ne peut qu'être de plus en plus inadapté au fur et à mesure que se développe la civilisation du savoir.

LES PRINCIPES DIRECTEURS D'UNE TELLE REFONDATION

- Favoriser l'expansion et l'autonomie du droit conventionnel. Le droit conventionnel est plus à même que le droit réglementaire de favoriser l'élaboration de compromis permettant de concilier simultanément la protection des travailleurs et l'efficacité économique ;
- Promouvoir les droits fondamentaux et les libertés individuelles dans l'espace professionnel ;
- Construire un arsenal de règlements des litiges plus efficace, facilitant des compromis et des solutions plus lisibles et plus rapides ;
- Développer les garanties sociales qui facilitent la portabilité des droits et permettent la promotion des sanctions positives des comportements vertueux.

LA PLACE ET L'AUTONOMIE DU DROIT CONVENTIONNEL

- La dérogation à la loi et à la réglementation, par accord collectif de branche et/ou d'entreprise, est la règle, sous réserve du respect du droit international et de l'ordre public absolu, notamment des principes du droit du travail et du droit syndical ainsi que de la sécurité sociale. Dans une seconde étape, le droit réglementaire deviendrait même supplétif du droit conventionnel élaboré par accords collectifs entre les partenaires sociaux ;
- L'autonomie de l'accord d'entreprise à l'égard de la convention de branche n'a d'autre limite que « l'ordre public professionnel » alimenté par ce qui identifie la branche et conforte la solidité de la collectivité de travail ;
- La résistance du contrat de travail à l'évolution du tissu conventionnel s'exprime seulement s'agissant des éléments substantiels absolus. Elle se décline par la mise en œuvre du principe de proportionnalité. Le refus du salarié de voir modifier des éléments du contrat (autres que les éléments substantiels absolus) conduit à une rupture sui generis. Le salarié dispose d'une

période de rétractation, sur le modèle de la période de rétractation existante dans le cas d'une rupture conventionnelle. Elle renforce la sécurité juridique de la rupture *sui generis* et elle réduit de ce fait les risques contentieux.

LES CONDITIONS DE FAISABILITE D'UN TEL DROIT

- Augmenter le taux de syndicalisation relève de l'intérêt général. Des mesures incitatives doivent être conçues à cet effet, notamment par le biais des ANI ;
- L'audience minimale des organisations représentatives pour valablement conclure doit être portée systématiquement à 50 % des votants. De ce fait, le droit d'opposition disparaît ;
- Le transfert du pouvoir de négociation sur le comité d'entreprise est facilité par des procédures conçues au niveau de la branche. L'accord avec un mandaté n'est plus subordonné à un agrément de la commission paritaire de la branche ;
- les règles de la négociation collective doivent être définies avant l'engagement des négociations sur le fond et ces règles doivent être qualifiées de substantielles pour permettre d'invoquer la nullité de l'accord en cas de leur non-respect ;
- Il faut inciter les partenaires sociaux à intégrer dans les accords des clauses relatives à la durée, à la dénonciation, à la révision, à l'interprétation.

L'INCITATION EST PREFEREE AUX SANCTIONS

- Le champ des sanctions pénales est réduit et en substitut le champ des sanctions administratives est développé ;
- La technique du « *name and shame* » est privilégiée par rapport aux obligations légales de négocier ;
- Le recours à la médiation est favorisé ;
- Les procédures conventionnelles de conciliation, y compris pour les litiges individuels, sont développées. Cela conduit à déterminer les conditions leur permettant de se substituer pleinement à la conciliation prud'homale.

UN TRAITEMENT PLUS EFFICACE DES LITIGES EST RECHERCHE

- L'accès à la médiation est systématiquement proposé ;
- L'institution prud'homale est profondément transformée grâce à l'introduction de l'échevinage, l'intervention d'un juge professionnel ne pouvant que réduire le taux d'appel ;

- Des dispositions permettant à la conciliation d'être réellement efficace sont introduites (discussion préalable en vue d'une solution amiable ; présence obligatoire des parties et sanction de la non comparution personnelle ; refus des juges conciliateurs d'accepter l'affirmation qu'il n'y a rien à concilier) ;

- Le recours à la technique d'arbitrage devient possible, y compris pour les litiges individuels mais seulement en application d'un dispositif conventionnel de branche (comme c'est le cas en Italie) définissant les catégories de personnel concernées, les types de litiges concernés, la composition du tribunal arbitral dont le président est choisi (par les arbitres retenus par les parties) sur liste d'experts indépendants établie par les partenaires de la branche. Le coût de la procédure est mutualisé au moins partiellement grâce à la création d'un fonds alimenté par les entreprises ;

- Concernant les litiges collectifs, les règles conventionnelles relatives à la conciliation sont adaptées et des incitations au recours à l'arbitrage sont développées.

DES GARANTIES SOCIALES SONT DEPLOYEES

- Le champ de ces garanties ne se limitant pas à la prévoyance, elles peuvent contribuer à la promotion des droits fondamentaux et des libertés individuelles (mobilité, promotion sociale, citoyenneté, employabilité etc....) notamment grâce à la solidarité, principe de l'Union Européenne ;

- Objet de négociation collective, ces garanties nécessitent des règles spécifiques caractérisant une convention collective de sécurité sociale.