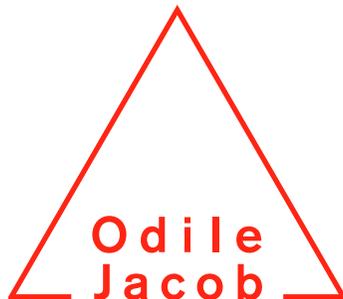


Jacques Barthélémy
Gilbert Cette

Réformer
le droit
du travail

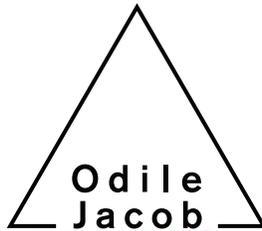


terra nova
LA FONDATION PROGRESSISTE

Réformer
le droit du travail

Jacques Barthélémy
Gilbert Cette

Réformer le droit du travail



© ODILE JACOB, SEPTEMBRE 2015
15, RUE SOUFFLOT, 75005 PARIS

www.odilejacob.fr

ISBN : 978-2-7381-6529-9

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3°a, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4). Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

1 – Introduction	9
1.1. <i>Les obstacles structurels à la croissance et à l'emploi</i> .	10
1.2. <i>L'inadaptation actuelle du droit du travail</i>	13
1.3. <i>Concilier efficacité économique et protection du travailleur</i>	17
1.4. <i>Un droit essentiellement issu de la négociation collective</i>	18
Architecture d'une refondation du droit social (présentation synthétique)	23
<i>Les motifs de la refondation du droit social</i>	23
<i>Les principes directeurs d'une telle refondation</i>	24
<i>Exigence majeure de la refondation (avertissement)</i>	24
<i>Les domaines d'intervention de la refondation du droit social</i>	25
2 – Nécessité et voies d'une refondation du droit social	29
2.1. <i>La réforme du droit social, une urgence</i>	29
2.2. <i>Les voies de la réforme</i>	35
3 – Limites de l'extension du droit dérogatoire	47
3.1. <i>L'ordre public en droit social</i>	48
3.2. <i>Les rapports entre accords collectifs et lois</i>	55

RÉFORMER LE DROIT DU TRAVAIL

3.3. <i>Articulation entre accords de niveaux différents et ordre public professionnel</i>	56
3.4. <i>Une moindre résistance du contrat de travail à l'évolution du tissu conventionnel</i>	60
4 – Conditions de la négociation et devenir des accords	73
4.1. <i>Les règles de conduite de la négociation</i>	74
4.2. <i>La mesure de l'audience des signataires de l'accord</i>	80
4.3. <i>Durée et révision des accords</i>	92
5 – Le règlement des litiges, tant individuels que collectifs	99
5.1. <i>La situation actuelle</i>	100
5.2. <i>Évolutions récentes et réformes suggérées</i>	105
6 – Quelques questions particulières mais d'intérêt général	115
6.1. <i>Les 35 heures</i>	115
6.2. <i>Le contrat unique : le serpent de mer d'une fausse bonne idée</i>	124
6.3. <i>Le Smic et la lutte contre la pauvreté</i>	149
7 – Remarques conclusives	157
Postface, <i>par Thierry Pech</i>	163
Annexe 1	
Lettre de mission de Terra Nova à Jacques Barthélémy et Gilbert Cette	167
Annexe 2	
Auditions réalisées dans le cadre du rapport	173

Introduction

Depuis les chocs pétroliers des années 1970, la France connaît presque continûment une situation de chômage massif. Sur les trois dernières décennies, soit depuis 1985, le taux de chômage (au sens du BIT) pour l'ensemble des actifs âgés de 15 à 64 ans n'a été inférieur à 8 % que sur sept années qui correspondent à de trop courtes reprises économiques : de 1989 à 1991, en 2001-2002 et en 2007-2008. Pour les jeunes âgés de 15 à 24 ans, il n'a même jamais été, sur cette longue période, inférieur à 15 % et il a souvent dépassé 20 %. Désormais, les adultes de plusieurs générations familiales connaissent des situations de chômage fréquentes et parfois quasi permanentes. Ces difficultés ne frappent pas de façon homogène l'ensemble des actifs : elles concernent essentiellement les moins qualifiés et ceux qui cherchent à s'insérer sur le marché du travail, en particulier les jeunes.

Cette situation résulte d'obstacles structurels à la croissance et à l'emploi (1.1.), et notamment d'une inadaptation actuelle du droit du travail (1.2). Or une meilleure conciliation entre efficacité économique et protection des travailleurs (1.3.) peut

être obtenue par le développement d'un droit plus conventionnel issu de la négociation collective (1.4.).

1.1. Les obstacles structurels à la croissance et à l'emploi

La situation de chômage massif quasi continue que connaît notre pays est loin d'être observée dans tous les pays industrialisés. Elle est même assez peu fréquente. Les pays anglo-saxons (par exemple, les États-Unis, le Royaume-Uni et le Canada), les pays rhénans (l'Allemagne, les Pays-Bas et la Belgique) et les pays scandinaves (entre autres, le Danemark, la Finlande et la Suède) ne pâtitent que transitoirement de taux de chômage élevés. De nombreux travaux montrent de façon robuste que la situation française s'explique en grande partie par des institutions inadaptées sur les marchés des biens et du travail. Ces institutions correspondent aux très nombreuses régulations réglementaires qui interviennent dans le fonctionnement du marché du travail (comme par exemple celles contenues dans le Code du travail) et du marché des biens (comme par exemple les barrières à l'entrée et à l'exercice de nombreuses professions protégées). Il est bien évidemment indispensable de réguler ces marchés, mais les régulations qui s'exercent dans notre pays, à la fois nombreuses et de types variés, tendent à freiner la croissance économique et l'emploi parce qu'elles sont inadaptées.

Et ce constat ne vaut pas que pour le chômage. Il éclaire également l'évolution du PIB par habitant de la France qui régresse vis-à-vis de celui de nombreux pays développés, en particulier des États-Unis, depuis le milieu de la décennie 1990.

Ici encore, de nombreux travaux montrent de façon robuste que cette paupérisation relative s'explique en grande partie par des institutions, autrement dit des régulations, inappropriées sur les marchés des biens et du travail. Celles-ci brident le dynamisme économique, par exemple *via* une moindre mobilisation dans les entreprises des technologies de l'information et de la communication (les TIC) les plus avancées¹.

Certains observateurs persistent pourtant à attribuer toute situation de chômage massif à une insuffisance de la demande et recommandent en conséquence une augmentation des dépenses publiques. En s'abstenant de toute considération structurelle, une telle analyse a l'avantage de la simplicité, mais elle présente aussi l'inconvénient d'être simpliste et de nier les aspects factuels les plus évidents. Évoquons-en deux, particulièrement significatifs :

- Tout d'abord, depuis la fin des années 1990, le solde courant (pour faire simple, le commerce extérieur) de la France se dégrade et il est négatif depuis 2002. Certes, la baisse du prix du pétrole améliore la situation depuis la mi-2014, mais qui peut croire que la situation de bas prix du pétrole n'est pas transitoire ? Or le déficit courant que connaît la France signifie que la demande domestique se tourne souvent vers des produits importés faute de rencontrer auprès des producteurs résidents une offre suffisamment compétitive. Dans ce contexte, une relance de la demande domestique par une augmentation des dépenses publiques a toutes les chances de profiter d'abord aux producteurs étrangers. Autrement dit, le déficit courant structurellement négatif résulte du

1. Voir par exemple sur ce point G. Cette et J. Lopez (2012), « ICT demand behaviour : An international comparison », *Economics of Innovation and New Technology*, Taylor and Francis Journals, juin, vol. 21 (4), p. 397-410.

fait que la demande adressée aux producteurs résidents en France est supérieure à leur offre compétitive. De fait, la France ne pâtit pas d'un déficit de demande mais plutôt d'une insuffisance structurelle de son offre compétitive.

- Ensuite, la situation structurellement déficitaire des finances publiques témoigne d'une intervention très forte de l'État et, plus largement, des administrations publiques pour soutenir la demande. Sur les trois dernières décennies, la dette publique (exprimée en pourcentage du PIB) a continûment augmenté, sauf en 1999 ! Tôt ou tard, l'indispensable désendettement public, qu'il soit spontané ou plus ou moins contraint par nos engagements européens, pèsera fortement à la baisse sur la demande.

Ces deux illustrations montrent, comme l'ont analysé Aghion, Cette et Cohen², que des représentations erronées de la situation empêchent la réalisation d'un diagnostic partagé qui permettrait l'élaboration et la mise en œuvre de politiques appropriées. Il faut « changer de modèle » : alors que la France n'a plus de marges de manœuvre pour faire jouer un rôle significatif à la dépense publique, il faut développer l'offre compétitive plutôt que stimuler la demande.

Les régulations qui brident la croissance économique et l'emploi sont nombreuses. Nous n'évoquerons dans ce rapport que celles concernant le marché du travail et qui font partie des plus importantes. Plus précisément, nous nous concentrerons sur les régulations induites par le droit social et, en particulier, par le droit du travail. D'autres régulations, en particulier celles qui concernent le marché des biens, ne

2. P. Aghion, G. Cette et E. Cohen (2014), *Changer de modèle*, Odile Jacob.

seront donc pas abordées. Nous n'évoquerons également que de façon très accessoire d'autres régulations et interventions publiques sur le marché du travail qui contribuent aussi à brider la croissance et l'emploi, par exemple la formation professionnelle ou la gestion paritaire de la couverture de certains risques comme le chômage. Mais il faut garder à l'esprit qu'une stratégie de réformes ambitieuse devrait englober ces différents domaines.

1.2. *L'inadaptation actuelle du droit du travail*

Le droit du travail – et plus généralement le droit social – est protecteur ou il n'est pas. Il tire en effet son identité d'une relation contractuelle déséquilibrée entre l'employeur et le salarié. De ce fait, le contrat ne peut seul faire la loi des parties : des mesures doivent être adoptées pour protéger la partie faible, le salarié, ou pour corriger les effets négatifs de ce déséquilibre. À cause de ce déséquilibre, la volonté exprimée par les parties ne suffit pas à définir seule la relation contractuelle entre employeur et salarié.

En ce domaine, des différences devraient être faites suivant le degré d'autonomie et donc de responsabilité du travailleur, l'équilibre de la relation contractuelle croissant avec l'autonomie et le niveau de responsabilité. Il résulte de la situation actuelle, où ces différences ne sont pas établies, une surprotection du salarié qui en a le moins besoin, par exemple le cadre supérieur, voire dirigeant, qui a la capacité de négocier son contrat dans une situation d'équilibre et qui en plus bénéficie d'un filet protecteur conçu initialement pour l'ouvrier. Il en

résulte aussi une protection insuffisante, ou à tout le moins inadaptée, des moins qualifiés ainsi qu'une absence de protection du sous-traitant, du franchisé, du membre de réseau...

Il faut aussi souligner que la répartition des travailleurs en deux blocs – les salariés et les indépendants – n'est plus pertinente, car cette distinction repose uniquement sur l'existence ou non d'une subordination juridique alors que la dépendance économique affecte également l'équilibre contractuel. Or cette dépendance économique justifie aussi un arsenal protecteur, mais distinct de celui du salarié ordinaire et adapté à cette situation. Cela suggère une réflexion sur le concept de *para-subordination*, autrement dit de subordination économique, que connaissent nombre d'États européens, en particulier l'Italie et l'Allemagne.

Dans l'accord collectif négocié et conclu entre partenaires sociaux, la relation est évidemment moins déséquilibrée en raison d'un côté du rôle et de l'indépendance des syndicats qui agissent légalement au nom de l'intérêt des salariés, de l'autre des rapports de force qui peuvent se créer, notamment par le conflit collectif. On peut même estimer que l'équilibre contractuel peut y être total si l'on tient compte d'une part du niveau de négociation (l'équilibre est plus effectif dans la branche que dans l'entreprise), d'autre part de la taille de l'ensemble économique concerné (la situation n'est pas la même dans un grand groupe que dans une PME).

Il faut donc s'intéresser aux moyens de favoriser l'équilibre entre les parties par la promotion de la négociation collective. La confiance plus grande dans l'accord collectif se nourrit d'ailleurs des exigences nouvelles nées de la loi du 20 août 2008 relative à la représentativité des organisations syndicales. Un certain seuil d'audience dans la collectivité des travailleurs

favorise en effet l'expression légitime de cette collectivité par la voix de ses représentants. Ce qui est déterminant, c'est l'accord direct ou indirect, explicite ou implicite, de la majorité du personnel concerné.

L'incapacité du droit social actuel en France à bien concilier l'efficacité économique et sa fonction protectrice 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 mieux à même de favoriser cette conciliation au niveau tant des branches que des entreprises. Du fait de cette abondance réglementaire, l'espace décisionnel de la négociation collective est faible, comparé aux autres pays développés³.

Cette prolifération de textes légaux et réglementaires débouche sur une double inefficacité du droit social : au plan économique et au plan de son rôle protecteur⁴. L'inefficacité économique est, entre autres aspects, caractérisée par un dynamisme économique insuffisant, par un chômage structurellement élevé et souvent de longue durée, ainsi que par des difficultés d'insertion sur le marché du travail qui frappent en particulier les jeunes. L'inefficacité du rôle protecteur du droit social en découle : le chômeur de longue durée ou le jeune qui ne parvient pas à trouver un emploi sont-ils réellement protégés par le droit social actuel en partie responsable de leur situation ? Il est à souligner, par exemple, que la complexité

3. Voir à ce sujet la comparaison approfondie proposée par UIMM (2014), « La négociation collective dans le monde : Éléments de comparaison avec 11 pays », octobre, *Mimeo*.

4. Un même diagnostic d'une complexité du droit social, et en particulier du Code du travail, qui aboutit à une inefficacité à la fois économique et protectrice, est fait par R. Badinter et A. Lyon-Caen (2015), *Le Travail et la Loi*, Fayard.

des procédures de licenciement n'est pas ressentie comme protectrice par les salariés eux-mêmes, bien au contraire. Quand le droit social protège essentiellement les seuls *insiders*, mais en les paupérisant par ses effets sur le dynamisme économique, et qu'il renforce le nombre et la détresse des *outsiders* dont il rend plus difficile l'insertion (par exemple des jeunes) ou la réinsertion (pour les chômeurs de longue durée) dans l'emploi, remplit-il sa fonction protectrice ? Notre réponse, écartée par ceux, nombreux en France, qui veulent croire que la prolifération réglementaire est la seule voie du renforcement des protections, est clairement négative.

Inspirée par un jacobinisme centralisateur hérité de la Révolution, la culture dominante en France ne conçoit la nécessaire protection du travailleur qu'à travers un tissu législatif et réglementaire, de ce fait exagérément abondant. Non seulement cela a pour conséquence des freins à l'efficacité économique mais encore – c'est un comble – cette construction du droit social va à l'encontre de sa fonction protectrice génétique et le rend illisible aux yeux mêmes de ceux qui devraient en bénéficier. L'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » devient un vœu pieux. Cela conduit à l'ineffectivité de la loi et, pire, à son inintelligibilité, au mépris d'une exigence constitutionnelle ! L'idée qu'il ne faut ni faire évoluer le Code du travail ni réduire son volume au nom de la protection du travailleur relève de positions idéologiques et de l'irresponsabilité.

1.3. *Concilier efficacité économique et protection du travailleur*

La logique de réforme développée dans ce rapport repose sur la promotion autant que possible de la négociation collective et de l'accord entre partenaires sociaux afin que, dans certaines limites qui seront détaillées, les meilleurs compromis puissent être construits, compromis à même de concilier efficacité économique et protection du travailleur. Certains diront que cette approche correspond à un affaiblissement de la fonction protectrice du droit social. Ce reproche, à l'origine de l'incapacité des majorités de droite comme de gauche à réformer réellement notre pays, est infondé à deux titres :

- Tout d'abord, il veut ignorer que la négociation entre partenaires sociaux est plus équilibrée – et en conséquence source de protection pour les travailleurs – que des règles uniformes élaborées par des personnes qui pensent en savoir plus sur les modalités d'une réelle protection des travailleurs que les représentants des travailleurs eux-mêmes, protégés et légitimés par des règles de représentativité.
- Ensuite, les laissés-pour-compte de cette prolifération réglementaire inefficace échappent à ces protections. Peut-on sérieusement penser, par exemple, que les actifs des pays anglo-saxons, rhénans ou scandinaves, qui sont moins souvent et moins durablement au chômage, sont moins protégés que les actifs français ? Pourtant, ces pays se caractérisent par une plus faible intervention du législateur sur le marché du travail et par un rôle plus important de la négociation collective, donc du droit conventionnel. C'est par de telles

représentations erronées de ce qu'est la protection effective des travailleurs qu'on les protège mal.

1.4. Un droit essentiellement issu de la négociation collective

L'exigence d'une refondation complète du droit social appelle l'exploration d'un droit d'essence plus contractuelle et moins réglementaire, mieux à même de concilier l'efficacité économique – grâce notamment à des normes adaptées à chaque contexte – et la protection du travailleur – garantie si le tissu conventionnel est la source principale de cette évolution profonde. Le droit conventionnel est en effet issu de la négociation collective entre partenaires sociaux et concrétisé par l'accord collectif. Pour bien appréhender la portée de cette approche, il convient de se référer aux philosophes du siècle des Lumières qui ont élevé la liberté contractuelle au firmament des droits fondamentaux de l'homme, n'y trouvant d'autre limite que l'intérêt supérieur de la nation (ce qui a été exprimé dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui fait partie du bloc de constitutionnalité). Selon Montesquieu, « le signe le plus avéré de la décadence d'une société est la prolifération des lois ». Quant à Portalis, le concepteur, avec Cambacérès, du Code civil, il souligne qu'« il ne faut point de lois inutiles ; elles affaiblissent les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation ».

Tout doit être fait – au nom de l'intérêt général – pour promouvoir la liberté contractuelle équilibrée, ses seules limites de fond étant matérialisées par le droit supranational, l'ordre

public classique et les libertés fondamentales. Mais, parce que la relation entre employeurs et salariés est par nature déséquilibrée, il faut maximiser les moyens permettant de corriger l'état de faiblesse du travailleur par des procédures, par des qualifications, par des sanctions. Mieux vaut, dans les accords collectifs, choisir cette voie plutôt que partir du postulat de la qualité d'incapable majeur du salarié obligeant à le protéger y compris contre lui-même, ce qui conduit à ne confier sa protection qu'à un tissu législatif de ce fait excessif et conduisant à son ineffectivité, donc à la réduction de son rôle protecteur !

Cette évolution du droit social ne peut qu'inviter le législateur à faire un effort pour se contenter de fixer les principes du droit du travail, du droit syndical, de la sécurité sociale qui sont, en vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958, de sa seule compétence. Cette invitation doit être d'autant plus forte que, en vertu de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 annexé à celle de 1958, les salariés disposent du droit constitutionnel de négocier leurs conditions de travail par l'intermédiaire de leurs délégués. Ce droit constitutionnel est bafoué si le législateur intervient dans des domaines qui sont davantage de la compétence du contrat, donc des partenaires sociaux.

Étant donné qu'on ne peut interdire (et c'est heureux !) au Parlement de légiférer, la règle légale doit devenir supplétive du tissu conventionnel dans tous les domaines qui ne relèvent pas du droit international ou de l'ordre public absolu. Nous avons développé cette idée forte dans de précédents travaux⁵.

5. Voir en particulier l'ouvrage J. Barthélémy et G. Cette (2013), *Refonder le droit social*, La Documentation française, 2^e édition (la première édition, de 2012, développait l'analyse proposée dans le rapport n° 88 publié, en 2010 sous le même titre, par le Conseil d'analyse économique) ; J. Barthélémy et G. Cette (2012), « Droit social : pourquoi et comment le refonder », *Droit social*, septembre, n° 9, p. 763-770 ; J. Barthélémy et G. Cette (2013), « Pour

La logique proposée, dans un premier temps, est de faire de la dérogation conventionnelle la règle. Et 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.

La demande initiale de Terra Nova, exprimée dans la lettre de mission reproduite en annexe, est de définir et d'analyser les possibles modalités et limites de l'approche dérogatoire dans la perspective d'une réforme globale du droit social français. En accord avec Terra Nova, nous avons décidé de réexposer, en les actualisant, nos précédents travaux, afin que la lecture du présent rapport se suffise à elle-même. Ce rapport se situe en effet dans leur continuité.

Aborder sur le fond les questions du droit du travail, de son influence sur la croissance et l'emploi, de sa fonction protectrice et des réformes visant à optimiser ces deux aspects, amène inévitablement à des considérations faisant intervenir des notions juridiques parfois complexes. Nous nous sommes efforcés d'éviter tout « juridisme », pour que ce rapport soit lisible par le plus grand nombre. Cet objectif a cependant des limites car il est indispensable d'être précis. De ce fait, nous n'avons pu toujours éviter des termes techniques, que nous tentons toutefois d'explicitier.

une nouvelle articulation des normes en droit du travail », *Droit social*, janvier, n° 1, p. 17-23.

INTRODUCTION

Une remarque importante s'impose. Développer dans un premier temps l'approche dérogatoire et dans un second temps la supplétivité ne suffit pas pour une refondation pertinente du droit social. Il faut aussi revisiter l'arsenal judiciaire (c'est-à-dire les modalités de traitement des contentieux) pour favoriser la sécurité juridique et promouvoir les garanties sociales, vectrices de portabilité des droits et donc aussi d'une meilleure protection des travailleurs.

*

On aborde successivement dans la suite de ce rapport : les raisons de la nécessité d'une refondation du droit social et les possibles voies d'une telle refondation (2.) ; les limites du droit dérogatoire (3.) ; les conditions de négociation et le devenir des accords, afin que la négociation collective soit fructueuse (4.) ; le règlement des litiges individuels et collectifs, domaine important de la réforme proposée (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 font l'objet d'un dernier chapitre (6.) avant un propos conclusif (7.).

Architecture d'une refondation du droit social

(présentation synthétique)

Les motifs de la refondation du droit social

- 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 liées aux progrès des TIC et à l'introduction du numérique.
- Préfigurer le droit de l'activité professionnelle qui naîtra de la civilisation du savoir en émergence.

Les principes directeurs d'une telle refondation

- Favoriser l'expansion et l'autonomie du droit conventionnel, vecteur d'équilibre contractuel et normatif comme la loi. 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.

Exigence majeure de la refondation (avertissement)

- Aucune réforme ne sera efficace si elle ne s'assigne pas comme objectif le traitement simultané de l'ensemble du droit social.
- 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 domaines d'intervention de la refondation du droit social

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 devient 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 ces risques contentieux.

Les conditions de la faisabilité 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 d'accords nationaux interprofessionnels (ANI).
- L'audience des organisations capables de valablement signer un accord dérogatoire est 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.
- La négociation sur le fond est obligatoirement précédée de la recherche d'un accord de méthodologie dans la perspective de fixer des règles précises de conduite de la négociation. Ces règles sont substantielles.
- 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.

Incitation plutôt que sanctions

- Réduire le champ des sanctions pénales et développer en substitut le champ des sanctions administratives.
- Privilégier la technique du « *name and shame* » plutôt que créer des obligations légales de négocier.
- Favoriser le recours à la médiation.
- Développer les procédures conventionnelles de conciliation, y compris pour les litiges individuels. Déterminer les

conditions leur permettant de se substituer pleinement à la conciliation prud'homale.

Un traitement plus efficace des litiges

- Transformation profonde de l'institution prud'homale grâce à l'introduction de l'échevinage.
- Introduire des dispositions permettant à la conciliation d'être réellement efficace (présence obligatoire des parties, discussion préalable en vue d'une solution amiable).
- Fixation, par voie de dispositif conventionnel de branche dérogatoire, de critères permettant le recours à l'arbitrage (clause compromissoire).
- Concernant les litiges collectifs : sophistication des règles conventionnelles relatives à la conciliation et recours incité à l'arbitrage.

Déploiement des garanties sociales

Leur champ 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, elles nécessitent des règles spécifiques caractérisant une convention collective de sécurité sociale.

Une profonde réforme du Smic

Un meilleur fonctionnement du marché du travail appelle une profonde réforme du Smic et des minima sociaux associant :

- La possibilité de déroger au Smic par accord de branche étendu.
- La modification des règles de revalorisation. Cette dernière n'aurait plus rien d'automatique et reposerait plus fortement sur l'avis du groupe d'experts constitué sur le sujet.
- Une meilleure articulation avec les dispositifs du type revenu minimum, plus adaptés pour lutter contre la pauvreté, dont la pauvreté des enfants.

Nécessité et voies d'une refondation du droit social

La refondation du droit social français est une urgence (2.1.). Les voies d'une telle refondation, visant à concilier la protection des travailleurs et l'efficacité économique, passent par l'extension du champ du droit dérogatoire *via* des accords de branche ou d'entreprise (2.2.).

2.1. La réforme du droit social, une urgence

La France se caractérise par un droit essentiellement réglementaire, basé sur une profusion de textes constituant un ensemble d'une complexité sans équivalent parmi les pays développés. L'abondance du droit réglementaire y laisse à la négociation collective une place décisionnelle très réduite, en comparaison avec ces autres pays¹. Une telle complexité est

1. Voir à cet égard UIMM (2014), *op. cit.*

préjudiciable simultanément à la fonction protectrice du droit social et à l'efficacité économique. Ces préjudices viennent du fait que ce droit bride la possibilité d'élaborer les compromis permettant la meilleure rencontre entre les attentes des salariés et les besoins des entreprises. Le droit réglementaire est par définition homogène et l'abondance des textes renforce son inadaptation aux attentes et aux besoins. Par ailleurs, l'hypertrophie de la dimension réglementaire de ce droit ralentit son adaptation aux transformations de la vie économique et sociale qui ont connu une forte accélération sur les récentes décennies, en particulier du fait des progrès des techniques de l'information et de la communication (TIC).

Une abondante littérature s'est efforcée de caractériser les effets des rigidités réglementaires concernant le marché du travail sur la dynamique des entreprises et l'équilibre macroéconomique². Les indicateurs mobilisés pour caractériser les rigidités du droit social sont variés, mais les enseignements de ces analyses sont convergents. Un droit social réglementaire important influence négativement l'équilibre sur le marché du travail et la productivité, ces deux types d'effets n'étant bien entendu pas indépendants.

Une illustration de cet impact défavorable des réglementations réglementaires sur l'équilibre macroéconomique *via* leur effet sur le taux d'emploi est fournie par le graphique 2.1. Celui-ci met en relation, pour l'ensemble des pays de l'OCDE en 2013, le taux d'emploi de l'ensemble de la population en âge de travailler (15 à 64 ans) ou seulement des jeunes (15 à 24 ans) avec l'intensité de la protection de l'emploi par des normes

2. Une revue de cette littérature est fournie par J. Barthélémy et G. Cette (2013), *op. cit.*

réglementaires (LPE pour législation protectrice de l'emploi, cet indicateur étant construit par l'OCDE). Il fait apparaître que plus l'intensité de la protection de l'emploi par des normes réglementaires est élevée et plus le taux d'emploi est faible. Cette relation est plus forte pour les entrants sur le marché du travail, et parmi eux les jeunes. Par rapport aux autres pays de l'OCDE, la France associe une forte protection réglementaire de l'emploi à un faible taux d'emploi. Le graphique 2.1 illustre ainsi le préjudice, sur l'équilibre macroéconomique *via* son impact sur le taux d'emploi, d'un droit réglementaire hypertrophié³.

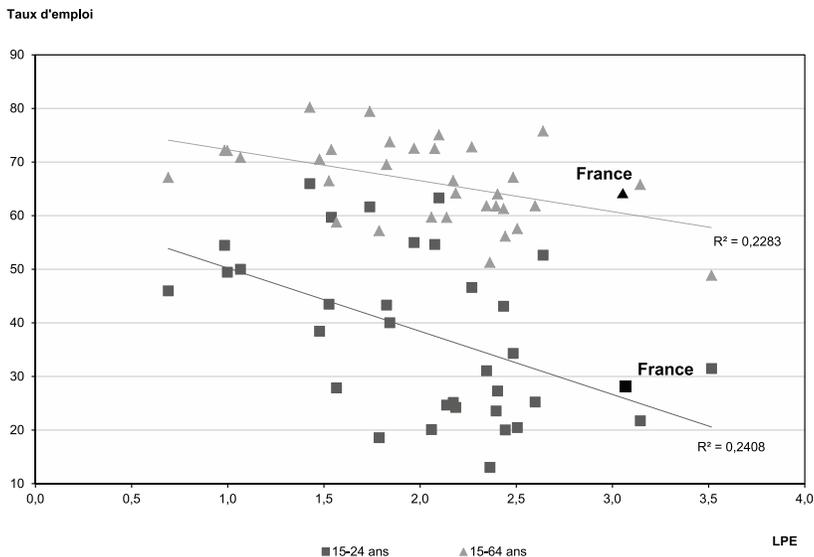
Le préjudice d'un excès de réglementation sur l'équilibre macroéconomique *via* l'impact sur la productivité a, de son côté, été illustré par de nombreuses études. Aghion *et al.*⁴ montrent que l'impact des rigidités sur la productivité peut être direct ou transiter par d'autres canaux, comme par exemple la diffusion des TIC :

- L'impact direct peut avoir de multiples causes : le corporatisme aboutit à une allocation non optimale des ressources, humaines en particulier ; une réglementation dense bride l'initiative économique (par exemple, par crainte des difficultés et des procédures liées aux licenciements) et entraîne

3. L'impact sur le taux d'emploi de normes réglementaires hypertrophiées a été empiriquement caractérisé par de nombreuses études dont par exemple celles de A. Bassanini et R. Duval (2006), « Employment patterns in OECD countries : Reassessing the role of policies and institutions », *OECD Working Paper*, DELSA/SEM(2006)4, 9 juin, n° 35 ; ou de J. C. Botero, S. Djankov, R. La Porta et F. Lopez-De-Silanes (2004), « The regulation of labor », *The Quarterly Journal of Economics*, novembre, vol. 119 (4).

4. P. Aghion, P. Askenazy, R. Brouillette, G. Cette et N. Dromel (2009), « Distance à la frontière technologique, rigidités de marché, éducation et croissance », *Économie et statistique*, août, n° 419-420.

Graphique 2. 1. Intensité de la protection de l’emploi par des normes réglementaires (LPE) et taux d’emploi (en %) des populations âgées de 15 à 64 ans et de 15 à 24 ans (en 2013)



L’indicateur LPE (pour législation protectrice de l’emploi), qui mesure l’intensité réglementaire de protection de l’emploi, est construit par l’OCDE. Cet indicateur varie de 0 (pour les réglementations les plus réduites) à 6 (pour les plus fortes).

des coûts de gestion des contraintes juridiques non négligeables, en particulier pour les PME...

- L’impact transitant par les TIC est lié au fait que l’utilisation performante de ces technologies nécessite certaines formes de flexibilité organisationnelles qui peuvent être contrariées par le droit réglementaire. Plus ce dernier est important et contraignant, et plus les potentialités associées à l’utilisation des TIC, en termes de performances productives, sont réduites. L’investissement en TIC – et en conséquence les gains de productivité spécifiques qui lui sont associés – sont

donc, toutes choses égales par ailleurs, d'autant plus faibles que le droit réglementaire est important.

Parmi d'autres, une analyse récente de Cette, Lopez et Mairesse⁵ propose une évaluation empirique de cet impact. Elle montre que modifier la protection de l'emploi (mesurée par les indicateurs LPE évoqués plus haut et construits par l'OCDE) pour l'amener au niveau moyen des trois pays de l'OCDE où elle est le plus faible permettrait à long terme une augmentation de la productivité globale et du PIB d'environ 2,5 %. Ces analyses empiriques mettent en évidence l'intérêt d'envisager en France une réforme du droit social réduisant l'hypertrophie du droit réglementaire sans pour autant abaisser les protections effectives des travailleurs.

Par ailleurs, diverses études indiquent de façon robuste que le sentiment d'insécurité dans l'emploi des salariés est croissant avec la complexité du droit social, cette dernière étant caractérisée par l'intensité des normes réglementaires visant à la protection de l'emploi. Clark et Postel-Vinay⁶ fournissent, outre une revue de la littérature disponible, une étude empirique très riche sur la question. Leur analyse est réalisée à partir des données individuelles de plusieurs vagues d'enquêtes. Elle souligne clairement que le sentiment d'insécurité des employés précaires ou en CDI dans le secteur privé est croissant avec

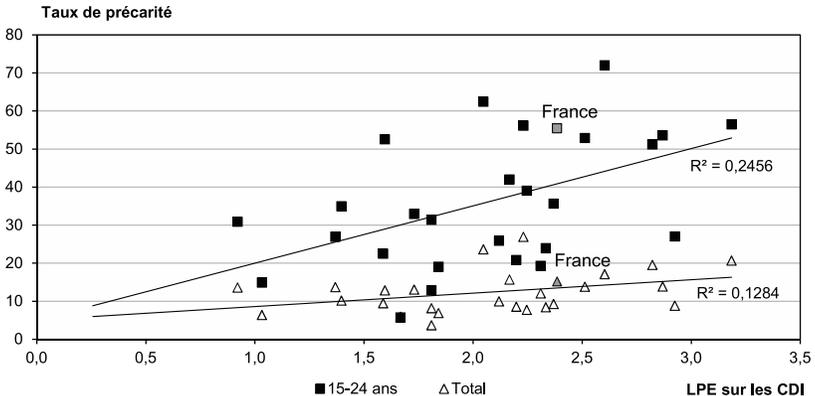
5. G. Cette, J. Lopez et J. Mairesse (2014), « Product and labor market regulations, production prices, wages and productivity », *NBER Working Paper*, octobre, n° 20563. Cette analyse fournit également une revue de littérature des analyses proposant une telle évaluation des effets sur la productivité de normes réglementaires hypertrophiées. Une revue de cette littérature abondante est également fournie par Barthélémy et Cette (2013), *op. cit.*

6. A. Clark et F. Postel-Vinay (2009), « Job security and job protection », *Oxford Economic Papers*, vol. 61 (2), p. 207-239.

le niveau de protection de l'emploi par des normes réglementaires. Ainsi, toutes choses égales par ailleurs, une augmentation du niveau de protection de l'emploi par davantage de normes réglementaires augmenterait le sentiment d'insécurité des travailleurs vis-à-vis de leur emploi. L'explication de ce paradoxe est que de telles protections protègent les personnes en emploi stable (les *insiders*) mais, en réduisant la fluidité du marché du travail et les transitions, elles rendent plus difficile l'insertion ou le retour à l'emploi pour celles qui l'ont perdu (les *outsiders*). Le risque de chômage prolongé par cette moindre fluidité du marché du travail serait même ressenti par les personnes en emploi stable dans le secteur public.

Les effets de fortes protections de l'emploi qui expliquent les risques ressentis par les salariés sont illustrés par le graphique 2.2 ci-dessous. Celui-ci met en relation, pour l'ensemble des pays de l'OCDE en 2013, le taux de précarité (mesuré par le taux de recours aux CDD et à l'intérim) de l'ensemble de la population en emploi âgée de 15 à 64 ans ou de 15 à 24 ans avec l'intensité de la protection de l'emploi des CDI par des normes réglementaires (LPE-CDI pour législation protectrice de l'emploi sur les seuls CDI, cet indicateur étant construit par l'OCDE). Il apparaît ainsi que plus l'intensité de la protection de l'emploi des CDI par des normes réglementaires est élevée, plus le taux de précarité est également élevé. Encore une fois, cette relation est plus forte pour les entrants sur le marché du travail, et parmi eux les jeunes. Il apparaît que, par rapport aux autres pays de l'OCDE, la France associe une forte protection réglementaire de l'emploi des CDI à un fort taux de précarité de la population en emploi.

Graphique 2. 2. Intensité de la protection de l'emploi par des normes réglementaires sur les CDI (LPE-CDI) et précarité de l'emploi (en %) des populations âgées de 15 à 64 ans et de 15 à 24 ans (en 2013)



L'indicateur LPE-CDI (pour législation protectrice de l'emploi sur les seuls CDI), qui mesure l'intensité réglementaire de protection de l'emploi sur les contrats à durée indéterminée, est construit par l'OCDE. Cet indicateur varie de 0 (pour les réglementations les plus réduites) à 6 (pour les plus fortes). Le taux de précarité de l'emploi correspond ici à la part (en %), dans l'emploi de la population concernée, des emplois en CDD ou en intérim.

2.2. Les voies de la réforme

Trois grandes orientations de refondation du droit social peuvent *a priori* être envisagées : la libéralisation, l'encouragement au développement d'un droit plus conventionnel et la réduction du droit réglementaire *par* le développement du droit conventionnel.

- *La libéralisation* consiste à réduire le droit réglementaire en supposant qu'un droit conventionnel pourrait spontanément s'y substituer. Cette approche (i) affaiblirait le caractère protecteur du droit social ; (ii) repose sur l'hypothèse fautive que le droit conventionnel pourrait se développer spontanément, ce qui

semble utopique, tout particulièrement dans le contexte français d'une mauvaise qualité des relations sociales et d'un faible taux de syndicalisation⁷ ; (iii) n'est sans doute politiquement pas envisageable dans un pays de *civil law* (c'est-à-dire où le droit est codifié dans les détails et non jurisprudentiel comme dans les pays de *common law*) comme la France. Les échecs de réformes tentées sur les dernières années de simple réduction du droit réglementaire dans certains domaines, par exemple en 2005 la création du CNE (contrat nouvelle embauche) et du CPE (contrat première embauche), témoignent qu'une telle orientation pourrait à la fois faire perdre un temps précieux dans le processus de réforme et même aboutir au rejet de ce processus.

- *La stratégie d'encouragement au développement d'un droit plus conventionnel* repose sur l'idée qu'il permettrait de réduire ensuite le droit réglementaire en laissant l'espace ainsi libéré à l'exercice du droit conventionnel. Ce développement spontané du droit conventionnel (i) est difficile dans le contexte français de *civil law*, comme cela vient d'être rappelé ; (ii) est complexe à envisager sans espace d'intervention préalablement défini. En d'autres termes, la profusion actuelle du droit réglementaire bride l'extension du droit conventionnel dont les domaines et le volume d'intervention sont actuellement pour le moins infimes. Au demeurant, une partie significative du contenu des conventions de branches existantes correspond de fait à un délayage des textes réglementaires !

- *La stratégie de réduction du droit réglementaire PAR le développement du droit conventionnel* est inspirée de l'idée que le développement du droit conventionnel peut corrélativement

7. Cette situation de mauvaise qualité des relations sociales et de faible syndicalisation est caractérisée et commentée dans la section 4 de ce rapport.

réduire le volume et la place du droit réglementaire. À aucun moment les protections des travailleurs ne sont alors affaiblies. L'incitation au développement du droit conventionnel réside dans les rentes juridiques (et parfois financières) concédées aux acteurs du droit conventionnel. Par rentes juridiques, nous entendons ici la possibilité pour les entreprises et leurs travailleurs d'adapter les normes qui s'appliquent à eux. C'est la voie proposée dans nos précédents travaux. Cette incitation favorise à la fois la recherche de meilleures relations sociales permettant de tirer le bénéfice des rentes envisageables et l'émergence des acteurs du droit conventionnel. Une telle orientation est plus en cohérence que les précédentes avec la tradition de *civil law* française. En effet, le droit réglementaire continue de s'appliquer pleinement en l'absence de droit conventionnel, dont l'élaboration nécessite par essence le plein accord des parties concernées, autrement dit les représentants syndicaux des employés et les représentants des entreprises.

Il est parfois opposé à cette démarche qu'elle pourrait aboutir à un immobilisme total, dans le contexte français d'une faible intervention décisionnelle du dialogue social. Les partenaires sociaux se satisferaient ainsi de la situation actuelle et ne chercheraient pas à substituer des normes contractuelles aux normes réglementaires. Il nous semble au contraire que la conciliation entre une plus grande efficacité économique et une meilleure protection effective des travailleurs rendue possible par des normes contractuelles se substituant aux normes réglementaires sera une très forte incitation au changement. La qualité du dialogue social, facteur de potentialité de négociations et d'accords collectifs, deviendra même alors un élément de la compétitivité économique et sociale

des entreprises. Concernant la compétitivité économique, de nombreuses analyses empiriques ont montré que la qualité du dialogue social influence les performances productives des entreprises. Par exemple, dans une analyse empirique réalisée sur des données individuelles concernant la France, Cette *et al.*⁸ montrent que la signature d'accords collectifs de branche ou d'entreprise, qui témoigne de l'existence d'une certaine qualité des relations sociales, permet de réduire les effets préjudiciables sur la productivité de contraintes réglementaires ou même d'opposition des travailleurs à certaines formes d'organisation du travail : bref, la signature d'accords collectifs augmente la productivité des entreprises.

Cela étant, il est indispensable de favoriser la créativité, l'inventivité des partenaires sociaux de sorte que, désormais, les avancées du droit social se fassent, dans tous les domaines non encore explorés, par le biais de l'accord collectif. Dans cette perspective, il est préférable de trouver des mesures incitatives à la négociation plutôt que de créer par la loi – ce qui alourdit encore le Code du travail – de nouvelles obligations de négocier, de surcroît sanctionnées pénalement ou administrativement. En particulier doit être explorée la technique dite du « *name and shame* ».

Deux principes sont essentiels dans cette stratégie :

- Le contrat collectif ne peut déroger à toute disposition d'ordre public mais au sens strict, c'est-à-dire absolu ; l'ordre

8. G. Cette, N. Dromel, R. Lecat et A.-C. Paret (2013), « Labour relations quality and productivity : An empirical analysis on French firms », *Review of Economics and Institutions*, vol. 4 (2). Cet article fournit également une revue de la littérature économique sur les relations entre dialogue social et performances économiques.

public relatif ou social, c'est-à-dire la règle de l'avantage le plus favorable, disparaît ou à tout le moins voit son champ réduit. Ces aspects sont explicités et détaillés dans la section suivante du présent rapport.

- Il peut « déroger » à toute autre disposition du Code du travail. Mais le mot « dérogation » ne se décline pas de la même façon en cas de conflit de sources entre lois et accords, entre accords de niveaux différents ou entre accords et contrat de travail. Ces aspects importants sont également développés plus loin. Certains domaines relèvent à l'évidence de l'ordre public absolu et, si la consultation préalable des partenaires sociaux sur ces questions est indispensable, ils relèvent de la seule compétence du législateur. Il en va par exemple ainsi du salaire minimum, le rôle des partenaires sociaux sur cette question étant l'élaboration de normes conventionnelles comme les *minima* de branches. Bien évidemment, les principes du droit du travail et du droit syndical restent de la seule compétence du législateur, étant d'essence constitutionnelle.

L'approche globale de la réforme du fonctionnement du marché du travail ici proposée diffère d'une approche thématique (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 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. C'est en cela que cette approche se singularise par rapport aux deux autres

approches évoquées⁹. 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 deviennent des éléments de concurrence entre firmes. Chaque entreprise peut alors adapter par accord collectif les normes du Code du travail qui brident sa propre activité économique (IRP, seuils, règles de conduite de la négociation, dialogue social d'un côté, organisation du travail, qualité de vie au travail, durée du travail, employabilité, protection de l'emploi d'un autre côté) en définissant, grâce au contrat, les contreparties d'un compromis gagnant-gagnant.

Ajoutons que la sophistication actuelle de plus en plus grande du contenu des accords, particulièrement lorsque le thème traité est très technique (la formation et la prévoyance en sont une illustration parfaite), a conduit à la généralisation de négociations dont le champ est limité à un seul objet. Cette

9. La proposition de R. Badinter et A. Lyon-Caen ([2015], *op. cit.*) est à nos yeux intermédiaire entre ces deux autres approches. Elle consiste à substituer aux 8 000 articles du Code du travail 50 principes fondateurs que le gouvernement et les partenaires sociaux pourraient mettre en œuvre par des lois ou des accords collectifs. Cette contraction simplificatrice peut aboutir à un affaiblissement de la fonction protectrice du Code du travail. En l'absence d'un tissu conventionnel précisant et déclinant les principes fondateurs, elle aboutit à une augmentation du pouvoir d'appréciation du juge concernant l'adéquation de multiples situations spécifiques avec ces principes fondateurs. Une telle augmentation accroît celle, corollaire, des incertitudes juridiques préjudiciables à l'efficacité économique. Ces deux risques, d'un affaiblissement de la fonction protectrice ou de l'efficacité économique, sont simultanément évités dans la stratégie de réforme que nous proposons où ce sont les normes conventionnelles, considérées comme à la fois plus protectrices et efficaces, qui se substituent aux normes réglementaires.

tendance a été accentuée par la fâcheuse habitude du législateur de créer une obligation spécifique de négocier sur tel ou tel thème en complément de textes qui y sont consacrés. Le rassemblement, dans une négociation unique, de thèmes différents de négociation est pourtant doublement productif. D'une part, cela permet de tenir compte de l'interaction de dispositions traitant de thèmes distincts, particulièrement quand on peut les relier dans un objet plus large, par exemple la qualité de vie au travail. D'autre part, une telle construction permettrait de mieux concilier efficacité économique et protection du travailleur, notamment du fait que l'accord devient plus aisément un outil de gestion. Dans cette perspective, les partenaires sociaux doivent être incités à privilégier, dans l'entreprise, la convention collective s'intéressant à l'ensemble des conditions de travail, de rémunération, d'emploi, de formation... Les garanties sociales doivent d'autant plus entrer dans ce périmètre que le droit de la protection sociale complémentaire – parce qu'il est, comme le droit du travail, un droit du contrat – est de nature à faciliter la réunification souhaitable des droits du travail et de la Sécurité sociale. Dans le contexte de l'élargissement, proposé dans ce rapport, du champ de la technique dérogatoire, le rassemblement de nombreux thèmes de négociation dans une négociation unique faciliterait l'élaboration de compromis plus globaux dans lesquels les représentants des intérêts tant de l'entreprise que des salariés trouveraient un avantage global, conduisant à ne plus apprécier l'intérêt du changement domaine par domaine et avantage par avantage.

La généralisation du champ de la technique dérogatoire, qui, de fait, affecte la hiérarchie des normes, permet de modifier l'articulation entre accords collectifs et, d'un côté,

lois et règlements, de l'autre côté, contrat de travail. Il est vain de penser que ces deux directions peuvent être abordées indépendamment l'une de l'autre. L'argument, inspiré de la réalité des tissus conventionnels de branche, selon lequel les syndicats d'employeurs ne tiennent pas à utiliser les facultés de dérogation existantes, n'est pas pertinent : c'est là principalement l'effet d'une insuffisante maîtrise de la situation, conséquence de la boulimie législative et de la complexité du droit légal.

L'échec de la négociation interprofessionnelle sur le dialogue social de janvier 2015 atteste que la stratégie de réforme ici préconisée ne peut pas toujours être réalisée par la transposition dans la loi d'un accord interprofessionnel résultant d'une négociation nationale suscitée par les pouvoirs publics. Les stratégies des partenaires sociaux, ceux représentant tant les employeurs que les salariés, au niveau national, sont complexes et parfois instables. Cela s'explique en partie par l'émiettement de ces représentations et leur recomposition. Il serait incertain d'attendre un accord interprofessionnel sur un projet de refondation ambitieux.

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*, limite de fond du champ de la dérogation. Au-delà des principes et des droits fondamentaux, certains aspects pourraient être spécifiquement qualifiés d'indérogeables si les partenaires sociaux en expriment le souhait.

(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 (L.2253-3 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 (ces aspects sont développés ci-après).

(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 notre rapport pour le CAE, dans son édition de 2013). 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. De fait, 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.

Pour autant, cette approche dérogatoire n'est qu'une première étape, certes déjà très ambitieuse. L'autonomie totale de l'accord – sous réserve de l'ordre public absolu s'agissant des rapports entre loi/règlement et convention, et de l'ordre public professionnel (ou de branche) s'agissant des rapports entre accords de branche et d'entreprise – est une exigence majeure, au nom de l'intérêt général et spécialement de l'emploi. Cela permet en effet d'adapter sans restriction les normes au contexte pour lequel elles sont conçues, donc de concilier de façon optimale efficacité économique et protection du travailleur, sous la double condition d'une représentativité effective à l'égard de la collectivité et de règles de conduite de la négociation rendues substantielles pour assurer l'équilibre des pouvoirs entre les parties, la loyauté du comportement des négociateurs et l'exécution de bonne foi de l'accord conclu.

Dans ces conditions, l'étape suivante doit, au nom de l'intérêt général, reposer sur le principe de supplétivité. Dans cette seconde étape, ce ne sont plus les normes conventionnelles qui

peuvent déroger aux normes réglementaires, mais les normes réglementaires qui deviennent supplétives des normes conventionnelles, dans tous les domaines où ces dernières peuvent être élaborées (c'est-à-dire dans les limites de l'ordre public absolu). Cette réarticulation fondamentale de la hiérarchie des normes a été réalisée, par la loi du 20 août 2008, dans le domaine des aspects qualitatifs de la durée du travail (répartition des horaires et aménagement des temps de travail).

Pour que ces voies de réforme du droit social puissent prospérer, il faut s'interroger sur les raisons de l'attachement usuel à l'ordre public relatif ou social, c'est-à-dire à la règle de l'avantage le plus favorable dès lors que ce n'est pas, comme nous l'avons montré, la meilleure manière de protéger les salariés. D'autant que, dans ces deux étapes, le mode de rapports entre les normes confère plus de responsabilités aux organisations, donc favorise l'accroissement sensible du taux de syndicalisation.

Limites de l'extension du droit dérogatoire

La logique de réforme du droit social ici proposée consiste donc, dans une première étape, dans le développement d'un droit conventionnel dérogatoire au droit réglementaire. Mais la dérogation pour la dérogation n'a pas de sens. Au demeurant, si elle était une fin en soi, cela irait à l'encontre de sa fonction protectrice. Il faut donc envisager la technique de dérogation comme un moyen.

L'objectif, c'est une adaptation des normes à chaque contexte particulier, ce qui est vecteur de valeur ajoutée, donc d'efficacité économique, mais sans altérer la fonction protectrice du droit social. En effet, d'une part dans l'accord collectif l'équilibre entre les parties peut être garanti, le contrat faisant aisément seul la loi des parties ; d'autre part le caractère plus favorable de la solution mise en œuvre au niveau inférieur par rapport à celui de niveau supérieur (d'essence légale, réglementaire ou conventionnelle) s'apprécie alors sur l'ensemble de l'accord ou, à tout le moins, sur le sous-ensemble constitué

de la clause dérogatoire et de sa (ses) contrepartie(s). Parfois celles-ci conditionnent la validité de l'accord ; mais si ce n'est pas le cas, la signature de syndicats de salariés est évidemment conditionnée par ces contreparties. En outre, la conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur véhiculée par le recours à la technique de dérogation contribue à améliorer la situation de l'emploi. L'avantage collectif peut par exemple être trouvé dans des clauses de l'accord garantissant un volume d'effectifs, ces clauses devenant des contreparties aux dérogations permettant aux représentants des salariés signataires de l'accord de trouver celui-ci plus favorable pour leurs mandants que l'absence d'accord.

Par voie de conséquence, il relève de l'intérêt général de rendre très largement possible la dérogation. Celle-ci ne doit plus être l'exception encadrée par un texte législatif : elle doit être la règle. Mais cela rend indispensable d'en définir les limites de fond. Et ceci vaut non seulement dans les rapports entre accords et lois (3.2.), mais aussi entre accords de niveaux différents (3.3.). Alors se pose la question des conditions et limites de la résistance du contrat de travail à l'accord collectif (3.4.). Dans un souci d'ordre pédagogique, il convient dans un premier temps d'explicitier ce qu'est l'ordre public dans le droit social (3.1.).

3.1. L'ordre public en droit social

Avant tout développement, une remarque s'impose. Le champ de l'ordre public peut difficilement être défini par une liste de thèmes, même confiée à la responsabilité du législateur. Au demeurant, la jurisprudence joue un rôle majeur. Le pouvoir d'appréciation du juge est donc ici inévitablement

important. Il est approprié de distinguer ce qui relève de l'ordre public absolu, qui correspond aux droits fondamentaux (3.1.1.), au sein duquel il faut encore distinguer l'ordre public classique et l'ordre public économique (3.1.2.), et l'ordre public relatif, ou social, dans l'exercice duquel se déploie le principe dit « de faveur », qui peut dans certains cas être apprécié de façon globale et non avantage par avantage (3.1.3.).

3.1.1. L'ordre public absolu

La liberté contractuelle est un droit d'essence constitutionnelle, hérité de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Elle résulte également de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH par la suite), inspirée aussi par les acquis de la Révolution française. Si la convention collective a des aspects réglementaires liés à la fois à sa fonction normative ainsi que, en France, à la technique d'extension, ses aspects contractuels sont toujours prééminents. Au demeurant, on y distingue la partie normative régissant les rapports entre employeurs et salariés, et la partie contractuelle régissant les rapports entre ses parties. De ce fait, l'autonomie de l'accord collectif repose sur un principe constitutionnel, d'autant que, du fait de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 – qui fait partie du bloc de constitutionnalité –, les travailleurs disposent du droit de négocier leurs conditions de travail par l'intermédiaire de leurs délégués. Par ailleurs, le droit de négociation collective est qualifié de *fondamental* tant par la Charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995 que par celle des droits sociaux de 1989 et celle des droits fondamentaux de décembre 2000 réactualisée en 2012, de l'Union européenne. Il ne saurait donc être malmené, sauf

pour une raison d'intérêt général, en particulier celle encadrant son ambition dans des principes, tels ceux qui irriguent le droit de l'Union européenne (la solidarité, la citoyenneté, la dignité humaine, la justice).

De ce fait, la limite de fond à la technique de dérogation ne peut venir que :

- *Des droits supranationaux*, qu'ils émanent des textes de l'Union européenne ([chartes et traités], ce qui a pour effet que le juge national ne peut en ignorer les contraintes), de l'Europe (essentiellement la Conv. EDH et la charte précitée de 1961) ou de l'Organisation internationale du travail. Pour certains, surtout ceux émanant de l'Union européenne, l'application est directe dans les rapports entre citoyens tandis que d'autres ne lient que les États, ce qui oblige à concentrer l'éventuelle action contentieuse contre eux, l'application directe, c'est-à-dire dans les rapports entre particuliers, n'étant pas possible. La France ne peut se soustraire à la plupart de ces exigences et on la voit mal en effet sortir de l'Union européenne, ou même du Conseil de l'Europe. S'agissant de contraintes résultant de l'OIT, il est, en théorie, possible de revenir sur l'adhésion à certaines conventions, mais leur contenu est souvent repris, sous une forme ou une autre, par les textes européens. Exemple topique : la sortie de la convention 158 de l'OIT n'empêcherait pas l'obligation, pour l'employeur, d'invoquer une cause légitime pour rompre le contrat de travail car cela est prévu, même sous une forme et une intensité différentes, par des textes européens.
- *Des droits d'essence constitutionnelle*, matérialisant ceux émanant de la Constitution de 1958 ainsi que de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946 annexés à celle de

1958, l'ensemble constituant le bloc de constitutionnalité. Leur interprétation peut d'autant plus conduire à l'élimination d'un texte légal que non seulement les parlementaires peuvent, à l'occasion du vote d'une loi, saisir les sages de la rue Montpensier pour faire déclarer inconstitutionnel tel ou tel article, mais aussi qu'il a été récemment offert à tout citoyen de saisir cette juridiction dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), y compris pour faire déclarer inconstitutionnels des textes anciens.

Doivent en outre être pris en considération les droits fondamentaux de l'homme et les libertés individuelles et collectives qui, en quelque sorte, concrétisent des droits naturels de l'être humain, issus pour la plupart des travaux des philosophes des Lumières mais que l'on trouve de ce fait dans la Déclaration des droits de l'homme et/ou dans la Conv. EDH.

3.1.2. Ordre public classique et ordre public économique

C'est à la lumière de ce qui précède qu'il convient de distinguer :

- *L'ordre public classique*, directement tiré des Lumières, irriguant les seules limites de fond à la liberté contractuelle élevée en droit fondamental de l'homme, limite trouvant sa légitimité dans l'intérêt général, dans celui de la nation. On y retrouve des éléments touchant à la vie en collectivité et aux bonnes mœurs. Une partie significative de cet ordre public classique est qualifiable d'ordre public de direction. À titre seulement d'exemple, le droit à la justice, à la dignité (donc à un travail décent), à l'égalité, à la solidarité. Il n'est

pas donc pas étonnant que l'Union européenne se soit saisie de la solidarité pour en faire un des principes, que l'on trouve dans la charte des droits fondamentaux ayant valeur de traité. Les droits à la santé et au respect de la vie personnelle en relèvent aussi et il n'est pas inutile de souligner qu'on les retrouve, comme le droit d'association, dans la Conv. EDH. On retrouve ici aussi la prohibition des discriminations. En quelque sorte, il s'agit de protéger l'identité de l'être humain. Il n'est pas inintéressant de souligner – eu égard à l'objet du présent rapport – que l'article L.2252-1 du Code du travail (ex. L.132-4) prévoit que les conventions collectives ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public.

- *L'ordre public économique*, fondé sur la nécessité de protéger la partie faible (éventuelle) au contrat, surtout si l'on entend que le contrat puisse réellement et seul faire la loi des parties (au sens de l'article 1134 du Code civil, code ayant lui aussi vocation à décliner les idées forces des Lumières). Ici, la fonction de l'ordre public est de garantir le consentement éclairé de la partie au contrat se trouvant en état d'infériorité, à tout le moins d'éviter les conséquences, en termes d'engagements, d'un consentement suspect et possiblement forcé. Voilà pourquoi il est essentiellement de protection. Il s'agit notamment de permettre l'annulation des engagements qui attesteraient d'un vice de consentement mais aussi de moyens destinés à faciliter l'épanouissement du rapport contractuel. On voit bien que tout le droit du travail est concerné.

Sans aller trop loin dans des développements qui seraient hors de propos eu égard à l'objet du présent rapport, il faut souligner que cet ordre public économique, de protection donc – né avec le capitalisme et la civilisation industrielle – se

concrétise par la réglementation de certains contrats, par du formalisme, par des atteintes à la force obligatoire du contrat. L'exemple le plus typique est sans doute la présomption irréfragable de CDI lorsque ne sont pas réunies toutes les conditions de forme et de fond relatives aux CDD.

L'ordre public classique et l'ordre public économique concrétisent l'ordre public absolu, auquel on ne saurait déroger, sous-entendu *in melius* comme *in pejus* (en meilleur comme en pire). Exemple : c'est la liberté contractuelle, liberté fondamentale, qui interdit que l'accord dénoncé continue à s'appliquer jusqu'à la mise en œuvre d'un accord de substitution alors que la survie d'effets est justifiée par le souci d'éviter les vides conventionnels.

3.1.3. Ordre public relatif et « principe de faveur »

Le droit du travail connaît aussi l'ordre public relatif, qualifié également de social. Il se concrétise par une forme particulière de protection de la partie faible du contrat de travail qu'est par essence le salarié. Sans que soit mise en cause la validité du contrat au nom d'une absence de consentement éclairé, le déséquilibre n'est pas invoqué quand la protection de la partie faible se matérialise par l'application, en cas de conflit de sources, de la solution la plus favorable au salarié. En associant cette manière de traiter les conflits de sources (qui laisse entière l'autonomie des acteurs des différents contrats, seul s'appliquant le plus favorable aux salariés) à l'obligation d'engager des négociations dans l'accord de niveau inférieur lorsque le contenu de l'accord de niveau supérieur devient plus favorable, on a pu prétendre qu'existe un « principe de faveur ».

Il ne faut pas confondre l'ordre public en droit du travail, c'est-à-dire l'ordre public absolu appliqué au droit du travail, et l'ordre public social qui concrétise l'ordre public relatif auquel on peut déroger mais uniquement dans un sens plus favorable au salarié.

La règle de l'avantage le plus favorable ne se décline pas de la même manière suivant les types de sources en conflit. Si celui-ci concerne une loi, un règlement et un acte de droit privé comme l'accord collectif ou le contrat de travail (dont les acteurs sont des personnes, physiques ou morales, de droit privé), la comparaison se fait salarié par salarié, la loi s'appliquant à chaque citoyen et avantage par avantage, la loi étant un acte unilatéral du peuple souverain. Si le conflit de sources concerne deux contrats, la comparaison peut se réaliser sur l'ensemble des éléments qui ont été, dans chacun, consentis les uns en contrepartie des autres et qui constituent de ce fait un tout indivisible. Si en plus le conflit concerne deux accords collectifs, leur caractère normatif fait que la comparaison se fait globalement sur l'ensemble des salariés.

La sophistication de ce « principe de faveur » a pour résultat qu'employeurs et représentants du personnel, qui ne sont pas des juristes et n'ont pas à l'être, adoptent fréquemment des solutions qui leur semblent inévitables au mépris de la réalité juridique mais qui néanmoins créent du droit. Il faut souligner que, dans la logique des préconisations de ce rapport, naît une approche globale de l'avantage favorable à la fois plus protectrice pour le travailleur et économiquement plus efficace qu'une approche avantage par avantage. L'intérêt de la collectivité est également de ce fait privilégié par rapport à l'intérêt individuel de chacun de ses membres.

La signature par les syndicats majoritaires d'un accord dérogatoire atteste qu'ils trouvent des avantages en contrepartie à

la clause dérogatoire, alors même que cette clause crée un avantage moins favorable. L'indivisibilité de la clause et de ses contreparties qui résulte de ce constat a pour conséquence, de fait, que le caractère plus favorable s'apprécie sur l'ensemble de l'accord dans lequel apparaissent des avantages individuels et des avantages collectifs en contrepartie de la norme dérogatoire. Une telle construction s'inscrit évidemment dans la fonction protectrice du droit du travail. Elle contribue – et c'est un réel avantage à ce titre – à donner de la consistance juridique à la collectivité de travail dont les intérêts sont distincts de la somme des intérêts individuels de ses membres. Le principe de proportionnalité permet de conjuguer les deux.

3.2. Les rapports entre accords collectifs et lois

La dérogation ne peut évidemment pas prospérer dans ce qui se rapporte aux principes du droit du travail, du droit syndical, de la sécurité sociale (article 34 de la Constitution). Ici, la responsabilité de l'élaboration de la norme est de la compétence exclusive du législateur. Celui-ci serait bien inspiré de s'imposer une règle de caractère déontologique consistant à laisser ce qui excède ces principes à la compétence d'acteurs de droit privé. Une telle attitude réconcilierait les élus de la Nation avec les principes dégagés par les philosophes des Lumières. Mieux, étant donné que le législateur a le choix, pour décliner les principes qui sont de sa compétence exclusive, entre recourir au pouvoir réglementaire ou aux partenaires sociaux, un droit plus contractuel invite à ce qu'il soit prioritairement recouru à la compétence des partenaires sociaux.

Pour respecter la liberté contractuelle d'essence constitutionnelle, les textes légaux allant au-delà des principes de l'ordre public absolu doivent relever du domaine de la dérogation. C'est l'une des voies essentielles à nos yeux de la refondation du droit social. L'amélioration de la situation de l'emploi et de l'employabilité qui en résulte confère un intérêt primordial à la généralisation de la technique de dérogation qui écarte alors la critique d'inconstitutionnalité. La dérogation est possible par accord collectif, la signature de partenaires sociaux légitimes et représentatifs étant garante de l'intérêt, pour les deux parties donc pour les salariés, de l'accord, considéré globalement et non élément par élément.

Pour une lisibilité parfaite, par les employeurs et les salariés, mais aussi pour le juge, de ce qui est indérogeable, il faut que, par une liste établie à titre indicatif par le législateur suite à une concertation des partenaires sociaux dans le cadre de l'article L.1 du Code du travail, soient mis en exergue les domaines précis des principes, au sens de l'article 34 de la Constitution.

Au vu de cette approche théorique, doctrinale, force est de constater que le Smic ne relève pas de l'ordre public, d'autant moins qu'il constitue un minimum. Ce sont les raisons d'ordre culturel, sociologique, qui font estimer le contraire.

3.3. Articulation entre accords de niveaux différents et ordre public professionnel

La construction d'un droit plus contractuel et moins réglementaire en vue de mieux concilier efficacité économique, grâce à des normes adaptées à chaque contexte, et protection

des travailleurs, grâce au rôle de l'accord collectif où l'équilibre contractuel est effectif, oblige à l'autonomisation, non seulement de l'accord à l'égard de la loi, mais encore de l'accord de rang inférieur à l'égard de l'accord de rang supérieur, spécialement de l'accord d'entreprise à l'égard de la convention collective de branche. Le développement de la négociation collective dans l'entreprise, qui est un progrès social, y invite, de surcroît au nom de la promotion de la liberté contractuelle qui est d'essence constitutionnelle.

Le « principe de faveur » a été écarté partiellement par la loi du 4 mai 2004 inspirée, c'est important de le souligner, par la déclaration commune de juillet 2001 signée de toutes les organisations syndicales de salariés à l'exception (certes notable) de la CGT. Cette loi permet à l'accord d'entreprise de déroger à la convention de branche, sauf dans quelques domaines spécifiques et si celui-ci l'interdit. Écarter la règle de l'avantage plus favorable suppose alors une clause expresse de l'accord de rang supérieur. Il est à noter que, s'agissant des aspects qualitatifs de la durée de travail (répartition des horaires et aménagement des temps de travail) a été instauré, par la loi du 20 août 2008, le renversement de la hiérarchie des normes. Ici, l'accord d'entreprise étant le droit commun, la convention de branche ne s'applique qu'à défaut et la réglementation en l'absence de tissu conventionnel. En ce domaine, le rapport entre la convention collective de branche et l'accord d'entreprise ne relève pas de la dérogation qui, elle, laisse subsister la hiérarchie des normes. Là encore, il est important d'éviter des contresens pour s'épargner des stratégies fondées sur des erreurs de droit.

Les partenaires sociaux ont très peu mis en œuvre cette faculté, ouverte par la loi du 4 mai 2004, d'autonomisation de l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche.

Deux raisons expliquent cela. La première est liée au fait que le législateur n'a prévu cette dérogation que pour les textes conventionnels conclus postérieurement à la loi. Cette solution était inévitable car, à défaut, serait remise en cause l'autorité du contrat. On peut donc estimer que, plus on s'éloignera de 2004, plus cette faculté sera utilisée. La seconde raison tient au culte du principe de faveur qui conduit certains syndicats à exiger – au mépris de l'engagement de leur confédération dans l'ANI du 31 octobre 1995 et dans la déclaration commune de 2001 – l'interdiction de déroger par accord d'entreprise dans tout domaine. Sans, au demeurant, que les organisations d'employeurs s'y opposent, car elles ne voient généralement pas l'intérêt d'une telle faculté dans la perspective d'une plus grande efficacité de la branche, essentiellement parce que de telles clauses sont souvent considérées comme de style.

La branche n'est aujourd'hui pas définie juridiquement autrement que par le champ dont s'est doté le syndicat patronal signataire de la convention collective, principe de relativité des effets du contrat oblige. Du fait des règles d'audience qui vont entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2017 et des moyens que la loi du 5 mars 2014 a donnés au ministre du Travail pour fusionner les branches, la branche va peu à peu prendre de la consistance juridique à partir de considérations fondamentales d'ordre économique et d'ordre social. Par ailleurs, malgré l'intérêt du développement des accords d'entreprise, la convention de branche conserve un rôle majeur. Elle doit contribuer à solidifier la collectivité de travail, par exemple par un objectif de solidarité, donc par la mise en œuvre de mutualisations en matière de protection de la santé ou d'employabilité mais aussi de mobilité. Elle doit également contribuer à donner du sens aux conditions de travail spécifiques à la nature particulière

de l'activité économique (en particulier par les classifications professionnelles et les rémunérations minimales). Cela, c'est l'ordre public professionnel défini conventionnellement et constituant le noyau dur d'indérogeabilité par accord de rang inférieur (*cf.* à ce sujet l'article L.2253-3 du Code du travail). Pour le reste, au contraire, la dérogation par accord d'entreprise à la convention de branche doit être la règle mais :

- D'une part, la convention de branche doit élaborer les règles de conduite de la négociation d'entreprise de sorte que l'accord puisse réellement y faire la loi des parties. Ces règles doivent être considérées comme substantielles. Rien n'interdit en revanche que, dans une entreprise d'une certaine taille – où l'équilibre contractuel est plus aisé – des règles dérogatoires puissent être conçues ; la convention de branche gagne alors à définir un seuil – ou des conditions – à partir duquel cette dérogation est possible.
- D'autre part, la relativisation de la règle de l'avantage le plus favorable concrétisée par la dérogation exige que le taux d'audience pour conclure valablement soit porté de 30 à 50 % des votants, voire, dans certains cas, des effectifs. Il y va de la capacité à faire s'exprimer la collectivité de travail concernée, sujet du statut conventionnel.

Dans le même esprit et si on fait le choix, dans les PME, de recourir au mandataire, l'agrément par la commission paritaire de la branche pour que l'accord d'entreprise soit effectif est inutile, ceci d'autant que le contrôle exercé est un simple contrôle de légalité, ce qui le réduit à du formalisme pur. Doit par ailleurs être sérieusement élargi le champ des accords pouvant être conclus avec le comité d'entreprise, surtout si l'employeur n'en est pas membre, une exigence majeure si

on met en place une institution unique du personnel, inspirée de ce qu'est, en Allemagne, le *Betriebsrat*.

De ce fait, une différence peut aisément exister entre les entreprises au sein desquelles, quels que soient leur taille ou le mode d'organisation du pouvoir de direction (qui n'est pas le même dans une SA, une SAS ou une entreprise à but non lucratif), la négociation d'entreprise peut ou non prospérer. L'application directe du tissu conventionnel de branche dans l'entreprise TPE n'empêche pas la construction de solutions adaptées à l'entreprise ayant des effectifs plus importants dès lors que la dérogation y permet l'adaptation des normes au contexte particulier et qu'est écartée la règle de l'avantage le plus favorable.

3.4. Une moindre résistance du contrat de travail à l'évolution du tissu conventionnel

Un droit social conçu pour mieux concilier efficacité économique et protection du travailleur grâce à un rôle accru du tissu conventionnel suppose – pour atteindre ses objectifs, notamment l'optimisation et la sécurisation de l'emploi – que la fonction normative de la convention collective ne soit pas entravée par une résistance excessive du contrat de travail à l'évolution des statuts collectifs. Il y va en effet de la capacité de l'accord collectif, spécialement d'entreprise, à devenir un outil de gestion (ce qui contribue à concilier efficacité économique et protection du travailleur).

L'état actuel de la jurisprudence est un obstacle à la concrétisation de cet objectif. Plus précisément, subordonner

l'applicabilité de la convention à l'accord individuel de salariés lorsque le dispositif conventionnel envisagé bouleverse les conditions de travail ne peut que rendre vains les espoirs mis dans un droit plus contractuel et moins réglementaire. On pense bien sûr ici à la jurisprudence relative à l'annualisation des temps de travail mais aussi par exemple à la qualification de la rupture du contrat de travail naissant du refus du salarié de la modification de ses conditions de travail induite par un accord de maintien de l'emploi (AME).

Le problème relève de la même question que celle illustrée par la technique de dérogation : il s'agit en effet de résoudre un conflit de sources, ici entre un accord collectif et un contrat de travail individuel. La tâche est plus délicate que s'agissant des conflits entre lois et accords ou entre accords de rang différents dans la mesure où d'un côté la portée de la règle de l'avantage le plus favorable n'y a pas été atténuée par le législateur (*cf.* L.2254-1 du Code du travail – sans doute convient-il de revisiter cet article), et d'un autre côté les éléments du contrat de travail ressortent d'une définition jurisprudentielle, qui de surcroît a évolué avec le temps. Dans un premier temps est faite une distinction, inspirée par les fondamentaux du droit civil, entre éléments substantiels du contrat et éléments secondaires, ces derniers étant alors les seuls pouvant être modifiés unilatéralement par l'employeur en ayant recours licitement au pouvoir de direction. Parmi les éléments substantiels, il faut alors distinguer les éléments absolus, existant dans tout contrat (ou alors il n'y a pas contrat, *cf.* la jurisprudence récente sur les promesses d'embauche ayant valeur de contrat) et les éléments relatifs, n'étant substantiels que par la volonté des parties.

Ensuite et sous l'impulsion du doyen Waquet, la Cour de cassation a introduit une autre distinction entre éléments du contrat

et conditions de travail, cette distinction induisant *a contrario* que les secondes relèvent du pouvoir normatif de l'employeur. La Cour de cassation en a conclu logiquement – dans le cadre d'un célèbre arrêt Air France de 2000 – que la révision des dispositions d'un accord collectif relatives aux conditions de travail s'impose aux salariés. Ce qui ne peut être modifié qu'avec l'accord du salarié a ainsi changé et il subsiste un espace significatif pour le normatif d'essence conventionnelle s'imposant à lui.

Les choses se sont rigidifiées lorsque, plus récemment, la Cour de cassation a pris prétexte d'éventuels bouleversements des conditions de travail pour que l'accord nouveau révisant l'ancien soit soumis à l'accord express du salarié. On peut trouver la justification de cette solution dans l'atteinte éventuelle à des droits fondamentaux et aux libertés individuelles (Conv. EDH notamment). Mais, point n'est besoin alors de recourir à l'idée de bouleversements qui de surcroît donne un champ plus large à la règle.

L'impact négatif de cette dernière jurisprudence est double. D'une part les employeurs hésitent à utiliser l'accord collectif comme outil de gestion et ceci ne peut qu'avoir des effets négatifs sur l'emploi, les dispositions d'un accord ne s'incorporant pas au contrat de travail. D'autre part le refus du salarié d'accepter la novation ne peut se concrétiser que par la rupture du contrat dès lors que l'employeur est contractuellement tenu d'exécuter l'accord signé – faut-il le rappeler – par des organisations syndicales majoritaires.

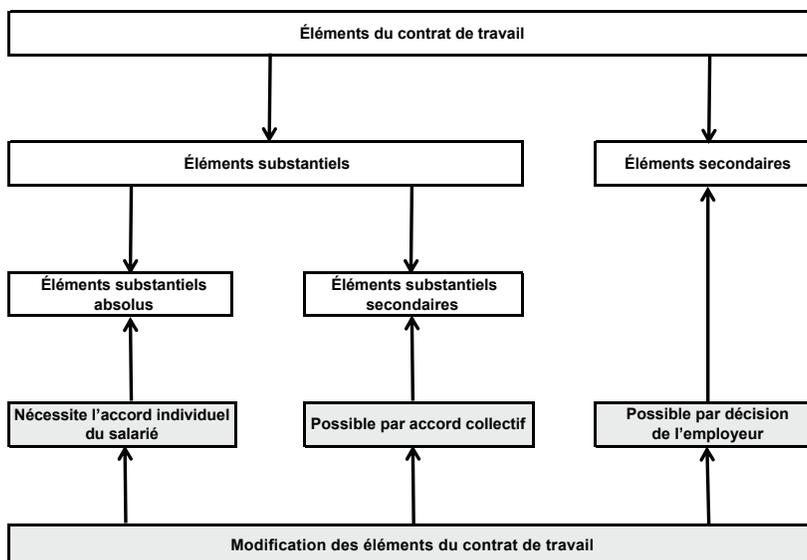
Il faut donc impérativement en revenir à la distinction originelle, d'autant plus sécurisante qu'elle s'appuie sur des fondamentaux du droit des contrats, donc du droit civil. Mais, puisque la distinction actuelle résulte de la jurisprudence, il faut :

- Soit favoriser l'émergence d'une nouvelle jurisprudence fondée sur l'autorité du tissu conventionnel, c'est-à-dire s'appuyant sur le caractère fondamental du droit de la négociation collective. On peut à cet égard prendre en considération l'évolution de la jurisprudence concernant l'égalité de traitement concrétisée depuis les arrêts du 27 janvier 2015, par laquelle les différences de niveaux d'avantages liées à l'appartenance à une catégorie conventionnellement définie bénéficient d'une présomption simple de respect du principe d'égalité lorsqu'elles sont justifiées par une raison objective. La preuve contraire doit alors être apportée. Le fait de remplacer la représentativité de droit par celle liée à une audience minimale à l'égard de la collectivité du personnel concernée conforte l'intérêt de cette solution.
- Soit faire intervenir le législateur mais après avoir mis en place une règle dans le cadre d'un accord national interprofessionnel conclu dans le cadre de la procédure instaurée par la loi Larcher du 31 janvier 2007 (article L.1 du Code du travail). Dans ce cas, pourrait être mis en avant le principe, d'essence constitutionnelle, de proportionnalité pour justifier que l'optimisation de la situation de l'emploi confère un but d'intérêt général qui de ce fait justifie l'atteinte au contenu du contrat de travail. En d'autres termes, il s'agit de concilier efficacement intérêt de la collectivité et intérêt individuel.

Nos propositions concernant l'articulation entre accord collectif et contrat de travail sont résumées par le graphique 3.1. La simple dualité entre les composantes substantielles, modifiables seulement avec l'accord individuel du salarié, et les composantes relatives, modifiables par décision unilatérale de l'employeur, serait abandonnée. On lui substituerait une

distinction entre les éléments substantiels absolus, modifiables seulement avec l'accord individuel du salarié, les éléments substantiels secondaires, modifiables par accord collectif (nécessairement majoritaire, cette condition de majorité étant alors portée à 50 % des votants aux dernières élections professionnelles) et les composantes secondaires modifiables par décision unilatérale de l'employeur.

Graphique 3. 1. Les composantes du contrat de travail et leur modification : nos propositions



Pour illustrer cette proposition signalons que la fonction et la qualification d'un côté, le salaire horaire de l'autre constituent indiscutablement des éléments substantiels absolus du contrat de travail dont la modification appelle l'accord individuel du salarié. La durée du travail et, en conséquence, le salaire mensuel doivent constituer des éléments substantiels relatifs dont

la modification pourrait être organisée par accord collectif. L'organisation du travail dans l'entreprise est une composante relative qui relève du pouvoir de décision du chef d'entreprise.

Une critique parfois faite à cette proposition de généraliser la possibilité pour l'accord collectif de modifier des composantes substantielles relatives du contrat de travail est que ce dernier serait plus protecteur. Cette position est étonnante : comment en effet considérer plus protecteurs pour le travailleur les termes d'un contrat de travail négocié en tête à tête par un demandeur d'emploi avec son potentiel futur employeur, que ceux d'un accord collectif négocié par les partenaires sociaux et donc, concernant les salariés, par des représentants légitimés par leurs résultats aux élections professionnelles et protégés. L'enjeu de ce débat est, là encore – au-delà d'une querelle entre thèses juridiques –, la primauté ou non de l'intérêt de la collectivité de travail sur l'intérêt individuel de chaque salarié. S'il est évident que, liberté contractuelle oblige, le second ne peut être totalement écarté au profit du premier, la conciliation à rechercher entre les deux doit, par application du principe d'essence constitutionnelle de proportionnalité, viser à concrètement le privilégier.

Deux précédents ayant favorisé l'intérêt général garanti par un accord collectif sur l'intérêt individuel du salarié méritent d'être signalés. L'article L.4 de l'ordonnance de 1945 sur la Sécurité sociale et son décret d'application du 8 juin 1946, relatifs à la protection sociale complémentaire, ont rendu impossible le refus d'affiliation d'un salarié à une institution de prévoyance en invoquant la diminution de son salaire net, conséquence de la quote-part de cotisation mise à sa charge. Et ceci, que la source de droit soit un accord collectif classique ou un référendum, qualifié alors par la Cour de cassation d'accord entre l'employeur et la collectivité de travail. Ce dispositif est né d'une ordonnance

prise par un gouvernement dans lequel étaient présents les communistes (le ministre du Travail de l'époque était Ambroise Croizat). Autre exemple tout aussi significatif : la loi Aubry II a prémuni les entreprises des refus possibles de certains salariés de voir leur durée effective de travail réduite du fait du passage à 35 heures de la durée légale – et par voie de conséquence du blocage des salaires, composante des accords ARTT, avec l'augmentation des effectifs et l'adaptation des horaires grâce au recours à la dérogation. Elle l'a fait en écartant la qualification de cause économique en cas de rupture du contrat à l'initiative de l'employeur entendant faire respecter la norme collective. De ce fait, était inventée une rupture *sui generis*.

L'enjeu du débat sur cette question est parfaitement illustré par les accords de maintien de l'emploi (AME), qui correspondent à un avantage collectif puisqu'ils ne se traduisent pas par des avantages individuels quantifiables et sont possiblement assortis, au vu d'un contexte particulier, d'une diminution corrélative des salaires et des temps de travail. L'encadré 1 détaille et analyse cette innovation qui a été créée par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2013 et transposée dans le Code du travail par la loi du 14 juin 2013. Dans ce dispositif, le refus du salarié d'un AME entraîne son licenciement individuel pour motif économique, même si cet AME a une durée limitée dans le temps. En droit allemand, le salarié ne peut s'opposer à un accord de cette nature, et il est important de souligner qu'un tel accord y est négocié par le *Betriebsrat*, l'équivalent de notre comité d'entreprise (à la différence près que l'employeur n'en est pas membre alors qu'en France il en est le président !), lequel agit alors en quelque sorte comme « conseil d'administration » de la collectivité de travail. C'est en cela que le passage de la représentativité de droit à celle mesurée à partir de l'audience

est important, encore qu'il faille alors exiger une audience de 50 % (et pas seulement de 30 %), ce qui a justement été prévu pour les AME (solution que nous avons suggérée dès 2010¹).

Conscient de certaines limites actuelles inhérentes à la force contractuelle de l'accord collectif vis-à-vis du contrat de travail, le gouvernement a enrichi la loi Macron, dans son passage en seconde lecture à l'Assemblée nationale, en juin 2015, de diverses dispositions qui assouplissent le recours aux AME. Par exemple, le salarié refusant l'AME bénéficiera du versement des indemnités légales et conventionnelles de licenciement mais sera néanmoins licencié au motif du refus de l'AME et non pour motif économique. Ces changements sont bienvenus, et celui évoqué en illustration réduit les risques de contentieux, sans toutefois les écarter. Pour autant, il serait souhaitable d'aller plus loin comme nous le proposons, car ces dispositions bienvenues ne concernant que les AME n'en assouplissent de plus que marginalement les conditions de réalisation. Par exemple, l'accord collectif très ambitieux conclu dans cette logique en 2014 dans l'entreprise Renault et signé, du côté des représentants de salariés, par des syndicats représentant plus de 70 % du personnel, ne pourrait toujours pas être un AME car il prévoit une contraction de l'emploi, sans licenciement, de 7 000 postes...

Au vu du contexte français, tant juridique que sociologique, la solution la plus concevable et pertinente est de consacrer, en cas de refus du salarié d'accepter la novation d'un élément

1. J. Barthélémy et G. Cette (2010), « Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel », *Revue française d'économie*, vol. XXV (2), p. 251-277. Dans cet article, le principe de dispositifs de type AME était proposé, en s'inspirant de dispositifs qui ont montré leur efficacité en Allemagne durant l'année 2009.

substantiel résultant de la mise en œuvre de l'accord dérogatoire, une rupture *sui generis* du contrat de travail. Les partenaires sociaux conserveraient la faculté d'écarter en pareil cas, dans l'accord lui-même, l'indemnité conventionnelle de licenciement². Il pourrait même être envisagé de donner à l'accord collectif la possibilité d'écarter l'indemnité légale de licenciement. Outre celui d'une telle maîtrise de l'accord sur les indemnités conventionnelles et éventuellement légales de licenciement, l'autre intérêt de cette rupture *sui generis* est que les risques contentieux qui lui sont associés seraient sans doute plus faibles que ceux associés au licenciement. Ces risques contentieux seraient encore affaiblis si le salarié pouvait disposer d'une période de rétractation, sur le modèle de la rétractation existante dans le cas d'une rupture conventionnelle. En effet, l'existence de cette période de rétractation renforcerait la sécurité juridique de la rupture *sui generis* en cas de contentieux, comme elle la renforce en cas de rupture conventionnelle.

L'intérêt de l'entreprise – qui se nourrit de l'intérêt de la collectivité des détenteurs du capital mais aussi de celle du personnel – concrétisant en quelque sorte l'intérêt général économique, prime sur les intérêts individuels, notamment mais pas seulement dans la perspective d'optimiser (sécuriser) l'emploi. Dans ces conditions, la résistance du contrat de travail à l'évolution du statut collectif, résultant en particulier de la révision des accords dans la perspective d'en adapter le contenu au contexte nouveau, doit être limitée strictement,

2. Par sa maîtrise du bénéfice des indemnités de licenciement, l'accord collectif réduit les risques d'effets que les économistes nomment de « sélection adverse ». Les salariés les plus performants de l'entreprise peuvent en effet trouver avantage à bénéficier des indemnités de licenciement auxquelles ils ont droit et trouver rapidement un emploi dans une autre entreprise. L'accord peut donc réduire ce risque par sa maîtrise des indemnités de licenciement.

en relation avec les éléments substantiels absolus, c'est-à-dire en gros la fonction, la qualification, le salaire effectif (horaire).

Par ailleurs et pour les mêmes raisons, l'intérêt de l'entreprise ainsi défini, spécialement par la référence à l'intérêt de la collectivité de travail, confère un but légitime à l'atteinte, de ce fait proportionnée, à la liberté et à l'autonomie contractuelle. Par voie de conséquence, le refus d'un salarié d'accepter la novation résultant d'un accord collectif ou de sa révision ne peut que concrétiser une inexécution fautive de son contrat. Si l'évolution du tissu conventionnel affecte un élément du contrat de travail, l'intérêt général, par définition poursuivi si l'accord est majoritaire, induit que la rupture du contrat n'est pas imputable à l'employeur. En revanche, au nom des droits fondamentaux de l'homme, doit être effectif l'accès à la protection sociale tant conventionnelle que légale, notamment l'indemnisation du chômage dont bénéficient les personnes dont le contrat est ainsi rompu.

C'est au vu de ces considérations que nous proposons, pour tenir compte du contexte culturel et sociologique, de généraliser la rupture *sui generis* (mise en œuvre dans le cadre de la loi Aubry II puis suite à l'amendement Wassmann), les signataires de l'accord pouvant alors écarter l'indemnité conventionnelle et même légale de licenciement. Comme indiqué plus haut, le salarié disposerait d'une période de rétractation pour refuser l'accord, sur le modèle de la période de rétractation existante dans le cas d'une rupture conventionnelle. L'existence de cette période de rétractation renforcerait la sécurité juridique de la rupture *sui generis* et réduirait de ce fait les risques de contentieux.

L'excès de judiciarisation du droit du travail que l'on constate doit être combattu car c'est un obstacle au dynamisme des entreprises, bien plus que les effets de seuil par exemple. À cet effet, il convient de préserver l'autorité des partenaires sociaux

qui ont légalement en charge les intérêts des travailleurs, ce qui doit conduire à une intervention mesurée du juge dans l'application et l'interprétation des accords. En outre, comme tout contrat, l'accord collectif a vocation à faire la loi des parties, ce qui doit contribuer à réduire sinon la capacité à intervenir des tribunaux, à tout le moins à respecter la volonté des partenaires sociaux. Un courant (très récent) se dessine en ce sens au niveau de la Cour de cassation, ce dont attestent les évolutions de la jurisprudence concernant les forfaits jours et l'égalité de traitement.

Encadré 1

Les accords de maintien de l'emploi (AME) : une réforme indispensable³

Créé par l'ANI du 11 janvier 2013 (article 18) et transposé dans le Code du travail par la loi du 14 juin 2013 (article 17), le dispositif des AME rend possible, sur une durée maximale de deux années, la modification de la durée du travail et des salaires par accord d'entreprise. En janvier 2015, moins de 10 AME avaient été conclus en France, ce qui témoigne de trop fortes rigidités dans la mise en œuvre de ce dispositif. Les principales rigidités, dont certaines appellent une réforme afin de rendre le dispositif réellement opérationnel, sont à nos yeux les cinq suivantes :

1. L'accord doit être signé, côté salariés, par des représentants syndicaux ayant obtenu au moins 50 % des votes aux précédentes élections professionnelles, et non « seulement » 30 % comme exigé pour tout accord désormais majoritaire par la loi du

3. Il n'est pas inutile de rappeler que les accords de maintien de l'emploi correspondent aux accords compétitivité emploi envisagés en 2011 et 2012 par le précédent gouvernement.

- 20 août 2008. Cette condition nous paraît essentielle et doit être conservée, car elle évite le risque d'exercice du droit d'opposition.
2. Un tel accord ne peut être conclu que si l'entreprise concernée connaît de « graves difficultés conjoncturelles ». Cette restriction nous semble devoir être levée. En effet, les conditions de négociation équilibrée et sereine d'un tel accord sont difficiles à réunir dans l'urgence et souvent les tensions sociales sont induites par de « graves difficultés conjoncturelles ». Il nous semble que les AME devraient pouvoir être négociés et conclus à tout moment, leur mise en œuvre effective étant ensuite effectivement conditionnée aux situations de « graves difficultés conjoncturelles » et à l'accord des syndicats signataires.
 3. L'employeur doit s'engager à maintenir l'emploi. Cette restriction est très forte et a par exemple abouti à l'exclusion du champ des AME de nombreux accords ambitieux de ce type (comme par exemple celui conclu à Renault fin 2014 et signé par des représentants syndicaux ayant obtenu 70 % des votes aux précédentes élections professionnelles). Il nous semblerait plus approprié de prévoir que les modalités et l'ampleur des éventuelles baisses d'emploi durant la durée de l'AME seront encadrées par ce dernier.
 4. Les salariés refusant l'AME sont licenciés selon les modalités d'un « licenciement économique pour motif individuel ». Certes, cette modalité écarte le risque de devoir engager une procédure de licenciement collectif si 10 salariés ou plus refusent l'AME dans une entreprise de 50 salariés ou plus. Pour autant, il n'écarte pas le risque de contentieux prud'homal engagé par un salarié refusant l'AME et licencié pour motif économique. Un tel risque peut bien sûr être dissuasif pour les chefs de TPE et de PME. Conscient de ce problème, le gouvernement a enrichi la loi Macron, dans son passage en seconde lecture à l'Assemblée nationale, de diverses dispositions qui assouplissent marginalement le recours aux AME.

En particulier, le salarié refusant l'AME bénéficiera du versement des indemnités légales et conventionnelles de licenciement mais sera licencié au motif du refus de l'AME et non pour motif économique. Ce changement réduit les risques de contentieux, sans toutefois les écarter. Pour autant, afin d'augmenter la force contractuelle de l'accord collectif, et en s'inspirant de dispositifs équivalents en Allemagne, nous proposons qu'un salarié ne puisse refuser un AME. Dans la réforme que nous proposons de l'articulation entre accord collectif et contrat de travail, le refus du salarié constituerait le motif d'une séparation *sui generis* donnant droit au bénéfice des indemnités chômage, mais pas nécessairement, l'accord pouvant en décider, au bénéfice des indemnités conventionnelles, voire légales de licenciement. Le salarié disposerait d'une période de rétractation de son refus de l'accord, sur le modèle de la période de rétractation existante dans le cas d'une rupture conventionnelle. L'existence de cette période de rétractation renforcerait la sécurité juridique de la rupture *sui generis* en cas de contentieux, et réduirait de ce fait les risques contentieux.

5. Les baisses de rémunération éventuellement prévues par l'AME ne peuvent concerner les salariés dont le salaire horaire est égal ou inférieur à 1,2 Smic. Sans changer le salaire horaire de tels salariés, il est donc impossible de modifier temporairement leurs *salaires mensuels* dans le cadre d'un AME. Cette disposition peut singulièrement complexifier la conclusion d'un AME dans les entreprises employant des salariés à bas salaires. Nous proposons de l'écarter, tout en réaffirmant que le *salaire horaire* ne peut bien sûr être porté à un niveau inférieur au Smic.

Il nous semble que les propositions qui précèdent permettraient dans de nombreux cas aux partenaires sociaux de trouver par la conclusion d'un AME, une réponse forte et efficace à d'éventuelles difficultés conjoncturelles.

Conditions de la négociation et devenir des accords

Non seulement accroître l'espace d'intervention du tissu conventionnel, y compris au détriment de la loi et du règlement, est en harmonie avec les exigences d'essence constitutionnelle de liberté contractuelle et d'entreprise, mais encore lui confier une responsabilité majeure dans la conception des normes contribue à mieux concilier efficacité économique et protection du travailleur. La seule limite de fond à l'autonomie des partenaires sociaux doit être l'ordre public absolu, qu'il soit classique ou économique, étant entendu que la fixation des principes du droit du travail, du droit syndical, de la sécurité sociale est de la compétence exclusive du législateur et que doivent être respectées les exigences du droit supranational impératif, tels les traités et chartes de l'Union européenne.

Ceci étant, l'accord collectif ne contribue à compenser les effets de la faiblesse de l'une des parties contractantes que si sont mis en œuvre des moyens adéquats, trouvant leur source dans les fondamentaux de l'ordre public économique.

L'importance de ces moyens varie en fonction du niveau où se développe la négociation. Le déséquilibre est moindre dans une convention de branche que dans un accord d'entreprise et dans celui-ci dans une grande entreprise que dans une PME. L'exigence de sophistication de ces moyens est accrue si le poids de l'ordre public relatif ou social est réduit. La règle de l'avantage le plus favorable est en effet une manière de décliner la protection de la partie faible sans pour autant écarter que le contrat puisse faire la loi des parties. Cette dernière remarque prend sa pleine mesure lorsqu'on met en œuvre la technique de dérogation qui, sinon écarte le principe de faveur, à tout le moins a pour effet que la comparaison en vue de mettre en évidence l'avantage le plus favorable se concrétise – de fait – non sur un avantage ou sur un ensemble d'avantages, mais sur l'ensemble de l'accord (autrement, aucun syndicat ne signerait).

Au vu de ce qui précède doivent être considérées comme essentielles les règles de conduite de la négociation (4.1.) et la mesure de l'audience des signataires de l'accord à l'égard de la collectivité de personnel concernée (4.2.). Les partenaires sociaux doivent être sensibilisés aux règles relatives à la durée et à la possible révision de l'accord (4.3.).

4.1. Les règles de conduite de la négociation

La négociation d'un accord appelle, pour se réaliser dans les meilleures conditions, un accord préalable de méthodologie (4.1.1.) qui doit impérativement contenir certains éléments (4.1.2.).

4.1.1. L'accord de méthodologie

Les aspects contractuels prééminents de l'accord collectif ne peuvent qu'inviter à explorer les conditions de la négociation. Le fondement scientifique ne peut venir que de la technique contractuelle civiliste, simplement adaptée à la singularité de ce contrat particulier qu'est l'accord collectif, atypique du fait de la qualité de ses négociateurs et du principe d'application *erga omnes* (à l'égard de tous) du contrat. À cet égard, il y a lieu de noter que l'évolution du droit des conventions collectives est, depuis son origine – la loi de 1919 –, marquée par des progrès touchant à ces deux domaines essentiels, c'est-à-dire la représentativité des syndicats et les techniques d'extension et d'élargissement.

D'où l'importance des règles de conduite de la négociation. Celles-ci doivent être conçues pour simultanément assurer :

- l'équilibre des pouvoirs entre les parties, particulièrement important dès lors que l'existence du droit du travail en tant que discipline autonome est liée à celle d'une partie faible, le salarié ;
- un comportement loyal des négociateurs, élément essentiel de tout contrat au point que son non-respect peut affecter sa validité, d'autant plus important ici en raison de l'impact culturel et politique de l'opposition d'intérêts entre employeurs et salariés ;
- une exécution de bonne foi des textes signés, justifiant une procédure d'autant plus fine que les accords sont normatifs, les employeurs (sauf pour l'accord d'entreprise) et leurs salariés en étant sujets et non acteurs.

On notera que le législateur s'en est préoccupé, dans le cadre de la loi du 13 novembre 1982 sur la négociation

collective, en exigeant, concernant la négociation d'entreprise, que soient fixés par accord la durée, la périodicité et l'objet des négociations ainsi que les informations que l'employeur doit remettre aux organisations syndicales pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause. De même sont suggérées des règles relatives à la composition des délégations de chaque organisation représentative. Lorsque la négociation concerne un objet déterminé, l'attention des partenaires sociaux est portée sur tel ou tel point particulier. C'est notamment le cas s'agissant de la négociation annuelle sur les salaires, qu'il s'agisse, au demeurant, de la négociation de branche ou d'entreprise, un rapport devant être fourni par la partie patronale pour que les syndicats de salariés aient une vision exacte de la situation.

Dernier élément et non des moindres : les règles de conduite de la négociation ont une importance capitale dans la mesure où d'une part elles favorisent un consentement éclairé des parties, et où d'autre part elles accroissent les chances de conclure. Les consacrer par un texte relève donc de l'intérêt général. C'est très important dans la mesure où certaines exigences, telles un comportement loyal, relèvent du subjectif, de l'affectif même parfois. Il est indispensable de les traduire en textes pour que, formalisée par une règle objective, la sanction de leur non-respect puisse être effective. Cela étant, ces règles ne doivent pas – et ne peuvent sans doute pas – être fixées par le législateur, car il en résulterait indirectement une atteinte au caractère fondamental du droit de négociation collective par une réduction de l'autonomie des signataires. En revanche, le caractère substantiel de ces règles ne peut qu'inciter le législateur à inviter les partenaires sociaux à rechercher un accord débouchant sur une méthodologie. Bien sûr, il n'y a

pas obligation de conclure mais, du fait de l'importance de ce « précontrat », tout doit être mis en œuvre par les partenaires sociaux pour en favoriser la conclusion. Ne pas avoir invité les organisations syndicales de salariés à négocier cet accord de méthodologie et même ne pas avoir déployé une énergie suffisante pour favoriser sa conclusion engage la responsabilité de l'organisation patronale, surtout de l'employeur si on est sur le terrain de l'accord d'entreprise.

L'impossibilité, malgré l'énergie déployée, de conclure ce précontrat crée à l'employeur l'obligation de mettre en place de manière unilatérale des règles de conduite de la négociation. Cela est au demeurant expressément prévu pour la négociation annuelle obligatoire dont le non-respect est, faut-il le rappeler, sanctionné pénalement.

4.1.2. Le contenu de l'accord de méthodologie

Chacun des trois éléments essentiels de cet accord doit faire l'objet de préoccupations particulières :

- *La recherche de l'équilibre des pouvoirs entre les parties* est une exigence majeure du fait de l'existence d'une partie faible ; elle est renforcée si le principe de faveur est édulcoré en raison du recours à la technique de dérogation. La liste ci-après des thèmes susceptibles d'être traités n'est évidemment qu'indicative :
 - Composition des délégations tant du côté patronal que du côté des syndicats de salariés.
 - Moyens en temps, en suspension du contrat de travail, en remboursements de frais, en indemnisation de la perte de salaire, de faciliter la participation aux réunions.

- Nature des informations à remettre, au vu de l'objet des négociations, par la partie patronale, pour permettre aux syndicats de négocier en toute connaissance de cause. Moyens, en formation et en recours à experts extérieurs, de traiter ces informations pour les rendre crédibles et compréhensibles. Dans cette perspective, l'idée d'un constat partagé imaginé dans l'ANI du 19 juin 2014 est à creuser en vue de sa systématisation.
 - Organisation des réunions : ordre du jour préétabli d'un commun accord ; procès-verbaux et procédures de leur adoption ; fixation à l'avance du nombre des réunions, de leur durée, ce qui contribue à mieux élaborer une stratégie de négociation et, c'est essentiel, à savoir à quelle date la négociation a pris fin. À cet égard, la pratique de la mise à la signature du texte est doublement critiquable : elle ne permet pas de donner la date certaine à l'accord (indispensable en raison des délais pour exercer le droit d'opposition) et elle ne permet pas de tirer profit – en termes de connaissance de tous les éléments du dossier – des raisons pour lesquelles telle organisation signe ou ne signe pas (ce qui peut contribuer à favoriser un consentement éclairé, donc à la pureté du contrat).
- *La loyauté de comportement* est une exigence majeure, d'autant que les tribunaux sanctionnent volontiers le non-respect de l'exigence de bonne foi par la nullité de l'accord. Or, curieusement, vouloir mettre en place des règles destinées à favoriser la loyauté entraîne fréquemment des protestations au nom d'une critique présumée de comportement déloyal. L'importance de règles en ce domaine est d'autant plus grande que cela permet d'objectiver ce qui relève par nature du

subjectif. Exemple : interdire que l'employeur prenne des décisions unilatérales dans les matières traitées tant que la négociation n'a pas échoué. De ce fait, il est essentiel, si la négociation échoue, d'établir un procès-verbal de désaccord indiquant – sur la base de ce qui est prévu par le Code du travail pour la NAO – les propositions des parties en leur dernier état et les solutions que la partie patronale envisage de prendre, « envisage » seulement car la décision unilatérale doit être précédée de la consultation du comité.

En s'inspirant des principes de la théorie contractuelle civiliste, on peut imaginer des règles relatives au niveau d'engagement au fur et à mesure de l'énoncé des propositions. Il est évident que chaque partie peut revenir sur ce qu'elle a dit dès lors qu'on peut conditionner la proposition à un accord global. Cela étant, revenir sur une proposition avancée peut être critiquable si la finalité du retrait est de nuire à la négociation, celle-ci n'ayant de sens qu'au travers de la volonté de conclure. C'est dans le même esprit que doivent être analysées les actions visant à paralyser les négociations (par exemple : « C'est à prendre ou à laisser »). Dans le même esprit, cacher des informations utiles, voire procéder délibérément par omission, peut engager la responsabilité du cocontractant.

- *L'exécution de bonne foi* est essentielle pour que le contrat puisse faire la loi des parties. C'est encore plus net s'agissant d'un accord collectif eu égard à sa fonction normative qui fait qu'employeurs (en cas d'accord de branche) et salariés sont sujets et non acteurs de la négociation.

L'exécution de bonne foi doit se concrétiser par une procédure de suivi pouvant déboucher sur la révision de l'accord si les modalités de sa mise en œuvre s'avèrent très difficiles eu

égard au contexte pour lequel il a été conçu. Mais cela rend indispensable un audit de conformité dont les résultats doivent être communiqués aux partenaires sociaux.

La bonne foi doit se manifester en amont, dans la négociation, auquel cas elle est un des moyens d'expression de la loyauté. Elle implique que soient mis sur la table les obstacles qui empêcheront au texte projeté d'être effectif.

On peut aussi compter parmi les mesures destinées à favoriser un comportement de bonne foi l'arsenal de révision conçu sur la base de ratios permettant une vision exacte de la situation et de son évolution, dont l'importance – mesurée à partir de la modification des ratios – entraîne l'engagement automatique des négociations de révision sur le fondement de l'altération de l'économie de la convention. Mais cela nécessite une construction conventionnelle très sophistiquée sur les règles de conduite de la négociation collective¹.

4.2. La mesure de l'audience des signataires de l'accord

La stratégie, préconisée dans le présent rapport appelle l'existence de partenaires sociaux représentatifs et légitimes, du côté des salariés (4.2.1) comme des employeurs (4.2.2). Et le renforcement de la légitimité des acteurs de la négociation collective requiert à son tour un développement de la syndicalisation des salariés (4.2.3.).

1. Voir à ce sujet J. Barthélémy et G. Cette (2015), « Règles de conduite de la négociation collective », *Cahiers du DRH*, Wolters-Kluwer, février-mars, p. 39-48.

4.2.1. Les signataires représentant les salariés

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, cinq confédérations syndicales (CFDT, CGT, FO, CFTC et CGC) bénéficiaient, pour des raisons historiques, d'une présomption irréfragable de représentativité. Cette rente réglementaire légitimait des négociateurs éventuellement peu présents et leur permettait d'engager par des accords la collectivité du personnel tout en constituant une barrière à l'entrée de nouveaux acteurs de la négociation². Une telle situation n'a pu que nourrir la défiance vis-à-vis des syndicats.

La loi du 20 août 2008, inspirée de la position commune des partenaires sociaux du 9 avril 2008 (signée toutefois, du côté des syndicats de salariés, par les seules CGT et CFDT, certes les deux plus importantes en nombre d'adhérents et de résultats aux élections professionnelles) modifie totalement les critères de représentativité des acteurs de la négociation. Sont désormais considérées comme représentatives les organisations ayant obtenu au premier tour des élections professionnelles : (i) au niveau de l'entreprise, au moins 10 % des suffrages exprimés ; (ii) au niveau de la branche, au moins 8 % des suffrages exprimés ; (iii) au niveau national, au moins également 8 % des suffrages exprimés.

Les organisations non représentatives dans une entreprise peuvent constituer une section syndicale et bénéficier d'heures de délégation jusqu'aux prochaines élections ; cela favorise

2. Quelques autres acteurs ont pu cependant émerger au niveau des branches et des entreprises en devant chaque fois apporter la preuve de leur représentativité. Outre des syndicats autonomes spécifiques à certaines professions, évoquons l'UNSA et, dans le secteur public et les grandes entreprises publiques, Solidaires, FSU et Sud.

l'implantation de nouvelles organisations. En cas d'échec à ces élections, si l'organisation veut continuer à garder une section syndicale, elle doit désigner un autre délégué. Enfin, en cas d'absence de délégué syndical dans une entreprise, les organisations représentatives au niveau de la branche peuvent, pour négocier certains accords, mandater un salarié³. L'accord peut aussi en pareil cas être conclu avec le comité d'entreprise.

Par ailleurs, un accord n'est valide que s'il est majoritaire, c'est-à-dire signé par des organisations ayant obtenu : (i) au niveau de l'entreprise, au moins 30 % des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles ; (ii) au niveau de la branche, au moins 30 % des voix exprimées en faveur des syndicats représentatifs à ce niveau ; (iii) au niveau national, au moins également 30 % des voix exprimées en faveur des syndicats représentatifs à ce niveau.

Ces dispositions peuvent dans certains cas aboutir à des situations aberrantes, par exemple à la validation d'un accord signé par plusieurs organisations ayant ensemble obtenu juste 30 % des suffrages et auquel s'opposerait une organisation en ayant obtenu 49 %. Elles peuvent aussi aboutir à l'annulation d'un tel accord dit majoritaire si des organisations ayant obtenu au moins 50 % des suffrages aux précédentes élections professionnelles font jouer le droit d'opposition.

Bref, bien que marquant un progrès, ce dispositif législatif est loin d'être totalement satisfaisant.

La mesure de l'audience des syndicats au niveau national a été réalisée à partir des élections professionnelles qui se

3. Le dispositif de mandatement a été créé par les partenaires sociaux eux-mêmes (accord interprofessionnel du 31 octobre 1995) puis ensuite repris dans différentes lois sous des majorités parlementaires diverses (par exemple, les lois Robien en 1996 ou Aubry en 1998 et 2000). Il paraît ainsi consensuel.

sont déroulées du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2012. Les résultats, tels qu'ils ont été publiés par le ministère du Travail, sont résumés dans le tableau 4.1. Ces résultats font apparaître que les cinq seules confédérations considérées comme représentatives au niveau national après la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 sont les mêmes que celles qui étaient considérées comme représentatives auparavant. Mais cette situation pourrait changer dans la mesure de l'audience des syndicats qui sera publiée par le ministère du Travail en 2017 sur la base des résultats des élections professionnelles ayant eu lieu du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2016.

Tableau 4. 1. Résultats des élections professionnelles du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2012 (en %)
 Mesure de l'audience des syndicats au niveau national en 2013 (en %)

	Résultats de l'ensemble des suffrages exprimés	Mesure d'audience parmi les syndicats représentatifs
CGT	26,77	30,63
CFDT	26,00	29,71
CGT - FO	15,94	18,28
CFE - CGC	9,43	10,76
CFTC	9,30	10,62
Autres	12,56	-
Total	100,00	100,00

Source : arrêté ministre du Travail du 30 mai 2013.

Ces nouvelles règles de mesure de l'audience des syndicats apportent une légitimité aux acteurs des négociations et obligent les signataires d'un accord à s'assurer de l'assentiment

de la collectivité de travail. Elles sont à ce titre susceptibles de réduire la défiance vis-à-vis des syndicats et constituent donc un grand progrès. Mais il convient alors de s'interroger sur le taux d'audience minimum des signataires exigé pour que l'accord collectif soit valablement conclu. L'audience de 30 % s'avère insuffisante si la norme légale ou conventionnelle que l'on écarte touche à des droits d'une certaine importance d'autant que, au niveau de la branche, on ne tient compte, pour définir ce seuil, que des résultats de ceux ayant dépassé le seuil de 8 %. Il est alors impératif de distinguer les domaines pour lesquels un taux d'audience de 50 % s'impose. Dans l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2013 les partenaires sociaux ont reconnu cette exigence en conditionnant la validité de certains accords dérogatoires, comme par exemple les accords de maintien de l'emploi ou à propos de la validation par accord d'un plan social d'entreprise (PSE), à un seuil de représentativité de 50 %, dispositions reprises dans la loi du 14 juin 2013⁴. De façon plus générale, cette exigence renforcée devrait se déterminer en considération de l'importance de la norme au plan des droits fondamentaux et des libertés individuelles.

À terme, et comme proposé plus haut, un taux d'audience de 50 % gagnerait à être exigé pour la validation de tout accord. Le droit d'opposition disparaîtrait alors de fait.

4. Remarquons également que, au niveau national, les ANI conclus depuis 2013 ont toujours été signés par des syndicats ayant conjointement une représentativité d'au moins 50 %, ce qui témoigne de leur préoccupation de rechercher à ce niveau une réelle légitimité des signataires et d'éviter les risques de l'exercice du droit d'opposition.

4.2.2. Les signataires représentant les entreprises

Actuellement, il existe largement plus de 500 branches professionnelles en France contre moins de 150 en Allemagne. Cet émiettement est souvent un obstacle à un réel dialogue social et une réduction drastique du nombre des conventions de branche est indispensable. Par ailleurs, les conditions actuelles de représentativité patronale pour la conduite de négociations et la signature d'accords au niveau des branches et au niveau national sont souvent le résultat d'évolutions historiques sans rapport réel avec la recherche d'une légitimité fondée sur des critères visant à une légitimité effective. La loi sur la formation professionnelle et l'emploi du 5 mars 2014 (article 29) pourrait progressivement modifier cette situation à partir de 2017⁵.

Cette loi prévoit en effet que, concernant les branches où moins de 5 % des entreprises adhèrent à une organisation professionnelle et caractérisées par une carence d'activité conventionnelle (dont le symptôme sera par exemple une absence d'accords collectifs), le ministre du Travail pourra refuser l'extension de la convention collective et décider la fusion avec une autre branche présentant des conditions économiques et sociales analogues. Par ailleurs, tant au niveau des branches qu'au niveau national, seront considérées représentatives les

5. En ce domaine, les dispositions de cette loi reprennent des préconisations du rapport sur la question remis par le directeur général du travail le 23 octobre 2013, ces préconisations déclinant et prolongeant de façon opérationnelle la position commune rendue publique le 19 juin 2013 par le Medef, la CGPME et l'UPA. Cf. à ce sujet J. Barthélémy (2013), « Représentativité patronale et notion de branche », in « Réformer la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Droit social*, n° 3, p. 207.

organisations patronales dont les entreprises adhérentes représentent au moins 8 % de l'ensemble des entreprises adhérant à des organisations professionnelles. Au niveau interprofessionnel, il faudra de plus que ces organisations soient représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Le décret du 13 juin 2015 vient de définir les modalités, qui paraissent très complexes, de mise en œuvre de cet arsenal.

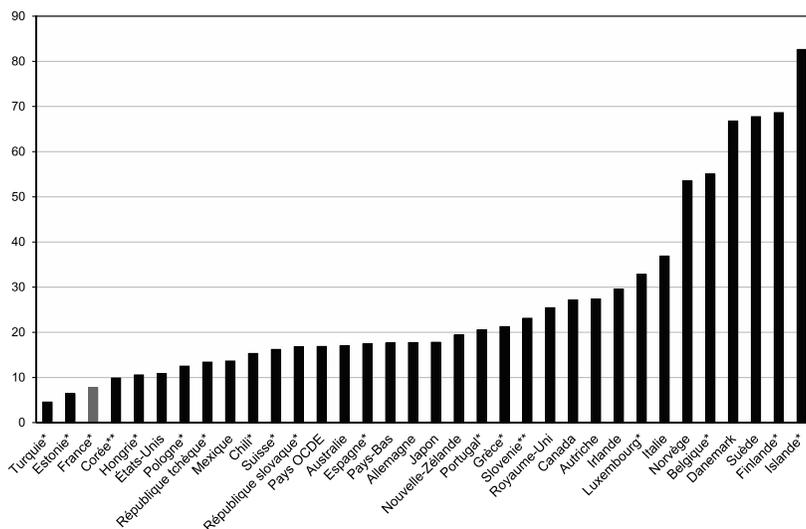
Si elles vont indéniablement dans la bonne direction, ces dispositions manquent cependant d'ambition pour permettre une réduction drastique du nombre de branches, condition indispensable à une contribution effective du niveau des branches au développement d'un réel droit conventionnel. Il nous paraît qu'elles pourraient être durcies par la possibilité de fusion avec une autre branche pour toute branche ne couvrant pas un certain nombre de salariés, ce nombre pouvant lui-même être progressivement augmenté. Par ailleurs, la notion de secteur d'activité risque de prendre de l'importance, spécialement pour favoriser l'emploi, aux plans tant qualitatif que quantitatif. Les organisations patronales devraient se préparer à en faire un niveau de négociation, au moins pour certains sujets tels que la mobilité.

4.2.3. Le nécessaire développement du taux de syndicalisation des salariés

S'ils sont un grand progrès, les changements induits par la loi du 20 août 2008 présentent le défaut de faire reposer la légitimité du syndicat sur le résultat d'une élection qui a un tout autre objet que de mesurer son audience dans la collectivité du personnel. Elle est en quelque sorte l'aveu de la faiblesse

inhérente à l'insuffisance d'adhérents. Car c'est d'abord par le nombre de ses adhérents qu'un syndicat apporte la preuve de sa représentativité réelle et c'est pourquoi le développement de la syndicalisation doit être recherché. Comme illustré par le graphique 4.1, la France est, avec la Turquie et l'Estonie, le pays de l'OCDE dans lequel le taux de syndicalisation est le plus bas : en 2012, moins de 7,7 % des salariés seraient syndiqués (environ 5 % dans le secteur privé) contre 17,1 % en moyenne dans l'OCDE.

Graphique 4.1. Taux de syndicalisation dans les pays de l'OCDE, en 2013 (en %)



*: 2012 ; **: 2011.

Source : OCDE.

Les raisons de la non-syndicalisation sont indiquées par de rares enquêtes, parmi lesquelles quatre sondages réalisés en 2005, 2008, 2010 et 2013 par l'institut TNS-Sofres

(cf. tableau 4.2)⁶. Les deux principales raisons de non-syndicalisation évoquées sont la « peur des représailles », ce qui témoigne de très mauvaises relations sociales, et l'idée que « les syndicats ne comprennent pas nos préoccupations », ce qui témoigne d'une inadaptation des syndicats aux attentes des salariés. Les autres réponses les plus fréquentes traduisent une certaine défiance vis-à-vis des syndicats ou pour le moins un scepticisme au sujet de leur efficacité : « les syndicats sont trop divisés » et « les syndicats ne sont pas efficaces ». Le coût des cotisations est le motif de non-syndicalisation le moins fréquemment évoqué.

Tableau 4. 2. Pourquoi les salariés français ne se syndiquent-ils pas plus ?

Résultats de quatre sondages TNS-Sofres (en %)

	2005	2008	2010	2013
Par peur des représailles	36	42	42	36
Les syndicats ne comprennent pas nos préoccupations	38	34	41	43
Les syndicats sont trop divisés	34	36	35	30
Les syndicats ne sont pas efficaces	25	22	25	31
Les cotisations sont trop chères	16	27	18	20

Plusieurs réponses sont possibles

Source: TNS-Sofres (2013), op. cit.

Une première préoccupation doit être de combattre énergiquement le frein à l'adhésion syndicale que constitue la « peur des représailles ». Le droit d'association étant une liberté individuelle, le droit de s'associer ou pas est un droit fondamental de

6. Ces résultats sont détaillés dans TNS-Sofres (2013), « L'image des syndicats et la démocratie sociale – Présentation du baromètre 2013 », juin.

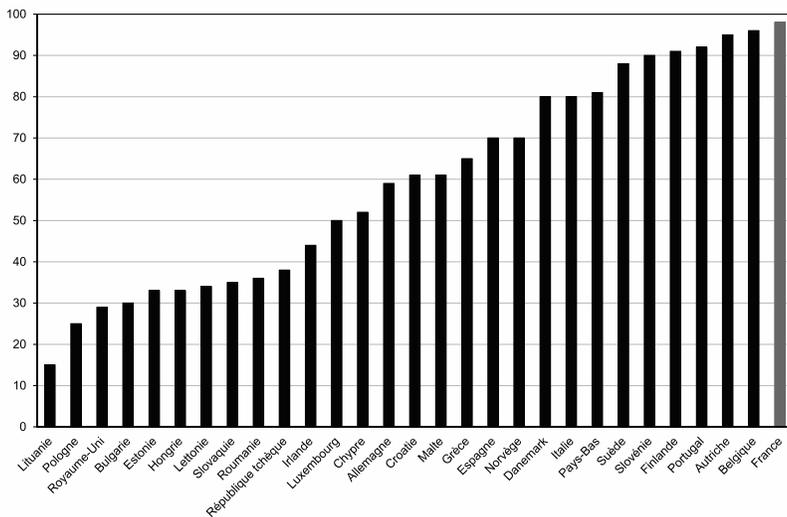
la personne. Il en résulte qu'il s'exerce aussi bien positivement (par la prohibition de toute discrimination et de toute entrave à l'adhésion) que négativement (par le respect du droit de ne pas s'associer). C'est donc par des stratégies de forte incitation et par la mise en place d'une déontologie (destinée à modifier les comportements) que non seulement les appréciations négatives doivent être éliminées, mais encore que l'intérêt de l'adhésion à un syndicat et plus largement d'une réelle présence syndicale doit être cultivé, y compris dans l'esprit des dirigeants d'entreprise.

La seconde préoccupation est une plus forte dynamisation du développement syndical. Deux stratégies paraissent envisageables :

- Favoriser un syndicalisme de services, autrement dit de clients, comme dans les pays scandinaves. Cette approche vise à éviter le possible comportement de « passager clandestin » de salariés pouvant bénéficier de l'action syndicale sans y contribuer. Mais elle peut se heurter à une difficulté constitutionnelle : les droits des travailleurs, par exemple à certains services, ne peuvent diverger selon qu'ils sont ou non syndiqués. En outre, elle est peut-être politiquement difficilement acceptable en France. Pourtant, elle doit être explorée, quitte à en encadrer les moyens d'application par des règles permettant en particulier le respect de deux exigences : (i) écarter la remise en cause de l'égalité de traitement ; (ii) éliminer le risque d'atteinte au principe de libre concurrence.
- Instaurer le chèque syndical. L'entreprise adresserait à chaque salarié un chèque, le salarié pouvant décider de l'organisation syndicale qui en serait bénéficiaire. L'organisation de ce moyen doit être fortement réfléchi en amont. Il faut

sans doute envisager un substitut à l'utilisation syndicale de ces chèques (œuvres sociales, fondation du dialogue social...) pour éviter tant d'enfermer les salariés dans le choix entre des syndicats qu'ils considéreraient comme non légitimes qu'une non-utilisation de ces chèques qui pourrait être encouragée par des directions d'entreprise. En revanche, l'utilisation de ces chèques pourrait progressivement contribuer à la mesure de la représentativité.

Graphique 4. 2. Taux de couverture conventionnelle des salariés (en %)



Source : Eurostat

De nombreux observateurs, et les organisations syndicales elles-mêmes, sont trop enclins à éliminer la critique d'une implantation médiocre en comparant cette situation à celle de la vie politique, également caractérisée par un faible nombre d'adhérents dans les partis. Mais une chose est d'élire un

représentant, une autre est de conclure un contrat. De même certains se retranchent derrière l'idée qu'en France plus de 90 % des salariés sont couverts par une convention collective, comme cela est illustré par le graphique 4.2. Or cette situation n'est due qu'à une intervention (excessive) de l'État par le biais des techniques de l'extension et de l'élargissement, et non à l'autorité des syndicats qui ont seule vocation à créer un contrat collectif de travail.

Le développement de la syndicalisation doit être la première des réponses à l'éternelle et difficile question du financement des syndicats. Les canaux de ce financement sont actuellement parfois indirects et complexes⁷. Les cotisations provenant de leurs adhérents devraient représenter la partie principale des ressources des syndicats car elles constituent leur principale garantie d'indépendance. Le chèque syndical évoqué plus haut serait à cet égard un mode de financement transparent des syndicats. Par ailleurs, une réforme ambitieuse de la formation professionnelle ou de la gestion paritaire du financement de l'action dans de nombreux domaines sociaux, indispensable pour un meilleur fonctionnement du marché du travail, appelle une réforme préalable du financement syndical. Ce domaine, non inclus dans le champ du présent rapport, nous paraît d'une importance primordiale. Quoi qu'il en soit, il est important de faire la distinction entre financement des syndicats et financement de la négociation, lequel peut faire l'objet d'un dispositif de l'accord de méthodologie.

7. Voir à ce sujet N. Perruchot (2011), *Le Financement des syndicats*, rapport au Premier ministre, novembre, enregistré sous le n° 4186 le 18 janvier 2012 à l'Assemblée nationale.

4.3. *Durée et révision des accords*

La convention ou l'accord collectif a une nature duale : (i) de loi professionnelle en raison de son caractère normatif, d'autant plus fort qu'il est applicable par extension aux entreprises dont l'employeur est non syndiqué ; (ii) de contrat en raison de la qualité de ses parties (de droit privé) et du compromis qu'ils élaborent avec le souci de concilier leurs intérêts opposés.

Il est donc l'instrument le mieux adapté pour concilier la protection du travailleur avec l'efficacité économique grâce, notamment, à l'adaptation des normes au contexte pour lequel elles sont conçues.

Cela rend indispensable de s'intéresser aux règles qui façonnent l'efficacité en matière de technique contractuelle mais que les partenaires sociaux méprisent souvent en les considérant comme de simples clauses de style. Il s'agit de ce qui se rapporte à la durée des accords (4.3.1), au moyen d'organiser la cessation de leur existence, à leur évolution dans le temps (4.3.2). Il faut que les acteurs sociaux appréhendent pleinement que les normes conventionnelles gagnent à être en parfaite harmonie avec le contexte pour lequel elles sont conçues, ce qui implique qu'un certain nombre de réflexions soient construites pour que cette adéquation soit à la fois optimale et permanente. Il y va de la capacité des salariés à s'approprier l'accord ; à défaut, ils le subissent comme la loi. Il résulte de ces considérations préliminaires essentielles un certain nombre d'exigences dont dépend la capacité à réformer le droit social.

La négociation doit prospérer en connaissance du contexte dans lequel elle est conçue. L'idée de constat partagé est à cet

égard essentielle. Cela rend indispensable que tout accord, quel que soit son objet, soit précédé d'un exposé des motifs énumérant les éléments identitaires du contexte mais aussi positionnant l'objectif poursuivi par les parties. Y consacrer du temps et de l'énergie assure un retour sur investissement en permettant plus aisément de donner du sens à tel ou tel article si des interprétations différentes émergent mais aussi d'identifier le moment où l'évolution du contexte affecte l'économie de la convention, rendant nécessaire sa révision. Les procédures d'interprétation et de révision gagnent en efficacité si elles s'appuient sur des constats fondamentaux de la situation, déclinés dans l'exposé des motifs.

On ne s'étendra pas outre mesure sur le contenu de ce dispositif, sauf pour souligner qu'il doit s'inspirer des documents établis pour l'accord de méthodologie.

4.3.1. Durée de l'accord

Le choix d'un accord à durée déterminée ou à durée indéterminée n'est pas neutre, ce qui condamne l'absence habituelle de discussions sur ce sujet. Les aspects contractuels prééminents dans l'accord collectif invitent à se prononcer sur le choix de l'une ou l'autre formule en fonction de la spécificité des thèmes traités et plus généralement de la distinction fondamentale entre principes gouvernant le statut collectif et avantages, qualitatifs ou quantitatifs, au bénéfice du personnel. Ces principes ont vocation à être pérennes tandis que les autres doivent plutôt être organisés pour une période limitée en liaison avec celle de vie normale des stratégies, de la politique sociale mais aussi des conditions de travail.

Le choix doit aussi être fait en tenant compte du fait qu'au terme d'un accord à durée indéterminée s'ouvre une période de survie d'effets qui concilie prohibition des engagements à vie et nécessité d'éviter, au nom de la fonction protectrice du droit social, des vides conventionnels. Lorsque l'accord est à durée déterminée, les parties peuvent convenir de la suppression de cette période, ce qui se conçoit très bien lorsque la négociation porte sur des éléments, tels les salaires, qui non seulement gagnent à être fixés pour une période en cohérence avec celle des projets mais encore doivent être revus régulièrement.

D'où, de ce fait, l'intérêt de procéduraliser, notamment sur le terrain de la négociation, les trois phases que sont celles : (i) de l'exécution du préavis pendant lequel l'accord continue à exister ; (ii) de la période de survie d'effets qui s'arrête avec la conclusion d'un accord de substitution (et ce, que les avantages nouveaux soient ou pas plus favorables) et au plus tard après un an, sauf dispositions conventionnelles plus favorables mais à durée déterminée (pour éviter que ne soit bafoué le principe de prohibition des engagements à vie). Le dispositif plus favorable ne peut pas être mis en place au-delà de l'expiration du préavis puisque l'accord n'existe plus, et donc ne peut être révisé. Cette remarque est très importante car il n'est pas rare qu'au constat de l'impossibilité de conclure l'accord de substitution avant l'expiration du délai de douze mois on « conclue » en ce sens pendant cette période ce qui permet le maintien des avantages acquis ; (iii) au-delà de la période postérieure au cours de laquelle, si un aucun accord de substitution n'a été conclu précédemment, subsistent les avantages individuels (à opposer de ce fait à ceux dont est bénéficiaire la collectivité en tant que telle) acquis (c'est-à-dire dont le salarié a déjà bénéficié). Pour la Cour de cassation, il y a alors

incorporation de ces avantages dans le contrat de travail, ce qui interdit qu'on puisse les modifier ultérieurement sans l'accord individuel du salarié. La très grande sophistication de ces règles exige une grande rigueur de la part des partenaires sociaux.

L'intérêt de se pencher sur la durée de l'accord est renforcé par le fait que la durée du préavis est laissée à l'initiative des parties, une solution supplétive (trois mois) étant toutefois prévue par le Code du travail. Mais il tient surtout au fait que les solutions retenues conventionnellement ont un impact sur la mise en cause de l'accord en cas de vicissitudes économiques et/ou juridiques de l'accord. Cette remarque est cruciale en raison d'une jurisprudence ayant (à tort) assimilé préavis et période de survie d'effets pour conclure à la survie pendant quinze mois en cas de fusion d'entreprises et (pire) au maintien de l'accord de l'entreprise absorbée jusqu'à la conclusion d'un accord d'adaptation, ce qui revient à faire cohabiter les deux, alors même que la finalité de la survie d'effets, c'est d'éviter les vides conventionnels. Il faut que le législateur mette fin à cette jurisprudence qui n'a aucune justification et complexifie inutilement les choses.

Eu égard à la nécessité de faire coïncider le mieux possible le contenu de l'accord et le contexte pour lequel il a été conçu, on peut estimer que la durée déterminée doit être privilégiée. On notera simplement qu'un accord à durée indéterminée assorti d'un dispositif de révision sophistiqué permet d'adapter tout aussi bien les normes au contexte. Cela ne peut qu'inciter en outre à la séparation, dans le texte conventionnel, de ce qui relève d'un côté du principe, d'un autre côté de sa déclinaison. On peut en effet prévoir dans l'accord à durée indéterminée le principe et les règles fondamentales se rapportant à tel type d'avantage, et renvoyer à une annexe à durée déterminée la

fixation des modalités de sa mise en œuvre, spécialement le montant de l'avantage en valeur monétaire ou en temps (par exemple de repos) à ne pas dépasser. La périodicité des négociations de l'annexe est à fixer finement en fonction de la spécificité de l'avantage. Si, par exemple, la périodicité doit être annuelle concernant les salaires, elle peut être triennale pour les politiques de formation ou quinquennale pour les classifications.

On peut de ce fait imaginer, même au sein de l'entreprise, une convention collective à durée indéterminée fixant les règles relatives aux rapports entre les parties et au fonctionnement des institutions sociales et de représentation du personnel. Ces règles énumèrent les différents avantages correspondant aux thèmes généraux objets de négociation au sens de L.2221-1 du Code du travail et organisent par ailleurs les procédures de négociation déclinant les modalités de mise en œuvre de ces avantages, avec des périodicités de négociation variables suivant le thème traité. On sera alors dans l'hypothèse d'un dispositif à durée déterminée dans un ensemble à durée indéterminée et la survie d'effets (de l'annexe) peut être contractuellement supprimée pour tel type d'accord eu égard à son thème. Tout ceci ne peut que contribuer à faire de l'accord d'entreprise un outil de gestion sans affecter sa fonction protectrice.

Une autre voie peut être explorée, celle de l'accord à durée déterminée assorti d'un renouvellement tacite, qui nécessite lui aussi un arsenal juridique sophistiqué dès lors que, pour la Cour de cassation, le silence entraînant le renouvellement est une manifestation nouvelle de volonté.

Enfin, et si durée indéterminée il y a, il faut s'inquiéter de l'organisation (ou pas) d'une éventuelle dénonciation

partielle, auquel cas doivent être minutieusement définis les sous-ensembles constituant un ensemble indivisible et pouvant de ce fait être détachés. À défaut, la dénonciation n'est effective que si elle est totale. La rigidification de la voie conventionnelle qui en résulte nécessite que les partenaires sociaux s'emparent avec sérieux de cette question, ce qui n'est que rarement le cas.

4.3.2. Révision des accords

La possible révision de l'accord collectif doit être considérée comme un dispositif essentiel pour que la voie conventionnelle soit la plus sérieuse et la plus efficace possible. À cet effet, il y a lieu de préciser qu'en l'absence d'un dispositif spécifique, la procédure de révision ne peut être engagée qu'avec l'accord unanime des parties. C'est d'autant plus regrettable que, suite à une jurisprudence strictement inspirée des principes de la théorie contractuelle civiliste (le célèbre arrêt *Basirico*), la loi a introduit comme règle que les dispositions de l'acte de révision se substituent à celles anciennes qui disparaissent de ce fait, sans que se posent ici des questions relatives au maintien des avantages acquis.

Il est donc indispensable que les signataires de l'accord prévoient une procédure sophistiquée de mise en œuvre de la révision. L'accord de révision ne peut, sous peine de nullité, être signé par d'autres que les signataires de l'accord que l'on révisé. En revanche, il n'est pas nécessaire que tous le signent, même si ceux qui le font doivent avoir ensemble l'audience minimale leur permettant de valablement conclure l'accord. Et l'accord révisé ne peut pas avoir un champ plus large que

celui de l'accord initial. Ce n'est pas toujours respecté et pourtant la sanction c'est la nullité de l'accord.

Il est éminemment souhaitable que l'engagement des négociations de révision soit automatique (en vertu d'un dispositif de l'accord) dès que, au vu d'indicateurs utiles tirés de l'exposé des motifs, est consacrée une évolution du contexte qui témoigne d'une altération de l'économie de la convention.

C'est dans le même esprit que doit être conçu le dispositif d'interprétation de l'accord d'autant que, pour la Cour de cassation, l'interprétation à l'unanimité des commissaires vaut – à condition que ce soit prévu dans l'accord – avenant à la convention. C'est donc un moyen de réduire les risques d'intervention du juge étatique qui, en l'état de la jurisprudence et au vu de la nature duale de la convention collective, peut toujours interpréter un texte conventionnel, peu important que celui-ci soit clair (et contrairement ici au droit commun) ; donc éventuellement au mépris de la position des partenaires sociaux eux-mêmes, ce qui va à l'encontre de l'idée que la convention fait la loi des parties qui l'ont signée.

Le règlement des litiges, tant individuels que collectifs

Les défauts des modalités actuelles de règlement des litiges sont bien connus. Ils aboutissent à des durées de procédures très longues et à de fortes insécurités juridiques se concrétisant par une proportion élevée des procédures d'appel, encouragées par une invalidation fréquente de la décision de première instance par la cour d'appel. Ces défauts conduisent à une grande frilosité des comportements d'emploi, en particulier dans les PME. D'où le besoin d'une réforme ambitieuse dans le domaine du règlement des litiges.

Les réformes introduites par la loi du 14 juin 2013 et celles de la loi Macron paraissent insuffisantes pour apporter une réponse à la hauteur des enjeux. Des réformes plus hardies sont indispensables, passant par des procédures de médiation, la réforme de l'étape de conciliation (sur le modèle de ce qui a été fait au Royaume-Uni en ce domaine il y a deux décennies) et la possibilité d'organiser au niveau des branches des alternatives aux prud'hommes, telles que l'arbitrage.

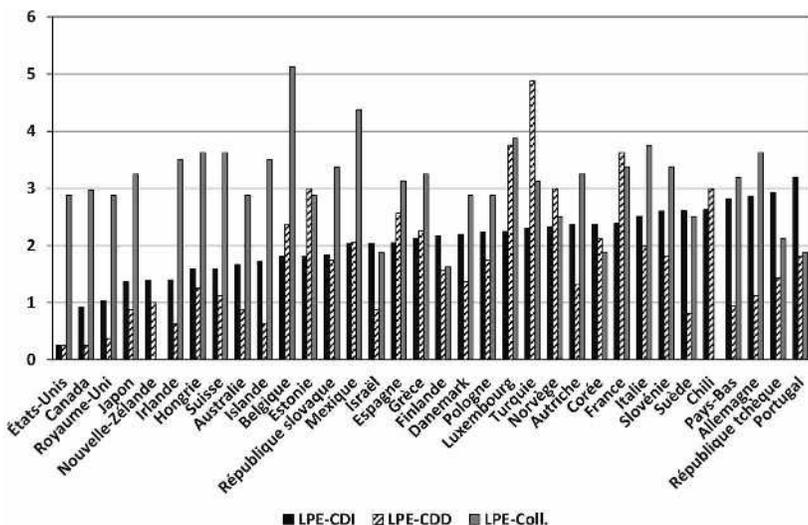
Commençons par rappeler les particularités de la situation actuelle (5.1) avant de présenter les évolutions récentes et les réformes suggérées (5.2).

5.1. *La situation actuelle*

Il est utile à ce stade de distinguer les contentieux liés à la contestation des licenciements collectifs qui, s'agissant de la procédure et du plan de sauvegarde de l'emploi, relèvent du tribunal de grande instance (TGI), et le règlement des conflits individuels, du ressort du conseil des prud'hommes.

Concernant les licenciements, les indicateurs construits par l'OCDE et basés à la fois sur des dispositions réglementaires, conventionnelles et des éléments de jurisprudence, indiquent que la France, en 2013, connaît plus de rigidités que la très grande majorité des pays industrialisés pour les licenciements individuels et collectifs. Comme l'illustre le graphique 5.1, parmi l'ensemble de l'OCDE, seuls 6 pays sur 34 connaîtraient un niveau de rigidité plus fort pour les licenciements individuels, et 9 pays pour les licenciements collectifs. Ces indicateurs suggèrent donc que, dans le contentieux des licenciements tant individuels que collectifs, la France se caractérise par des rigidités particulièrement fortes. C'est essentiellement sur le domaine du contentieux des licenciements individuels, qui relève du tribunal des prud'hommes, que porte l'analyse de la situation actuelle.

Graphique 5. 1. Intensité de la protection de l’emploi par des normes réglementaires sur les CDI (LPE-CDI), les CDD (LPE-CDD) et dans le cadre de procédures collectives (LPE-Coll.) (en 2013)



Les indicateurs LPE (pour Législation protectrice de l’emploi) mesurent l’intensité réglementaire de protection de l’emploi sur les contrats à durée indéterminée (LPE-CDI), les contrats à durée déterminée (LPE-CDD) ou dans le cadre de procédures collectives (LPE-Coll.). Ils sont construits par l’OCDE. Chacun de ces indicateurs varie de 0 (pour les réglementations les plus réduites) à 6 (pour les plus fortes). Les pays sont ici classés par ordre croissant de la valeur de l’indicateur LPE-CDI.

En 2012, 80 % des saisines du tribunal des prud’hommes correspondent à une contestation du motif de la rupture du contrat de travail¹. Contrairement à une idée fréquemment

1. Sauf indication contraire, les données chiffrées fournies dans cette section du rapport sont issues de K. Yazidi et C. Darmaillacq (2014), « Le traitement des litiges en droit du travail : constats et perspectives économiques », *Trésor-Éco*, septembre, n° 138, et de A. Lacabarats (2014), *L’Avenir des juridictions du travail. Vers un tribunal prud’homal du XXI^e siècle*, rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, juillet. Les chiffres donnés sont des moyennes sur l’ensemble de la France, de grandes différences étant observées entre les juridictions.

exprimée, le taux de contestation des licenciements individuels, d'environ 25 à 30 %, n'apparaît pas plus élevé que la moyenne européenne². En 2013, au sein des licenciements individuels, 70 % environ étaient des licenciements pour motif économique avec un taux de recours d'environ 3 %, et 30 % environ étaient des licenciements pour motif personnel avec un taux de recours d'environ 25 %.

Une première caractéristique française est le faible taux de réussite de l'étape de conciliation, par ailleurs en baisse constante. Il faut cependant ajouter à ce taux celui des désistements en cours de procédure, qui traduit souvent une solution amiable trouvée avant la décision de première instance, ce taux étant de 14,9 % en 2009. Au total, seulement un peu plus de 20 % des saisines du conseil des prud'hommes aboutissent ainsi à un accord des parties. Ce chiffre traduit essentiellement l'échec de l'étape obligatoire de conciliation. Fraisse³ montre qu'en moyenne sur la période 1998-2003, le contraste est important avec le Royaume-Uni, où les procédures se concluent pour plus de 55 % des cas par un accord des parties, du fait d'une réussite fréquente de l'étape de conciliation. En France, le taux de réussite était de l'ordre de 80 % dans les années 1920, il est de 5,5 % en 2013 !

Une seconde caractéristique est le fonctionnement même de la première instance. Le tribunal y est composé de quatre juges, deux représentant les salariés et deux représentant les

2. Une telle comparaison est cependant très fragile, les contestations prenant des formes très variées selon les pays. Dans les pays anglo-saxons, par exemple, elles prennent plus fréquemment la forme de procès pour harcèlement et/ou discriminations parce qu'ils y sont lourdement sanctionnés.

3. H. Fraisse (2010), « Litiges individuels du travail : l'expérience britannique », complément C à J. Barthélémy et G. Cette (2010), *Refondation du droit social*, rapport du CAE, La Documentation française, n° 88.

employeurs. Cette parité, sans équivalent dans aucune autre juridiction, peut être source de (mauvais) compromis – qui n’est pas la fonction de juge tiers. Par ailleurs, cette juridiction se caractérise par l’absence de tout juge professionnel, la France et le Mexique (qui n’est pas habituellement considéré comme une référence concernant les juridictions du travail) étant les deux seuls pays de l’OCDE dans ce cas⁴. Malgré le dévouement de certains des juges prud’homains, cette absence peut également être source d’une certaine insécurité juridique, renforcée par la très forte complexité du droit du travail. Le juge de départage intervient dans environ 20 % des cas, c’est-à-dire quand les quatre juges prud’homains ne parviennent pas à une décision.

Surtout – mais ceci explique peut-être cela – le taux d’appel de la décision de première instance est très élevé, supérieur à celui des autres types de contentieux : plus de 62 % en 2011 (contre par exemple 6 % pour les tribunaux d’instance et 19 % pour les TGI). Et dans 72 % des cas en 2012, la cour d’appel invalide partiellement ou totalement la décision de première instance, ce taux étant ici également supérieur à celui des autres juridictions (environ 50 %). Le taux d’appel est, en outre, très nettement plus élevé que celui en vigueur dans d’autres États, tels que l’Allemagne.

Toutes les conditions sont donc réunies pour aboutir à la fois à une insécurité juridique et un encombrement des juridictions prud’homales, qui a pour effet d’allonger sans cesse les délais pour obtenir un jugement (à partir de la première

4. Source : OCDE (2014), *Perspectives de l’emploi*. On peut à cet égard s’étonner que ce particularisme n’amène pas à s’interroger davantage. Si au moins un juge professionnel est présent dans les juridictions du travail dans tous les pays de l’OCDE, hors la France et le Mexique, c’est qu’une telle présence a quand même une certaine pertinence !

saisine) : en 2012, plus de 15 mois en moyenne pour la décision de première instance (27 mois si départage), plus de 30 mois pour l'arrêt d'appel, plus de 50 mois en cas de pourvoi en cassation ! Cette tendance ne peut qu'induire le non-respect de droits fondamentaux, en l'occurrence l'accès au juge, à un procès équitable et à une administration efficace de la justice. De tels délais justifient des condamnations de l'État français par des juridictions européennes, sur la base de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui stipule (article 6) que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial ». Concernant cette question, signalons que doit donc être saluée favorablement la transposition dans le Code du travail par la loi du 14 juin 2013 d'une disposition inspirée de l'ANI du 11 janvier 2013 selon laquelle l'action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans au lieu de cinq précédemment.

À cet égard, la rupture conventionnelle, imaginée dans l'ANI conclu entre les partenaires sociaux le 11 janvier 2008 et transcrite dans le droit par la loi du 25 juin 2008, est une innovation utile qui a réduit la judiciarisation de certains litiges antérieurement réglés par des procédures de licenciement individuel. Le droit de la rupture conventionnelle garantit l'expression de la volonté du salarié et lui permet de bénéficier des indemnités chômage qui lui sont interdites en cas de démission⁵. Cela facilite la séparation à l'amiable.

5. P. Cahuc et A. Zylberberg sont très sévères avec ce dispositif qui, à leurs yeux, sert souvent aux salariés de plus de 57 ans et à leur employeur à s'entendre pour organiser des ruptures de contrat, le salarié partant pouvant sous certaines conditions bénéficier des allocations chômage durant trois années

La sécurisation juridique y est essentiellement liée à deux dispositifs : (i) le délai de rétractation, de quinze jours calendaires à compter de la date de sa signature par les deux parties : (ii) l'homologation rapide par l'autorité administrative (la direction départementale du travail). Cette dernière dispose d'un délai d'instruction de quinze jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect des conditions prévues et de la liberté de consentement des parties. À défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie.

Environ 30 000 ruptures conventionnelles sont actuellement mensuellement homologuées. L'instauration de la rupture conventionnelle est donc un moyen parmi d'autres en faveur d'une moindre judiciarisation des licenciements et d'une réduction des coûts et incertitudes de ces derniers, outre, ce qui n'est pas rien, que la fin des relations contractuelles se déroule dans un climat plus paisible.

5.2. *Évolutions récentes et réformes suggérées*

Mettre un terme à une judiciarisation excessive dans le domaine des rapports de travail et accroître la sécurité juridique en matière de droit social est une exigence majeure. Quel que soit l'intérêt, aux plans de l'activité économique et

après quoi il pourra faire valoir ses droits à la retraite. Cette charge paraît disproportionnée : rien n'empêchait jusqu'ici un salarié et son employeur d'« organiser » dans le même objectif un licenciement pour motif économique ou personnel ! Cf. P. Cahuc et A. Zylberberg (2009), *Les Réformes ratées du président Sarkozy*, Flammarion.

de l'emploi, des innovations en la matière, les constructions s'en inspirant ne doivent en aucun cas remettre en cause les droits du travailleur, d'autant que l'accès à un juge et celui à un procès équitable sont l'expression des droits fondamentaux de la personne. En considération de cet impératif, il est intéressant d'explorer la voie du contrat collectif pour ouvrir la possibilité à des solutions alternatives ; celui-ci devrait alors, sous peine de nullité, définir les procédures et le champ précis des modes alternatifs de règlement des conflits. À cet égard, il convient de distinguer litiges individuels, parce qu'ici s'exerce le monopole du conseil des prud'hommes (5.2.1.), et litiges collectifs pour lesquels le tissu conventionnel est déjà en ce domaine largement sollicité par le Code du travail (5.2.2).

5.2.1. Les litiges individuels

Les évolutions souhaitables concernent la médiation, la conciliation et l'arbitrage.

L'originalité de la médiation tient à ce que ce sont les parties elles-mêmes qui recherchent un accord mais avec l'aide d'une tierce personne et en l'absence de tout juge. De ce fait, la médiation offre la possibilité de pacifier le conflit en permettant à chacun d'exprimer ses ressentis et de s'expliquer. Ceci étant, cette procédure est décriée par certains magistrats qui y voient seulement le moyen d'apporter une solution à l'engorgement des tribunaux, donc à la durée des contentieux, c'est-à-dire un pis-aller. Eu égard aux mérites évoqués ci-dessus, on peut cependant imaginer que la médiation soit systématiquement proposée par le juge du fond, en particulier le conseil des prud'hommes à l'ouverture de la procédure de conciliation, les parties étant bien évidemment libres de l'accepter ou non.

La cour d'appel de Grenoble a largement développé la médiation depuis la décennie 1990, avec un taux de réussite élevé, d'environ 70 %. Par ailleurs, des expériences étrangères de recours important à la médiation, comme celles du Royaume-Uni et de l'Australie, confirment l'intérêt de cette démarche⁶.

Concernant la conciliation devant le juge prud'homal, les deux raisons de l'échec sont sans doute que : (i) la franchise des parties, utile à la réussite de cette première étape, est difficile compte tenu du fait que les juges qui la prennent en charge sont les mêmes que ceux qui traiteront la suite du contentieux si elle échoue ; (ii) l'obligation de présence des parties n'est pas effective et l'une au moins des deux parties n'est souvent pas présente lors de l'audience de conciliation ; en outre, (iii) les avocats qui la représentent éventuellement à cette étape n'ont pas nécessairement intérêt à sa réussite.

Deux voies de réforme de la conciliation sont donc à considérer. La première consiste à sanctionner la non-présence de l'une des parties, y compris lorsqu'elle est seulement représentée par un avocat. Il faut que les juges conciliateurs ne se contentent pas de l'affirmation de l'une des parties qu'il n'y a rien à concilier puisqu'en décider leur incombe. La loi Macron apporte un premier élément de réponse à cette difficulté, puisqu'elle prévoit qu'« en cas de non-comparution d'une partie, sauf motif légitime, le bureau de conciliation et d'orientation peut juger l'affaire, en l'état des pièces et moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués ». Il serait utile d'aller plus loin en rendant effective la présence des parties et, à cet égard, une représentation par un avocat est insuffisante. Le défaut de

6. K. Yazidi et C. Darmaillacq ([2014], *op. cit.*) présentent une analyse détaillée de ces expériences.

présence d'une partie lui ferait ainsi perdre le procès (comme c'est le cas au Royaume-Uni). La seconde voie de réforme est que les deux juges de conciliation ne soient pas parmi les quatre membres jugeant au fond (comme c'est également le cas au Royaume-Uni). C'est le seul moyen pour qu'un compromis puisse se construire en conciliation. À défaut, le risque est grand qu'aucune des deux parties ne fasse de proposition, de peur que, lors de l'audience de jugement, les magistrats forgent leur conviction à partir de propos échangés durant la conciliation.

Pour faciliter la conciliation, l'idée d'un barème est bonne, mais encore faut-il que les juges l'exploitent réellement pour forcer davantage au compromis. On notera, avec satisfaction, les avancées sur ce point de l'ANI du 11 janvier 2013 et de sa transcription dans la loi du 14 juin 2013.

La loi Macron s'est efforcée d'apporter une solution à l'actuelle parité des juges, dont on a vu qu'elle est une source d'incertitude juridique, par le renforcement des situations d'échevinage, *via* un renvoi plus direct par le bureau de conciliation devant une formation de départage. Mais cette avancée est timide et elle a été vidée d'une partie de son efficacité du fait d'une opposition des partenaires sociaux, qui veulent voir dans l'échevinage une défiance à leur égard, puisque, dans la situation actuelle, les juges de prud'hommes sont issus de leurs seuls rangs (comme le souligne Lacabarats⁷). Ce renvoi en formation de départage présidée par un juge professionnel est ainsi possible dans trois cas : (i) d'office, si le bureau de conciliation le souhaite (ces cas seront sans doute rares pour la raison évoquée précédemment) ; (ii) de droit lorsque les deux parties le demandent simultanément (ces cas seront sans doute également rares, l'une des deux

7. Lacabarats (2014), *op. cit.*

parties trouvant souvent avantage à une procédure longue) ; (iii) à la demande d'une partie si le bureau de conciliation en est d'accord (ces cas seront sans doute rares du fait de l'opposition signalée plus haut des partenaires sociaux à l'échevinage). On peut regretter que le renvoi en formation de départage ne soit pas seulement possible quand l'une des parties le souhaite, quel que soit sur ce point l'avis du bureau de conciliation.

La conciliation d'essence conventionnelle mérite aussi attention, mais devraient être distinguées : (i) celle préalable au licenciement, dont le non-respect affecte la régularité de la rupture ; (ii) celle intervenant postérieurement, la Cour de cassation la considérant inopposable au salarié qui est libre de choisir celle des prud'hommes.

Les parties à une convention de branche, surtout si elle est susceptible d'extension, doivent sérieusement s'intéresser à la possibilité d'arbitrage, surtout si la conciliation n'a pas abouti. Encore plus que pour la conciliation, les exigences d'un procès équitable sont ici essentielles dès lors que l'arbitrage est une authentique juridiction du fait de la décision d'un juge tiers. Cela implique que le ou les arbitres (en nombre impair) soient choisis en raison de leur indépendance et de leur compétence. Les mérites de l'échevinage incitent à privilégier un nombre de trois arbitres, chacune des parties en choisissant un, les deux choisissant ensemble le troisième sur une liste établie conjointement par les parties à la convention.

Contrairement à une idée reçue, l'arbitrage n'est pas écarté s'agissant des litiges individuels du travail⁸ ; Jean Auroux l'a du reste rappelé lors du vote de la loi réformant l'institution

8. Voir sur ce point T. Clay (2010), « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette », *Droit social*, septembre-octobre, n° 9-10.

prud'homale en 1982. Le compromis d'arbitrage est toujours possible puisqu'il intervient alors que, le contrat de travail ayant déjà été rompu, le consentement de la partie faible, c'est-à-dire le salarié, n'est pas suspect. On peut même suggérer comme profitable aux parties qu'en cas d'échec de la conciliation, les conseillers indiquent, voire suggèrent, aux parties que cette voie leur est ouverte.

S'agissant de la clause compromissoire – c'est-à-dire prévue *ab initio* au contrat de travail –, la Cour de cassation, après avoir considéré qu'elle était inapplicable en raison du monopole du conseil des prud'hommes, en est venue récemment à considérer qu'elle était simplement inopposable à la partie faible, c'est-à-dire au salarié, qui peut toujours – quel que soit son engagement contractuel – préférer le recours au juge étatique (après n'avoir adopté pendant longtemps cette faculté que pour les contrats internationaux).

Il serait efficace que le recours à l'arbitrage soit banalisé et ceci pour de multiples raisons, y compris une meilleure maîtrise de la longueur du contentieux, ce qui ne peut qu'avoir des effets positifs sur le dynamisme des entreprises et permettre aux salariés de percevoir plus vite les sommes dues. Quelle que soit la solution, elle doit reposer sur la nécessité d'un consentement effectif du salarié. Voilà pourquoi, dans certains États (par exemple la Belgique), l'arbitrage est possible seulement au-delà d'un certain salaire. Une autre voie, bien plus efficace, doit être privilégiée, celle en vigueur en Italie. Elle consiste à subordonner la validité de la clause compromissoire à un arsenal mis en place dans le cadre de la convention collective. Telle est la solution que nous avons préconisée dans notre rapport de 2010, actualisé en 2013⁹. La validité

9. Barthélémy et Cette (2013), *op. cit.*

de cette construction – qui conditionnerait alors l’extension de l’accord – reposerait sur quatre critères devant être simultanément remplis :

- La fixation des *populations concernées*. On peut imaginer que la clause est plus aisément concevable pour un cadre que pour un ouvrier, justement en se positionnant sur la réalité du consentement.
- L’identification des *litiges concernés* ; ainsi le recours à l’arbitrage s’agissant des litiges relatifs à l’exécution du contrat permettrait certainement de réduire le nombre des licenciements pour cause personnelle, l’impossibilité de les résoudre dégradant les rapports entre les parties.
- La composition du *collège arbitral*, influencée par l’exigence absolue, à laquelle ne satisfait pas l’institution prud’homale malgré un impératif tiré de la Conv. EDH, d’un nombre impair de juges mais aussi par les mérites réels de l’échevinage (en vigueur en Allemagne ou, en France, dans les TASS). De ce fait, le collège devrait être composé d’un ou de deux juges désignés par les organisations patronales d’un côté, les organisations syndicales de salariés d’un autre côté, les deux ou quatre choisissant le président sur une liste d’experts établie conjointement.
- La mutualisation au moins partielle du *coût de l’arbitrage* (qui ne sera pas, eu égard à l’objet du litige, aussi importante que celle constatée dans les grands arbitrages touchant au droit commercial et des sociétés). On pourrait aisément concevoir à cet effet une contribution versée par les entreprises, le fonds étant géré paritairement.

Si la dérogation au monopole du conseil des prud’hommes est organisée *via* l’arbitrage, cela peut induire toutes les

conséquences du droit de l'arbitrage, notamment l'impossibilité d'appel. Mais cela invite sans doute à la création d'une commission supérieure d'arbitrage pour traiter des recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi, comme le prévoyait la loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives.

5.2.2. Les litiges collectifs

Ici, le conseil des prud'hommes n'est pas compétent et, de ce fait, le juge naturel est le TGI.

Le Code du travail impose aux conventions de branche étendues de contenir une clause relative à la conciliation des conflits collectifs. Le recours à l'arbitrage en est une clause facultative.

Les procédures de conciliation des conflits collectifs sont peu mises en œuvre et au demeurant elles sont habituellement mal structurées. Lorsque les parties à une convention de branche étendue ont satisfait à l'exigence légale, elles se sont généralement contentées d'une clause de style dont le caractère général nuit à l'efficacité, d'autant que l'absence de tout arsenal procédural rend difficile sa mise en œuvre. En outre, le fait que les commissaires soient habituellement ceux qui négocient la convention et non des experts retenus pour leur compétence et leur indépendance rend impuissante cette procédure, chacun défendant une partie plutôt qu'agissant au nom de l'intérêt général, celui de la justice.

Les mêmes critiques valent encore plus pour les procédures d'arbitrage. Au demeurant, les carences graves dans l'organisation du dispositif procédural comme dans la composition de la chambre arbitrale prévues par la loi du 11 février 1950 ont conduit à l'ineffectivité des dispositifs instaurés dans de rares

conventions, donc à l'obsolescence de ces clauses. La plupart de celles mises en place ont été écartées par la suite. Il n'est pas inutile de rappeler que l'article 9 de la loi de 1950 imposait, avant que ne soit mise en œuvre la procédure, un procès-verbal de non-conciliation mentionnant l'objet du conflit et les points soumis à l'arbitrage. Mais aussi une liste d'arbitres dressée d'un commun accord par les signataires de la convention. Était enfin créée une commission supérieure d'arbitrage concernant les recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi formée par les parties contre les sentences arbitrales.

Tout cela mériterait d'être réintroduit par le biais des textes conventionnels de branche. Il faut en revanche être conscient que l'efficacité des procédures conventionnelles, tant de conciliation que d'arbitrage et destinées à la résolution des conflits collectifs, suppose une « charte du dialogue social » donnant naissance à une déontologie, elle-même destinée à favoriser un comportement loyal tout autant que l'indépendance des commissaires et arbitres. On ne peut donc qu'inviter le législateur à renforcer les textes relatifs à la conciliation et à l'arbitrage en matière de conflits collectifs. Les acteurs sociaux, qui revendiquent plus d'autonomie pour leur loi commune, doivent prendre conscience que cela leur fait obligation de s'intéresser à la résolution des conflits collectifs qui échappent à la compétence du juge prud'homal et dont le tribunal de grande instance, juge de droit commun en matière civile, ne peut traiter qu'au travers du non-respect de textes. Tout ceci prend encore plus de valeur si des moyens sont mis en œuvre pour réduire fortement le nombre des conventions de branche. Cela donnerait au demeurant plus de force à la procédure légale de médiation en cas de conflit collectif, le recours à celle-ci devant rester l'exception.

Il y a lieu de mettre en évidence que deux types de conflits collectifs sont possibles :

- Dans les premiers, il s’agit de traiter des difficultés liées à l’impossibilité de trouver un accord suite à des revendications. Le juge étatique est ici impuissant, sauf pour sanctionner les manquements aux obligations procédurales et à l’exigence de moyens. D’où le recours quasi systématique à la conciliation légale, laquelle tente de rapprocher les parties puis propose une solution que celles-ci ne sont pas tenues d’accepter tout en s’en expliquant. La procédure arbitrale serait ici utile, d’autant que la sentence s’impose aux parties. Il n’est pas inintéressant de souligner qu’en Allemagne et pour ce qui touche aux conditions de travail, l’absence d’accord entre l’employeur et le comité d’entreprise impose le recours à arbitre.
- Dans les seconds, il s’agit de traiter de difficultés liées à l’interprétation, par les deux parties, de ce qui est dû par l’employeur. Ici le juge étatique peut imposer une solution fondée sur le constat du non-respect d’obligations légales ou conventionnelles. La procédure d’arbitrage a néanmoins un rôle éminent à jouer, ne serait-ce qu’en accélérant le traitement des contentieux.

Dans tous ces domaines, la réforme passe surtout par l’intérêt – et encore plus par la créativité – des partenaires sociaux. Sans doute une structure créée au niveau de la Direction générale du travail (DGT) destinée à leur sensibilisation serait-elle utile. Cela n’exclut pas des cadrages législatifs, du type de celui de la loi Macron relative à la conciliation prud’homale.

Quelques questions particulières mais d'intérêt général

La réforme du marché du travail par l'ouverture du droit dérogatoire à la négociation collective ne peut avoir pour effet de laisser cette dernière décider des normes dans les domaines qui relèvent de l'ordre public, même lorsque les partenaires sociaux peuvent être consultés.

Par ailleurs, certains thèmes importants sont récurrents dans le débat public sur les réformes pour un fonctionnement plus efficace du marché du travail. Il serait trop long de vouloir les aborder tous et nous avons décidé de traiter trois d'entre eux particulièrement sensibles : les 35 heures (6.1), le contrat unique (6.2) et le Smic (6.3).

6.1. Les 35 heures

Le débat sur les 35 heures est souvent passionné et les arguments échangés, quand ils ne sont pas de mauvaise foi pour

des raisons idéologiques, révèlent fréquemment une profonde méconnaissance du droit de la durée du travail. Le « carcan des 35 heures » n'existe pas (6.1.1.), mais le fait qu'il soit ainsi perçu de bonne foi par de nombreux employeurs, en particulier de TPE et de PME, témoigne d'une complexité extrême nécessitant des corrections (6.1.2.). La démarche de réforme par la refondation du droit social présentée dans ce rapport concerne aussi le droit de la durée du travail (6.1.3). Il reste à souhaiter que les évolutions futures de la durée du travail valorisent progressivement plus les dimensions qualitatives que celles quantitatives (6.1.4) de ce droit.

6.1.1. Le « carcan des 35 heures » n'existe pas

Au nom de l'efficacité économique, donc de l'emploi, des politiques, des représentants d'organisations patronales et parfois même des chercheurs appellent avec force à ce qu'on permette aux entreprises de pratiquer un horaire collectif supérieur à 35 heures. Mais rien n'interdit aujourd'hui de dépasser ce seuil ! Depuis l'ordonnance des 39 heures en 1982 jusqu'à la loi du 20 août 2008, on n'a cessé de libérer les entreprises de contraintes en matière d'aspects quantitatifs de la durée du travail. Sous l'emprise de la loi des 40 heures, aucune heure supplémentaire ne pouvait être effectuée sans l'autorisation de l'inspecteur du travail ; on a remplacé en 1982 ce régime d'autorisation par un simple régime de déclaration dans la limite d'un contingent annuel qui non seulement n'a cessé d'augmenter (il est maintenant de 220 heures par an), mais auquel on peut déroger aujourd'hui par simple accord d'entreprise, et on a supprimé le repos compensateur de 50 % sur

les heures travaillées au-delà de la 41^e heure par semaine. Par un simple accord d'entreprise, on peut réduire la majoration du taux des heures supplémentaires à seulement 10 % au lieu de 25 %. En outre, il résulte de textes supranationaux, tels que la Charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995, que le taux de rémunération doit être plus élevé au-delà d'un certain seuil. On peut certes décider de relever ce seuil, mais supprimer toute durée de référence est impossible de ce fait.

Parler du « carcan des 35 heures » n'a aucun sens et ceci pour deux raisons. D'abord, cette expression part de l'idée que les règles relatives à la répartition de l'horaire collectif et à l'aménagement des temps de travail sont fixées réglementairement et donc, étant imposées à l'entreprise, ne tiennent pas compte des spécificités de la branche ou de l'entreprise. Cette idée est totalement fautive. Par le processus entamé par l'ordonnance des 39 heures et poursuivi ensuite, la semaine, jadis module impératif, est devenue un simple module de droit commun et l'horaire collectif, jadis impératif, est devenu un simple horaire de référence, entrées et sorties décalées étant très aisées à mettre en place.

Ensuite, par la loi du 20 août 2008, on a renversé la hiérarchie des normes, l'accord d'entreprise étant le droit commun, la convention de branche ne s'appliquant qu'à défaut et la réglementation (celle déclinant la loi du 21 juin 1936 qui n'a pas été abrogée !) qu'en l'absence de tissu conventionnel.

Enfin, de nombreux dispositifs dérogatoires contribuent également à assouplir considérablement le droit de la durée du travail. Évoquons-en deux : (i) les forfaits jours, créés par les lois Aubry, qui peuvent être organisés par accord collectif pour les cadres, permettent de s'affranchir pour les travailleurs concernés d'un décompte horaire des temps de travail.

Environ 12 % des travailleurs du secteur privé seraient de nos jours concernés par ces forfaits jours¹ ; (ii) les modulations de la durée du travail, largement assouplies également par les lois Aubry, peuvent être organisées par accord collectif et permettent de dépasser la durée légale du travail sans pour autant de majoration salariale à la condition qu'en moyenne la durée du travail lui soit égale. Comme on peut le constater, l'instauration des 35 heures au tournant de la décennie 2000 s'était accompagnée de considérables assouplissements du droit de la durée du travail, prélude à d'autres (ex-lois du 17 janvier 2003, du 4 mai 2004, du 20 août 2008).

Bref, le droit de la durée du travail est bien plus flexible qu'on ne l'imagine, surtout si on a recours à la technique de dérogation par accord collectif.

6.1.2. Les raisons d'une complexité perçue

Le fait que, malgré la grande flexibilité du droit de la durée du travail, les employeurs (de TPE et de PME surtout) sont persuadés (comme nombre de politiques) qu'on ne peut décider d'un horaire supérieur à 35 heures et que le droit positif empêche d'adapter les normes d'organisation des horaires aux conditions de telle ou telle activité, oblige cependant à une réflexion. Peu de patrons de TPE et même de PME connaissent la loi Bertrand du 20 août 2008 et donc le fait qu'ils peuvent directement fixer les normes par accord d'entreprise puisqu'en ce domaine, elles sont le droit commun ! Il convient donc de se pencher sur les raisons qui font que la réalité de ce droit

1. Ce chiffre, qui concerne l'année 2011, est issu de M. Pak et S. Zilberman (2013), « La durée du travail des salariés à temps complet », *DARES Analyses*, juillet, n° 47.

est à ce point ignorée pour que, en dehors bien entendu de raisons idéologiques qui font des « 35 heures » un marqueur politique, on présente parfois l'« abrogation des 35 heures » comme une exigence absolue pour libérer l'emploi.

Le droit de la durée du travail ne se limite pas à la fixation de la durée légale, laquelle n'est concrètement qu'un seuil de déclenchement de majorations des salaires (la durée légale n'a été impérative en France qu'entre 1936 et 1938 !). Au demeurant, un grand nombre des contraintes actuelles viennent du droit communautaire (durée maximale, repos minimum journalier et hebdomadaire, temps de pause...) dont on ne peut s'affranchir qu'en sortant de l'Union européenne ! Ce droit communautaire est lui-même inspiré du droit de la santé qui, étant fondamental, ne peut être écarté. Sait-on seulement que le droit des forfaits jours (qui peuvent apparaître comme un progrès en écartant le décompte horaire des temps de travail, donc des salaires pour les travailleurs ayant un fort degré d'autonomie) a été jugé par le comité européen des droits sociaux contraire à la charte sociale européenne, car conduisant potentiellement à une durée déraisonnable de travail prohibée par ce texte supranational ?

Cette méconnaissance est inquiétante car elle a pour effet non seulement des stratégies d'entreprises liées à une interprétation erronée de la loi, mais encore et surtout un frein au dynamisme entrepreneurial ce qui a des conséquences négatives sur la croissance et l'emploi. La cause doit en être recherchée dans la complexité du droit légal, elle-même alimentée par la boulimie du législateur, premier responsable de l'inefficacité de la loi (l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » devient, là encore, surréaliste) et donc de son inintelligibilité au mépris d'une exigence constitutionnelle ! Cette boulimie

affecte tous les codes et est porteuse d'un mal endémique : l'insécurité juridique et donc une judiciarisation excessive elle aussi porteuse de limitation du dynamisme des entreprises. Cela est particulièrement grave en droit du travail car les premiers utilisateurs de ce droit sont les employeurs et les représentants du personnel qui ne sont pas des juristes (et n'ont pas à l'être). Cela a pour conséquence que la complexité nuit à la prise de décision et au climat social qui est un ratio économique, mais plus fondamentalement à l'intérêt de l'entreprise (qui ne se résume pas à celui des détenteurs du capital).

6.1.3. Simplifier par les conventions le droit de la durée du travail²

La mission des gouvernements et des parlementaires est de fixer les principes du droit du travail, du droit syndical, de la sécurité sociale (article 34 de la Constitution). On ne peut évidemment pas leur interdire d'aller au-delà, même si s'intéresser à des questions secondaires bride les relations sociales sans justification. Plutôt que de critiquer le droit positif qu'ils ont construit, mieux vaudrait qu'ils s'autodisciplinent pour le plus grand profit de l'effectivité de ce droit.

Réduire le volume global du droit du travail est toutefois impensable car cela menacerait la fonction protectrice de ce droit au mépris, du reste, de la Convention européenne des droits de l'homme qui prohibe la régression sociale. En revanche, rien n'interdit qu'on rende supplétives de tissus conventionnels toutes les dispositions légales ne correspondant

2. La logique de réforme ici évoquée est bien sûr celle développée dans les précédentes parties de ce rapport auxquelles on se reportera pour plus de détails.

pas à la qualification de principes et de droits fondamentaux, de libertés individuelles et collectives et/ou déclinant des droits supranationaux impératifs. Aujourd'hui, la dérogation suppose que la loi l'autorise expressément. Sa généralisation ne peut qu'apporter une meilleure conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur : d'une part le remplacement de normes réglementaires homogènes pour toutes les entreprises par des normes conventionnelles adaptées à chaque contexte particulier est créateur de valeur ajoutée ; d'autre part, le fait que la norme capable de déroger soit un accord collectif garantit l'équilibre des pouvoirs qui permet au contrat de faire seul la loi des parties. Tout au plus convient-il alors de rendre substantielles les règles de conduite de la négociation et d'exiger dans certains domaines une audience minimale de 50 % (et non de 30 %) pour valablement conclure car cela conforte la consistance juridique de la collectivité de travail. Dans le domaine du droit de la durée du travail, cette exigence paraît indispensable.

Plutôt que de s'attaquer à tel ou tel domaine de ce droit dont la modification ne consacre qu'une avancée modeste et peut être contrariée par l'impact de dispositifs interdépendants, mieux vaut, comme cela est développé plus haut, s'atteler à une refonte complète du droit social à partir des vertus d'un droit plus contractuel et moins réglementaire. Le droit de la durée du travail serait directement concerné par cette logique de refondation plus globale du droit social. Dans tous les États où le volume de la loi est moindre, le rôle du tissu conventionnel est supérieur à celui que nous connaissons en France, au point – par exemple en Allemagne s'agissant de la durée du travail – de prohiber la décision unilatérale de l'employeur.

Mais, pour que la réforme soit rendue possible, il revient aux pouvoirs publics de bien caractériser les obligations qui, au sein du droit de la durée du travail, correspondent à des normes internationales dont le droit communautaire, et les obligations qui correspondent « seulement » à des ajouts de droit national. Cette caractérisation permettrait aux acteurs de la négociation collective, les partenaires sociaux, de connaître les obligations du droit commun auxquelles il leur serait possible de déroger par accord collectif.

La question dite des 35 heures est exemplaire au regard du constat qu'on peut faire de la situation du « marché du travail » et des solutions qu'il convient d'y apporter. Il est tout aussi ridicule de soutenir qu'il s'agit d'un symbole du progrès social ou, à l'inverse, d'un carcan nuisant à l'efficacité économique, donc à l'emploi.

6.1.4. Vers une approche plus qualitative du droit de la durée du travail³ ?

La durée du travail est un élément fondamental des conditions de travail. Si on aborde sous cet angle les évolutions importantes des dernières décennies, il n'apparaît pas exagéré de dire que le droit de la durée du travail a été depuis trente ans le laboratoire des innovations en matière sociale. La valorisation d'un libre choix du travailleur en ce domaine nous paraît être sans doute la prochaine étape de cette évolution. Plus fondamentalement, élever le libre choix au rang de liberté individuelle a potentiellement pour effet que la fonction protectrice

3. Ces aspects sont plus longuement développés dans J. Barthélémy et G. Cette (2015), « Vers une approche qualitative de la durée du travail », *Droit social*, janvier, n° 1.

du droit du travail, liée au fait que le salarié est la partie faible du contrat, invite à décliner d'une autre manière l'ordre public économique. L'autonomie du salarié devient alors la règle. Deux limites s'imposent toutefois : celle liée à l'intérêt de l'entreprise et celle liée au droit à la santé, droit fondamental, de même niveau que celui au libre choix. Le libre choix favorisera une meilleure conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle ainsi que l'amélioration des conditions de travail. L'autonomie de décision du salarié ne peut pour autant écarter ou même réduire la responsabilité de l'employeur sur le terrain de la protection de la santé du salarié, que celui-ci reste au demeurant ou non en état de subordination juridique. La seule dépendance économique pourrait sans doute justifier la responsabilité du donneur d'ordre dès lors que celui-ci est tenu à une obligation générale de sécurité de résultats.

Au vu de ce qui précède, l'accord collectif organisant le libre choix devra se préoccuper des procédures permettant de concrétiser d'un côté un droit au libre choix, d'un autre côté des limites de fond de ce droit nouveau. De cette évolution il faut tirer les moyens techniques de concrétiser le libre choix comme une liberté individuelle au sens de la Conv. EDH en ce qu'il favorise l'épanouissement de la personne au travail, la conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle, l'amélioration de la santé. Élevé au rang de principe, le libre choix n'admet alors de contraintes que celles tirées de l'intérêt de l'entreprise, donc puisées dans la liberté d'entreprendre et le droit de propriété. En d'autres termes, l'intérêt de l'entreprise confère un but légitime à une atteinte, de ce fait proportionnée, au libre choix.

La fonction protectrice génétique du droit du travail ne se manifesterait plus de la même manière, ce qui rendra

indispensable une réflexion sur les critères de la subordination juridique identitaire du contrat de travail, spécialement la mise en œuvre des missions confiées aux salariés imprégnées d'une plus grande autonomie dans les conditions de travail ; sans doute, le degré d'autonomie deviendra-t-il alors un élément substantiel du contrat de travail, d'autant que, du fait des progrès des TIC, il supplantera le concept de cadre.

6.2. Le contrat unique : le serpent de mer d'une fausse bonne idée⁴

Le débat sur le contrat unique est récurrent en France comme dans d'autres pays européens. À l'origine, le constat d'une dualité du marché du travail, avec d'un côté des salariés qui seraient très protégés, les CDI et tout particulièrement les fonctionnaires, et de l'autre côté les actifs alternant emplois précaires peu protégés et périodes de chômage. Ce contraste traduit des inégalités flagrantes, avec des conséquences sociales et économiques importantes, comme par exemple l'accès à la formation professionnelle ou l'accès à des prêts ou au logement locatif.

4. Nous reprenons ici des analyses plus longuement développées avec P.-Y. Verkindt dans J. Barthélémy, G. Cette et P.-Y. Verkindt (2006), « Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique », *Mimeo*, rapport au Conseil d'orientation de l'emploi, 26 décembre ; J. Barthélémy, G. Cette et P.-Y. Verkindt (2007a) : « À propos du contrat unique », *La Semaine juridique*, 6 février, n° 6, p. 3-4 ; J. Barthélémy, G. Cette et P.-Y. Verkindt (2007b) : « À propos du contrat unique », in Centre d'études de l'emploi (dir.), *Le Contrat de travail*, La Découverte, collection « Repères », p. 107-118.

En réponse à cette dualité, des propositions sont souvent avancées qui consisteraient à créer un « contrat unique » atténuant les écarts de statut et de droits entre emplois précaires (CDD et intérim) et emploi en CDI. Mais ce concept de « contrat unique » est souvent peu défini. C'est même une auberge espagnole si l'on prend en considération les différences importantes de contenu constatées dans les propos des uns ou des autres ! Certains rejettent sur les juristes et les décideurs politiques la responsabilité de lui trouver un contenu opérationnel et considèrent que leur incapacité à y parvenir traduirait un manque de détermination lié à une opposition sourde des syndicats ou à une insensibilité coupable à l'égard d'inégalités pourtant criantes. Cette position nous paraît tout aussi inacceptable que celle qui consisterait à rejeter sur les laboratoires médicaux ou le corps médical la responsabilité des ravages provoqués par certaines maladies sous prétexte qu'ils ne s'efforceraient pas réellement de trouver LE médicament adapté à chacune !

Il convient de souligner que si de nombreux économistes et politiques se sont déclarés favorables au contrat unique, à l'opposé, de nombreux juristes de droit social manifestent pour le moins une certaine réserve concernant cette proposition. Il serait tout aussi déplacé de faire aux économistes le procès de ne pas reconnaître la nécessité du droit social que de faire aux juristes de droit social celui d'ignorer la nécessité de l'efficacité économique. Cela incite donc à traiter de la question du contrat unique dans une approche multidisciplinaire.

Quand on parle d'un concept spécifique comme le contrat unique, il faut être précis. Aussi, notre analyse va-t-elle s'appuyer sur des propositions qui ont pour premier mérite d'avoir répondu à cette exigence de précision, contrairement à d'autres

qui demeurent péremptoires et sans contenu. Aussi, l'analyse qui suit s'appuie sur trois rapports d'économistes qui ont préconisé l'instauration d'un contrat de travail unique se substituant à l'actuelle coexistence des CDD et CDI : Blanchard et Tirole⁵, Camdessus⁶, et Cahuc et Kramarz⁷, les propositions de ce dernier rapport étant plus détaillées que celles avancées dans les deux précédents.

Les trois objectifs déclarés de la proposition de contrat unique dans ces rapports sont les suivants (*cf.* encadré 2) :

- Réduire les inégalités de statut actuellement renforcées par la coexistence de contrats dits précaires (CDD et intérim) et de CDI. Comme signalé plus haut, cette inégalité de statut peut être elle-même source d'autres inégalités, comme par exemple celle concernant l'accès à des prêts ou au logement (6.2.1).
- Réduire la complexité et les incertitudes coûteuses de la judiciarisation des licenciements (6.2.2).
- Internaliser en partie le coût social (prestations chômage et destruction de capital humain) des licenciements, ce coût social allant de pair avec un faible effort de formation des titulaires d'emplois précaires. Cela revient à responsabiliser sur ce point les entreprises. Une telle responsabilisation peut avoir pour effet favorable de davantage sécuriser les parcours professionnels. Ceci étant, les trois rapports évoqués

5. O. Blanchard et J. Tirole (2003), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, rapport du Conseil d'analyse économique, n° 44.

6. M. Camdessus (2004), *Le Sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française.

7. P. Cahuc et F. Kramarz (2005), *De la précarité à la mobilité. Vers une sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, La Documentation française.

envisagent cette responsabilisation par la seule voie financière (6.2.3).

Un contrat unique ne peut pas répondre véritablement à ces objectifs, mieux servis par d'autres voies (rappelées en 6.2.4).

Encadré 2

Le contrat unique proposé dans trois rapports

Blanchard et Tirole (2003), p. 11 (voir aussi p. 47) :

« D'où notre troisième recommandation : il est essentiel de retourner à un système unique, mais modulé de façon à faciliter l'entrée des jeunes sur le marché du travail et la réinsertion des chômeurs, sans créer les effets de seuil présents dans le système actuel. Ceci peut être fait en utilisant deux instruments. Le premier, qui existe déjà, est celui d'une période d'essai, pendant laquelle l'entreprise et le salarié peuvent terminer la relation de travail, sans droits ni devoirs. Le second est l'introduction d'une augmentation progressive des droits des licenciés et des devoirs des entreprises en fonction à la fois de l'ancienneté dans l'entreprise et de l'expérience récente du salarié sur le marché du travail. »

Camdessus (2004), p. 92 :

« Le groupe considère qu'une piste intéressante sur laquelle les partenaires sociaux devraient réfléchir est la création d'un contrat unique. Convenablement conçu, il permettrait de résoudre de fait la dualisation du marché du travail.

La forme précise de ce contrat est naturellement à débattre. Mais une idée peut être avancée : la suppression du CDD et la création d'un contrat unique à durée indéterminée dans lequel les droits relatifs à la protection d'emploi et à l'indemnisation se renforceraient

progressivement. Sans tenter ici de préciser les contours d'un tel contrat, on voit bien que les anciens cas de recours au CDD constitueraient des cas de motif réel et sérieux de rupture dans les premiers temps du contrat. Ainsi s'intégreraient sans heurts les embauches antérieurement opérées en CDD et cette nouvelle souplesse faciliterait l'insertion durable dans l'entreprise. Les procédures de licenciement connaîtraient une progressivité comparable, permettant à l'entreprise de gérer son personnel en fonction de ses besoins réels et non par des pratiques contestables de ruptures successives. En cas de rupture précoce, l'actuelle prime de précarité pourrait être majorée. »

Cahuc et Kramarz (2005), p. 145-146 :

« Le contrat unique est à durée indéterminée. Il n'y a donc plus d'embauche en contrat à durée déterminée, y compris dans les secteurs où existe la possibilité de "contrats déterminés d'usage". »

« Le contrat de travail unique que nous proposons a pour objet de sécuriser et d'homogénéiser les parcours professionnels en incitant les entreprises à tenir compte de la valeur sociale des emplois afin d'assurer un véritable droit au reclassement aux salariés. Dans cette perspective, le contrat de travail unique possède trois caractéristiques principales : (1) c'est un contrat à durée indéterminée ; (2) en cas de rupture du contrat, l'employeur paye une indemnité, versée au salarié, et une contribution de solidarité, versée, à l'instar de la « contribution Delalande », aux pouvoirs publics ; (3) la signature du contrat de travail offre l'assurance d'un accompagnement personnalisé et d'un revenu de remplacement en cas de perte d'emploi. »

Signalons tout d'abord que les propositions de contrat unique, et par exemple celles des trois rapports ici sollicités, n'évoquent pas le statut des agents du secteur public, dont

bénéficie en France plus d'un salarié sur quatre. Or la principale inégalité, de droit et de fait, est moins celle existant entre CDI et CDD du secteur privé que celle existant entre d'un côté le statut de la fonction publique et de nombreuses entreprises publiques, avec en particulier la sécurité quasi totale d'emploi, de l'autre la situation des travailleurs du secteur privé, qu'ils soient en CDI ou en CDD. Il nous semble pour le moins paradoxal d'avancer des propositions de réduction des écarts de statut entre CDI et CDD sans évoquer cet aspect, qui conduirait cependant à remettre totalement en cause le statut du personnel de la fonction publique, la difficulté politique de cela ayant sans doute rendu timorés les auteurs des trois rapports évoqués ci-dessus.

L'idée de contrat unique ne prend pas en compte des besoins spécifiques auxquels le CDD apporte une réponse : (i) ceux de l'employeur qui peut avoir besoin de salariés pour des durées spécifiques et spécifiées : activités saisonnières, remplacement de salariés absents pour des périodes connues (congés de maladie, de maternité...); (ii) ceux du salarié qui peut vouloir travailler sur une période donnée, avec une réelle protection sur cette période. À cet égard, le CDD d'usage que l'on entend supprimer correspond dans certaines activités, telles le sport professionnel, à une demande pressante des travailleurs eux-mêmes.

Le CDD correspond à la fois à un réel besoin des entreprises et dans certains cas à une attente des salariés. Pour autant, la précarité qu'il est susceptible de générer amène à ne pas encourager son recours, afin que ce dernier se rapproche le plus possible des situations où il répond à un réel besoin. Tel est au demeurant le sens de la directive européenne de 1999 qui met en œuvre un accord collectif CES-UNICE.

Le CDD sécurise davantage l'employeur contre le risque de judiciarisation à la fin du contrat. Cela ne doit pas pour autant justifier son recours pour des situations auxquelles il n'est pas censé répondre, car cela entraînerait un affaiblissement du rôle protecteur du droit social. Aussi, le principe actuel des durées maximales des CDD devrait être conservé, ce qui n'empêche pas une réflexion sur le niveau souhaitable de telles durées, notamment leur adaptation à différents types d'emplois, mais aussi sur le nombre de renouvellements.

Par ailleurs, le recours au CDD doit être découragé par un surcoût spécifique, bénéficiant à la fois au salarié et aux organismes de gestion des indemnisations du chômage :

- Concernant les salariés, la prime de précarité est une contrepartie souhaitable à la réduction de la contestation possible à la fin de son contrat à la seule hypothèse de requalification. Ici encore, le bon niveau de cette indemnité de précarité peut faire l'objet de discussion.
- Concernant les organismes de gestion des indemnisations du chômage, une taxe spécifique portant sur les emplois précaires (intérim et CDD) est souhaitable compte tenu de la disproportion actuelle entre le coût de l'indemnisation chômage des personnes ayant acquis leur droit dans des emplois précaires et les cotisations chômage prélevées sur l'emploi précaire. Cet aspect est développé plus loin.

6.2.2. Réduire la complexité et les incertitudes coûteuses de la judiciarisation des licenciements

Le risque de judiciarisation s'accroît avec le contrat unique. Hors période d'essai, qui s'oppose à l'obligation de motiver le licenciement ? Une telle motivation est d'ailleurs conforme aux engagements internationaux de la France, notamment⁸ à la convention n° 158 de l'OIT ratifiée par la France en 1989 (*cf.* encadré 3). Et si le licenciement est motivé, la contestation du motif est alors possible, et le risque de judiciarisation ne peut être écarté. Une discontinuité inévitable apparaît ici : au-delà d'une certaine ancienneté, la séparation doit être motivée pour un CDI, ce qui n'est par nature pas le cas pour un emploi précaire. Cette discontinuité ne peut disparaître ni être réduite.

Blanchard et Tirole⁹ font la proposition de ne pas laisser au juge la possibilité d'apprécier le réel caractère économique des licenciements faits sous ce motif (*cf.* encadré 4). Cette proposition est dangereuse car le motif économique pourrait être abusivement invoqué pour réduire le risque de contestation. Elle peut même se heurter au droit imprescriptible de tout citoyen de recourir au juge.

8. Mais pas seulement, *cf.* J. Barthélémy, G. Cette et P.-Y. Verkindt (2006), *op. cit.* ; (2007), *op. cit.*

9. Blanchard et Tirole (2003), *op. cit.*

Encadré 3

Extraits de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et les mauvais exemples du CNE et du CPE

L'article 4 de cette convention précise : « Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. » L'article 7 ajoute : « Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité. » L'article 8 ajoute : « Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre. » L'article 9.1a précise même : « La charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement tel que défini à l'article 4 de la présente convention devra incomber à l'employeur. »

Cette nécessité est illustrée par l'aventure du contrat nouvelle Embauche (CNE). Le CNE permettait aux entreprises de 20 salariés et moins le licenciement sans motivation les deux premières années suivant l'embauche. Instauré en 2005, il a été considéré par l'OIT en 2007 non conforme à la convention 158 de cette même organisation, convention ratifiée par la France en 1989¹⁰. Il a pour cette raison été abrogé en février 2008.

L'autre aventure du contrat première embauche (CPE), simultanée à celle du CNE, traduit, elle, les risques d'une non-prise en compte

10. Voir sur ce point le rapport du directeur général, OIT (2007).

des attentes des personnes concernées. Le CPE transposait le principe du CNE pour l'ensemble des entreprises du secteur privé, mais pour la seule population des moins de 26 ans. Instauré en janvier 2006, ce dispositif fut retiré définitivement en avril de la même année suite à une importante mobilisation de jeunes. Signalons d'ailleurs que, pour les mêmes raisons que le CNE, le CPE se serait probablement révélé en contradiction avec le droit international. Ces tentatives de réformes vouées à l'échec ont des effets désastreux. Elles décrédibilisent en effet, tant auprès des employeurs que des salariés et des organisations syndicales, le processus de réforme lui-même. Elles font par ailleurs perdre un temps précieux dans la mise en œuvre de ce processus.

« *L'abandon de la notion de licenciement économique* » ou tout du moins de son particularisme préconisé par Cahuc et Kramarz¹¹ est-il possible juridiquement et surtout souhaitable ? Le licenciement économique est le seul motif de licenciement qui ne met pas en cause la personne. C'est la raison pour laquelle il est inapproprié de le supprimer, notamment d'un point de vue « moral ». Mais conserver la notion de licenciement économique n'interdit pas d'en simplifier les procédures, en particulier dans les cas de licenciements collectifs, pour en réduire les coûts et incertitudes. Il n'est toutefois pas inutile de rappeler que la créativité en ce domaine est réduite du fait du droit communautaire. Cependant, l'ANI du 11 janvier 2013 a fait des propositions bienvenues de sécurisation juridique de PSE en cas de licenciements collectifs, ces propositions ayant été transcrites dans le Code du travail par la loi du 14 juin 2013 (*cf.* sur ce point la section 5 plus haut).

11. Cahuc et Kramarz (2005), *op. cit.*

La simplification des procédures juridiques de licenciement, sans doute souhaitable, diffère de la problématique du contrat unique. Cette simplification ne doit pas réduire les droits des salariés. Celle que nous avons avancée en section 5 répond à cette attente. Elle responsabilise de façon équilibrée les acteurs locaux en proposant que la gestion des conflits puisse échapper, grâce au recours à l'arbitrage, aux juridictions de droit commun, à condition d'être organisée par accord collectif majoritaire.

Pour autant, le droit actuel semble encourager une telle judiciarisation, du fait de l'asymétrie des risques. En première analyse, le salarié risque peu à engager une procédure tandis que l'entreprise risque d'être condamnée à indemniser le préjudice du licenciement sur le fondement de l'absence de motif réel et sérieux. Cette asymétrie n'est pas nécessairement inéquitable si l'on considère l'état de subordination du salarié. On ne saurait oublier que le licenciement est une décision unilatérale de l'employeur qui, comme toute décision économique, constitue une prise de risque. Par ailleurs, la subordination juridique inhérente à la relation de travail justifie amplement l'abandon de toute tentative de parallélisme juridique entre la situation dépendante du salarié et les pouvoirs de l'employeur.

Enfin, on ne saurait oublier que, lorsque le salarié agit, il est déjà hors de l'entreprise.

Même s'il est impensable d'écarter toute exigence pour licencier, d'autant plus en raison de la loyauté nécessaire dans les relations individuelles de travail, une autre formulation que la référence au motif « sérieux » pourrait prospérer dans la perspective d'une cohérence avec la responsabilité de l'employeur au plan économique, liée à la liberté d'entreprendre.

Les délais de prescription de l'action en justice méritent un examen critique. La limitation du risque pour l'employeur

devrait s'accompagner de l'obligation faite au salarié d'agir en justice dans des délais raisonnables. Le mouvement législatif va d'ailleurs dans le sens de leur réduction, la loi du 14 juin 2013 transcrivant dans le Code du travail les propositions de l'ANI du 11 janvier 2013 ayant réduit à deux années au lieu de cinq précédemment la plupart des délais de prescription. De tels délais de deux années paraissent encore longs, comparés à ceux qui existent dans d'autres pays. Cela étant, l'ordre public de protection, notamment dans le domaine de la santé, exige un délai de prescription long.

Une voie parfois évoquée pour une plus grande sécurisation juridique des licenciements est l'instauration de plafonds d'indemnisation. Cet aspect mérite une réflexion spécifique et, à cet égard, les dispositions introduites dans la loi Macron à l'occasion de son passage en seconde lecture à l'Assemblée nationale en juin 2015 nous paraissent juridiquement risquées, pour les raisons également développées dans cet encadré 5.

La justice est un droit fondamental de l'homme et c'est un principe de l'Union européenne. Le droit à la réparation, par le juge, du préjudice subi du fait de l'autre est donc inaliénable. Cela vaut bien évidemment pour le salarié victime d'un comportement de son employeur. Ce droit est dans le droit du travail exacerbé à la fois parce que le pouvoir de l'employeur dans l'entreprise est normatif, justifié par l'intérêt de l'entreprise, et parce que le contrat a comme objet l'homme, dont la dignité doit être respectée. C'est du reste la raison pour laquelle l'idée – au demeurant totalement inefficace techniquement – qu'en sortant de la convention 158 de l'OIT on peut écarter toute obligation pour l'employeur de motiver le licenciement est absurde. Notamment, l'obligation de justifier

le licenciement est inscrite aussi dans les textes de l'Union européenne ! En outre, une telle idée est choquante dès lors qu'au nom de l'efficacité économique, elle a pour finalité d'aller à l'encontre des évolutions de l'humanité, consacrée par l'affinage des droits de l'homme.

Cela étant, l'incertitude dans laquelle se trouve l'employeur d'évaluer *a priori* le montant des sommes qu'il devra au salarié dont il envisage de rompre le contrat est indiscutablement cause de frilosité dans le dynamisme entrepreneurial, ce qui nuit à l'efficacité économique donc à l'emploi. Le nier relève d'une approche purement idéologique. Au demeurant, comme cela a précédemment été développé, la longueur des procès, induite pour partie de cette incertitude et plus généralement de l'insécurité juridique née de l'inadéquation du droit social au contexte dans lequel il prospère ainsi que de la boulimie législative, se traduit par une atteinte aux droits fondamentaux, spécialement ceux issus de la Conv. EDH.

Voilà pourquoi il peut paraître pertinent de fixer – forfaitairement ou par un maximum – les dommages et intérêts liés à l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. On peut raisonnablement s'interroger sur la constitutionnalité d'une telle construction législative en raison du droit à réparation intégrale du préjudice subi. À cette interrogation légitime on peut toutefois opposer la nécessaire distinction entre l'absence de cause sérieuse, création du législateur et à ce titre pouvant peut-être faire l'objet d'un barème, et le licenciement abusif par lequel la réparation intégrale s'impose. Le droit de la faute inexcusable en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle dans lequel la réparation forfaitaire existe parce qu'on est sur le terrain de l'assurance peut servir à cet égard de

témoignage dès lors que la réparation intégrale du préjudice y subsiste néanmoins dans certaines circonstances.

Une telle distinction permettait du reste d'écarter la critique de stratégies de l'employeur fondées sur la mesure de la réalité du risque au regard des bénéfices de l'infraction, car le comportement abusif entraînerait, quoi qu'il en soit, la réparation intégrale du préjudice. Au demeurant, l'attitude de l'employeur exclusivement conditionnée par ce calcul atteste d'un abus de droit, au vu de sa définition en doctrine concrétisée par la fictivité de l'objet de la décision. En gros, si un employeur utilise un droit en étant respectueux de la lettre des textes mais que la finalité poursuivie est étrangère à son objet, il y a abus de droit. La distinction entre absence de cause sérieuse et abus de droit pourrait s'inscrire dans cette logique.

Encadré 4

La place du juge dans l'analyse des procédures de licenciement des trois rapports

Blanchard et Tirole (2003) :

p. 10 : « Le rôle du juge est alors de vérifier, si le salarié en fait la demande, qu'un licenciement pour raison économique n'a pas été transformé en licenciement pour faute ou pour démission. De même, il importe de vérifier que le licenciement ne soit pas motivé sur une discrimination basée sur la race, le sexe ou l'appartenance syndicale, que les délais de préavis aient été respectés, etc. Par contre, les juges ne doivent pas se substituer au jugement de l'entreprise dans sa gestion, car ils n'en ont ni la compétence ni en général l'information nécessaire, sans mentionner le manque de critères précis guidant leur intervention. Si l'entreprise reconnaît

l'acte de licenciement et est prête à en supporter les coûts, le rôle du juge doit alors être confiné à la vérification de la procédure. »

p. 36 : « Nous avons insisté sur le rôle des juges parce que nous pensons qu'ils ont un rôle nécessaire à jouer. Mais il est important de noter que, dans notre argumentation, ce rôle ne s'étend pas aux licenciements économiques. Dans ce cas, si l'entreprise est prête à payer les taxes et indemnités de licenciement, nous ne voyons pas le rôle que le processus judiciaire a à jouer. »

p. 47 : « Le licenciement économique doit, lui, donner droit aux allocations-chômage pour le ou les salariés licenciés, et au paiement de taxes et indemnités de licenciement par l'entreprise. Ces paiements responsabilisent l'entreprise face aux licenciements. Si, dans ces conditions, l'entreprise est prête à effectuer ces paiements, nous ne saisissons pas la logique sous-jacente à l'examen et à l'invalidation de cette décision par l'appareil judiciaire. On peut penser que le système en place à l'heure actuelle, qui permet aux juges de contester la décision de licenciement de l'entreprise, trouve sa justification dans l'absence de responsabilisation financière des entreprises. La solution nous paraît être de responsabiliser les entreprises, non de demander aux juges de contester la décision de l'entreprise. »

Camdessus (2004) :

p. 99-100 : « Il serait judicieux de bien cantonner juridiquement les deux types de dispositifs : d'une part la rupture de contrat, où la rupture abusive se résout en dommages et intérêts ; d'autre part les procédures collectives. Concrètement, il s'agirait de supprimer la spécificité relative au licenciement pour motif économique. Ainsi, un défaut, ou un déficit, dans le processus de consultation se traduira par une sanction pénale adaptée à la gravité de la faute commise par l'employeur, et s'agissant du contrat, seule donnerait lieu à sanction l'absence de motif réel et sérieux. »

Cahuc et Kramarz (2005) :

p. 155, sous l'intitulé de sous-partie « Garantie de reclassement et abandon de la notion de licenciement économique » : « Dans un contexte où l'employeur prend en compte la valeur sociale de l'emploi dans sa décision, paye pour que le salarié soit pris en charge efficacement par l'État aidé par des professionnels, le paiement de la contribution de solidarité et le respect de la procédure de licenciement devraient constituer des critères suffisants pour juger si un licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse. Ainsi, la logique introduite par le nouveau système simplifie naturellement la réglementation des licenciements dans la mesure où il n'est plus nécessaire de réserver un traitement particulier au licenciement économique. »

Encadré 5

Les plafonds d'indemnisation : une voie juridiquement risquée

L'idée selon laquelle il serait possible d'instaurer un plafond d'indemnisation pourrait paraître séduisante. Elle serait en première analyse un facteur de sécurité pour le salarié (qui connaîtrait ainsi par avance les sommes auxquelles il pourrait prétendre) et pour l'employeur (qui pourrait prévoir le coût potentiel d'une rupture et pourquoi pas provisionner les sommes correspondantes en comptabilité). Les dispositions ajoutées à la loi Macron à l'occasion de son passage en seconde lecture à l'Assemblée nationale en juin 2015 introduisent une barémisation des indemnités prononcées pour les licenciements dénués de cause réelle et sérieuse. Il convient d'analyser ces dispositions. Mais auparavant, deux questions se posent : la première est de savoir si ce dispositif n'existe pas déjà et la seconde est relative à la source d'une telle disposition.

1. La prévisibilité de l'indemnisation n'est pas inconnue du droit du travail

Il faut en effet distinguer selon que le licenciement est ou non fondé sur une cause réelle et sérieuse. Dans le premier cas, que la cause soit personnelle ou économique, la prévisibilité existe déjà puisque l'employeur sait qu'en licenciant un salarié pour un motif réel et sérieux, il sera tenu au versement d'une indemnité de licenciement dont le quantum est prévu par l'article L.1234-9 du Code du travail, d'une indemnité de congés payés (qu'il calculera aisément sur la base du salaire du salarié et du nombre de mois travaillés entre le 1^{er} juin précédent et le licenciement) et d'une indemnité compensatrice de préavis (dont la durée est calculée et donc parfaitement prévisible compte tenu de l'ancienneté du salarié). Ces indemnités légales peuvent être majorées par application des textes conventionnels applicables. Ce sont alors les montants ou les durées conventionnellement prévus qui seront applicables, mais l'employeur les connaît ou est supposé les connaître par la simple consultation des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise. La seule incertitude résulterait de l'invocation par l'employeur d'une faute grave ou d'une faute lourde, qui lui permettraient d'en refuser le paiement. En pareil cas, l'action du salarié en justice tendant à faire juger l'absence de faute grave ou lourde pourrait conduire à une décision condamnant l'employeur à payer les indemnités susvisées. Si indétermination du coût du licenciement il y avait dans une telle hypothèse, elle résulterait du choix de l'employeur de s'appuyer sur une faute qualifiée, à ses risques et périls en quelque sorte.

La visibilité de ce qui l'attend lorsqu'il prend le risque de rompre un contrat ou de dénoncer un accord est une exigence majeure pour le chef d'entreprise, donc pour satisfaire à l'intérêt général. On ne peut sans doute pas limiter le montant des sommes destinées à réparer un préjudice (à cet égard la comparaison avec le régime des

accidents du travail/maladies professionnelles [AT/MP] n'est pas convaincante car on est là sur le terrain de l'assurance). Le dispositif du projet de loi Macron, consistant à fournir aux juges un barème indicatif, est toutefois de nature à favoriser le règlement des litiges dès la conciliation.

2. Le droit d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi du fait du comportement fautif de l'employeur n'est pas négociable

Tout autre est la situation où le licenciement, acte unilatéral de l'employeur faut-il le rappeler, serait jugé non fondé. En ce cas, c'est le juge qui appréciera le montant de l'indemnisation. La question porte alors sur le fait de savoir si, d'une façon ou d'une autre, un plafond d'indemnisation peut être instauré soit par la voie conventionnelle, soit par l'effet d'une modification législative. Sur le premier point, il faut distinguer la source contractuelle et la source conventionnelle collective. Dans l'état actuel du droit du travail, la réponse est assurément négative s'agissant du contrat car le salarié ne saurait renoncer par avance à se prévaloir du droit du licenciement en application du Code du travail¹². Une clause de ce type serait nulle d'une nullité d'ordre public et réputée non écrite et la Cour de cassation l'a rappelé fermement dans trois décisions du 30 mars 2005¹³ (un salarié ne peut valablement renoncer pendant la durée du contrat par avance, au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement). Ce qu'un contrat ne peut faire, une convention collective ou un accord collectif pourraient-ils le faire ? La réponse est ici encore résolument négative dans la mesure où le droit du licenciement est d'ordre public strict. Un texte conventionnel pourrait évidemment améliorer la situation du salarié mais en aucune manière réduire les droits que celui-ci tire de la loi.

12. Code du travail, art. L.122-14-7.

13. RJS, 2005, n° 594.

Resterait alors l'hypothèse d'une modification législative étant précisé que cette modification porterait, non sur l'indemnisation du licenciement, mais sur l'indemnisation du préjudice résultant de l'absence de motif réel et sérieux ou, pour reprendre une terminologie plus ancienne, d'un abus du droit de rompre le contrat. Le droit à réparation du préjudice subi est un principe du droit de la responsabilité. Dès lors, sauf à interdire au salarié le droit de faire juger que le licenciement n'est pas fondé sur un motif réel et sérieux, ce qui n'est guère compatible avec le droit au juge internationalement protégé, on ne voit guère comment un salarié pourrait accepter par avance de ne pas saisir le juge pour obtenir une indemnisation consécutive à un licenciement fondé sur un motif illégitime.

Or l'existence d'un plafond d'indemnisation en cas de licenciement non fondé sur une cause réelle et sérieuse conduirait nécessairement à empêcher le salarié d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice. Cela reviendrait en quelque sorte à mettre en place législativement une sorte de franchise comme en matière de contrat d'assurance.

Faire prendre en charge cette indemnisation par un organisme public et mutualiser le coût des licenciements illégitimes ne change en rien le fait que le salarié garderait le droit de saisir le juge afin d'obtenir une indemnisation complémentaire liée au comportement de l'employeur. L'exemple de l'évolution de la jurisprudence en matière de réparation des accidents du travail est de ce point de vue très évocateur. L'instauration d'une indemnisation automatique et forfaitaire des pathologies professionnelles a conduit au développement des contentieux sur la reconnaissance de la faute inexcusable qui permet précisément de sortir des mécanismes de forfaitisation. Si le but est de déjudiciariser le licenciement, le résultat pourrait bien être totalement inverse de l'objectif recherché.

3. Les dispositions introduites en seconde lecture à la loi Macron

Des dispositions ajoutées à la loi Macron lors de sa seconde lecture à l'Assemblée nationale en juin 2015 visent à encadrer le montant des indemnités prononcées pour les licenciements dénués de cause réelle et sérieuse, par des barèmes diversifiés selon la taille de l'entreprise concernée. La mesure envisagée présente des risques juridiques. Tout d'abord, comme développé plus haut, la fixation forfaitaire (ou maximum) des indemnités allouées par le jugement peut poser un problème au regard du principe de réparation intégrale du préjudice. Il serait plus prudent, comme nous le proposons, de distinguer l'absence de cause sérieuse pour laquelle le forfait barémisé peut se concevoir et le licenciement abusif où resterait en vigueur la réparation intégrale du préjudice. Certaines diversités envisagées des barèmes présentent un autre risque juridique. La différence de plafond d'indemnisation liée à l'ancienneté peut se justifier, d'autant que c'est déjà le cas pour les indemnités, tant légales que conventionnelles, dues lorsque la rupture repose sur une cause sérieuse. Par contre, différencier, comme il est envisagé, les indemnités en fonction de la taille de l'entreprise est périlleux dès lors qu'il s'agit de dommages et intérêts. On cherchera en vain l'argument pour justifier que le préjudice subi par le salarié est moindre s'il travaille dans une TPE que dans une entreprise dont l'effectif est plus important. Cette réforme est donc, au total, à la fois timide au regard des enjeux et juridiquement risquée. Nous appelons à la fois à plus d'ambition et moins de prise de risque dans l'adaptation du Code du travail au besoin d'une meilleure conciliation entre protection des travailleurs et efficacité économique.

Cet encadré reprend des éléments de l'Annexe 1 de Barthélémy, Cette et Verkindt (2006), op. cit.

6.2.3. Internaliser en partie le coût social des licenciements

Les propositions du rapport Cahuc et Kramarz¹⁴ sont à cet égard les suivantes :

- Paiement d'une *indemnité de licenciement* croissante avec l'ancienneté, mais décroissante en pourcentage des salaires versés par l'entreprise depuis l'embauche du salarié. Ainsi calibrée, cette indemnité inciterait l'entreprise à stabiliser l'emploi et à garder des salariés plutôt qu'à en changer. Par exemple, toutes choses égales par ailleurs, l'indemnité serait au total nettement plus forte dans le cas de deux salariés se succédant et licenciés chacun au bout de deux ans que dans le cas d'un salarié licencié au bout de quatre ans.
- Paiement d'une *contribution de solidarité*, proportionnelle au salaire versé par l'entreprise depuis l'embauche du salarié. Cette contribution est légitimée par la disproportion actuelle entre le coût de l'indemnisation chômage des personnes ayant acquis leur droit dans des emplois précaires et les cotisations chômage prélevées sur l'emploi précaire. Elle vise à internaliser le coût social du licenciement, en contribuant : (i) à financer la prise en charge du reclassement du salarié, si l'activité de reclassement est assurée par des tiers professionnels et non par l'entreprise qui licencie. Si l'entreprise prend la charge de ce reclassement, bien entendu cette part de la contribution de solidarité ne serait pas due ; (ii) à financer le coût des prestations chômage.

14. Cahuc et Kramarz (2005), *op. cit.*

Le rapport de Blanchard et Tirole¹⁵ préconise aussi d'associer taxes de licenciement, visant à responsabiliser les entreprises aux coûts sociaux de leurs licenciements, et indemnités de licenciement dédommageant des coûts individuels et par exemple psychologiques. Camdessus¹⁶ propose une responsabilisation de l'entreprise *via* l'instauration d'un système de bonus-malus sur les cotisations sociales selon l'historique de chaque entreprise dans sa gestion de l'emploi, un peu à la manière de ce qui existe aux États-Unis de façon variée selon les États.

L'ANI du 11 janvier 2013 s'est invité dans ce débat en proposant de majorer les taux de cotisations chômage employeurs sur les CDD de moins de trois mois, cette majoration étant même rendue plus importante sur les CDD de moins d'un mois. L'ANI a également proposé d'annuler durant trois mois le taux de cotisations chômage employeurs sur les jeunes de moins de 25 ans embauchés en CDI. Ces deux dispositions,

15. Par exemple : « Les taxes de licenciement représentent pour nous l'instrument essentiel de responsabilisation financière des entreprises. Nous ne sommes pas cependant en faveur de l'élimination des indemnités de licenciement qui peuvent, au moins partiellement, compenser les coûts psychologiques de la perte de l'emploi (par opposition au coût du chômage lui-même). Comme ces coûts psychologiques sont en général faibles pour les salariés avec peu d'ancienneté, ceci suggère un barème d'indemnités augmentant avec l'ancienneté. Dans cette optique, le barème légal actuel paraît raisonnable », Blanchard et Tirole (2003), *op. cit.*, p. 46.

16. « Un système de bonus-malus sur les cotisations sociales payées par l'entreprise tenant compte du nombre d'embauches et de licenciements au cours de l'année pourrait être instauré. L'idée est d'inciter à l'embauche, et de "désinciter" les licenciements, en adoptant une approche économique *i.e.* plus rapidement et plus sûrement que par la voie judiciaire. En effet, à l'heure actuelle, les contributions des entreprises à la caisse d'assurance chômage sont basées sur la masse salariale, et sont donc indépendantes du comportement des entreprises en matière de licenciement. L'entreprise ne tient donc pas compte lorsqu'elle licencie du coût de ce licenciement pour la collectivité. Pour inciter l'entreprise à la prendre en compte, un dispositif financier convenablement calibré a tout son sens », Camdessus (2004), *op. cit.*, p. 98.

reprises dans la loi du 14 juin 2013, ont pour finalité explicite de réduire la dualité sur le marché du travail. Elles permettront de sécuriser davantage les parcours professionnels en désincitant financièrement les licenciements hâtifs.

Si l'on peut se féliciter d'avancées récentes qui vont contribuer à dissuader le recours abusif aux CDD, il semble préférable, comme indiqué dans la Partie 2, de mobiliser les acteurs de l'activité économique sur cet aspect. À cette fin, notre proposition¹⁷ est : (i) de taxer davantage, par une majoration de la contribution de solidarité évoquée ci-dessus pour les CDI, le recours à l'emploi précaire ; (ii) d'abaisser cette majoration quand le recours à l'emploi précaire est encadré par accord collectif. Cette disposition responsabiliserait les partenaires sociaux sur la question de l'emploi précaire en les amenant à discuter des besoins de l'entreprise et des attentes des salariés et, ce faisant, dynamiserait la négociation collective et favoriserait le développement du droit conventionnel.

Une autre suggestion pertinente est celle avancée par Coquet et Sylvain¹⁸ et Coquet¹⁹. Elle consiste à préconiser que le taux de cotisations chômage employeurs soit pour chaque salarié dégressif avec son ancienneté dans l'entreprise.

Ces propositions nous paraissent pertinentes. Elles permettent de sécuriser davantage les parcours professionnels en désincitant financièrement les licenciements rapides et le recours trop fréquent à des emplois facteurs de précarité. Il va de soi que des dispositions conventionnelles pourraient

17. Cf. Barthélémy et Cette (2013), *op. cit.*

18. B. Coquet et A. Sylvain (2007), « L'indemnisation du chômage : éléments pour une réforme », *Sociétal*, n° 55.

19. B. Coquet (2011), *L'Assurance-Chômage et le Marché du travail contemporain*, thèse de doctorat, université d'Aix-Marseille.

majorer les primes de licenciement prévues par la réglementation. Dans la logique de nos propositions, deux précisions supplémentaires sont à apporter concernant les CDD :

- La prime de précarité versée en fin de contrat se substitue à l'indemnité de licenciement. Son calibrage devrait être financièrement plus avantageux pour les salariés, pour les raisons qui viennent d'être évoquées.
- Concernant la contribution de solidarité, il serait préjudiciable à l'efficacité économique de limiter par un tel surcoût le recours aux emplois précaires de façon uniforme pour toutes les activités économiques. Il n'est pas souhaitable que la réglementation fixe les bons et mauvais recours à l'emploi précaire. Dans notre approche, il faudrait que cette majoration soit atténuée dans le cas où le recours à l'emploi précaire serait encadré par un accord collectif majoritaire. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue dans cette analyse que les indemnités de mise à la retraite sont également fonction de l'ancienneté et que leur montant légal est identique à celui de l'indemnité légale de licenciement.

6.2.4. Quelques remarques conclusives

Le reclassement des salariés licenciés est une préoccupation majeure, qui doit être financée par la solidarité quelle que soit la dimension de l'entreprise. Les efforts de reclassement et les plans de sauvegarde de l'emploi ne doivent plus être une obligation pour les entreprises, souvent non préparées et qualifiées pour cela, et dont les services du personnel sont souvent déjà mobilisés pour préparer et mettre en œuvre les réorganisations internes associées aux licenciements. Pour autant, la contribution de solidarité devrait être réduite par décision des services de l'emploi

dans les cas d'entreprises développant un réel effort de reclassement. Dans les autres cas, elle financerait ces efforts de reclassement qui seraient assurés par des professionnels. Rappelons ici que l'employeur est tenu (du fait des articles L.6321-1 et 2 du Code du travail) de tout mettre en œuvre pour maintenir l'employabilité de chaque salarié, cette obligation étant similaire à celle lui incombant en matière de santé et de sécurité.

Les trois rapports évoqués préconisent l'instauration d'un contrat unique se substituant à la juxtaposition actuelle des CDD et des CDI. Le principal risque est que cette réforme soit perçue comme LA réforme du droit du travail français.

La question qui se pose semble plutôt être : concernant le marché du travail, quelles sont les priorités ? Les dénonciations d'un droit réglementaire trop complexe, contraignant et homogène sont fréquentes. Ce droit a sans doute assez peu bridé la croissance dans les années 1960 et 1970. Il a pu être adapté à l'absorption de certains chocs importants, comme par exemple des chocs de population active. Mais, outre que sa rigidité et sa complexité ont été augmentées depuis, il paraît davantage inhibant aujourd'hui, compte tenu des conditions de production actuelles et des chocs que nous connaissons de nos jours. En particulier, il est sans doute peu adapté à celui constitué par l'émergence des technologies de l'information et de la communication, dont la mobilisation pleine et entière des performances productives appelle des formes de flexibilité particulières. La complexité du droit réglementaire est par ailleurs souvent évoquée comme source d'inégalités puisque, comme indiqué par Cahuc et Kramarz²⁰, elle pénalise les

20. Cahuc et Kramarz ([2005], *op. cit.*, p. 135) indiquent ainsi : « Nous venons de souligner que la réglementation française de la protection de l'emploi est, à plusieurs égards, particulière. Malheureusement, cette particularité est considérée par beaucoup comme une faiblesse de notre appareil réglementaire

moins bien lotis. Elle est aussi facteur d'ineffectivité de la loi que l'on ne comprend plus.

La seule réforme ambitieuse est celle qui vise à abandonner un droit du travail prioritairement d'essence réglementaire, celui dans lequel le projet de contrat unique reste enfermé. La priorité est la contraction du droit réglementaire et, simultanément, le développement du droit conventionnel, pour favoriser une flexibilité négociée, gérée par les partenaires sociaux. C'est la voie détaillée dans les sections précédentes de ce rapport. Ceci d'autant que la suppression du CDD ne réglerait pas, comme il est parfois dit, la question de la précarité qui serait alors appréhendée autrement.

6.3. *Le Smic et la lutte contre la pauvreté*²¹

Il existe une vaste littérature en économie du travail sur les avantages et les inconvénients d'un salaire minimum (SM). Il en ressort que l'existence d'un SM renforce le pouvoir de négociation des salariés en bas de la hiérarchie salariale, en

qui est excessivement complexe et difficile à appliquer. Cette complexité aboutit à un contournement systématique du droit, à l'origine de profondes inégalités de traitement qui défavorisent les moins bien lotis. Cette réglementation conduit à limiter les possibilités d'anticipation des restructurations ainsi qu'à limiter la participation des représentants de salariés. » Nous partageons pleinement ces constats, quoiqu'ils nous amènent logiquement à écarter la proposition de contrat unique, qui prolonge une approche réglementaire, pour préconiser plutôt une gestion de la réduction de la complexité par les partenaires sociaux eux-mêmes, comme indiqué plus loin.

21. Sur le Smic, cf. P. Cahuc, G. Cette et A. Zylberberg (2008), *Salaire minimum et bas revenus*, rapport du CAE, n° 79. Voir aussi les différents rapports de la Commission sur le salaire minimum, ainsi que G. Cette et E. Wasmer (2012), *Les Enjeux des changements de règles de revalorisation automatique du Smic*, LIEPP, document de travail n° 5. On reprend ici des éléments de ces différents travaux.

particulier de ceux qui en sont particulièrement dénués, et peut permettre de réduire les inégalités entre salariés. Le salaire minimum n'est pas en soi source d'inefficacité économique. Il peut inciter les entreprises à accroître le degré de qualification et donc la productivité de leurs employés. Certains travaux montrent qu'une augmentation du salaire minimum permet dans certains cas de stimuler la demande globale et par conséquent l'emploi et l'activité économique. Ces raisons expliquent que la plupart des pays industrialisés sont dotés d'un salaire minimum légal²².

Mais un SM trop élevé peut avoir des effets préjudiciables sur l'emploi des personnes les moins qualifiées, en réduisant la demande de travail les concernant, et de ce fait augmenter les inégalités de revenus. Par ailleurs, l'existence d'un SM national vide une partie du champ potentiel de négociation collective entre les partenaires sociaux, surtout bien sûr si ce SM est élevé. C'est en partie pour cette raison qu'un SM national n'existe pas dans plusieurs pays nordiques et scandinaves (*cf. supra*), les partenaires sociaux (y compris syndicats de salariés) de ces pays étant réticents à l'instauration d'un tel dispositif qui réduirait leur rôle.

Comparé aux SM existant dans d'autres pays, le Smic se singularise par différentes caractéristiques (6.3.1). Il paraît peu efficace pour la lutte contre les inégalités, qui pourrait être mieux servie par d'autres dispositifs (6.3.2.). Ces considérations suggèrent diverses voies de réforme (6.3.3.).

22. Un salaire minimum national existe ainsi actuellement dans 15 des 19 pays de la zone euro (les 4 pays qui n'en sont pas dotés sont l'Autriche, Chypre, la Finlande et l'Italie), dans 22 des 28 membres de l'Union européenne (les 2 pays qui n'en sont pas dotés sont – en sus des 4 pays précédents – le Danemark et la Suède), dans 26 des 34 pays de l'OCDE (les 8 pays qui n'en sont pas dotés sont l'Autriche, le Danemark, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Norvège, la Suède et la Suisse).

6.3.1. Quelques caractéristiques du Smic

Parmi les différents éléments de diagnostic, nous rappelons ci-dessous quelques caractéristiques.

Dans la plupart des pays, le niveau du SM est fixé par le gouvernement sur la base de négociations avec les partenaires sociaux. En outre, la loi n'y exige que dans de rares cas une revalorisation minimale annuelle et, quand c'est le cas, cette revalorisation minimale correspond seulement à l'inflation. Parmi tous les pays industrialisés où existe un SM, la France est celui dans lequel la revalorisation minimale de ce SM est la plus réglementée et encadrée. Cette revalorisation minimale ajoute à l'inflation la moitié de l'augmentation du pouvoir d'achat d'un salaire de référence.

En conséquence de ce qui précède, le rôle des partenaires sociaux est assez faible en France concernant la revalorisation du SM. Les hausses automatiques du Smic ont l'inconvénient de réduire l'espace de la négociation collective de branche et d'entreprise et d'affaiblir les logiques d'incitation salariale développées dans les branches ou les entreprises. En effet, le Smic a un rôle normatif considérable dans l'évolution des minima de branches et en conséquence dans les salaires versés par les entreprises. Or le présent rapport a montré plus haut qu'un meilleur fonctionnement du marché du travail appelle un renforcement du rôle de la négociation collective.

Contrairement au Smig auquel il a succédé en 1970, le Smic est le même sur tout le territoire français, alors que les prix sont très différents d'une région à une autre. Cette homogénéité géographique est source de fortes inégalités : le niveau de vie auquel peut prétendre un salarié au Smic n'est évidemment pas le même en région parisienne que dans d'autres régions.

Le niveau du Smic est le même quel que soit l'âge des salariés. D'autres pays ont fait le choix d'un salaire minimum plus faible pour les jeunes, pour faciliter leur insertion sur le marché du travail. Dans ces pays, comme par exemple les Pays-Bas ou le Royaume-Uni, le taux d'emploi des jeunes est nettement plus élevé que celui observé en France.

La France fait partie des pays où le rapport du salaire minimum au salaire médian est le plus élevé. Les hausses du Smic ont, depuis sa création, été nettement plus fortes que l'augmentation moyenne des salaires, ce qui a nourri chez de nombreux salariés le sentiment d'être « rattrapés » par le bas. Enfin, la proximité au Smic des salaires ouvriers entraîne un effet de « circularité » des mécanismes de revalorisation : les hausses de Smic se répercutent rapidement sur ces salaires dont la croissance alimente à leur retour la hausse du salaire minimum et freine le desserrement des grilles.

De nombreux travaux nous enseignent qu'une hausse du coût du travail au niveau du Smic s'accompagne à moyen long terme, compte tenu de ce niveau relatif élevé, d'une baisse de l'emploi salarié²³. Dans une économie ouverte comme celle de la France, l'effet favorable sur la demande globale d'une hausse des salaires est très rapidement dépassé par l'impact négatif du renchérissement du coût du travail sur la demande de travail peu qualifié. Les premiers touchés sont les jeunes et les travailleurs peu qualifiés. Les effets se concentrent dans les petites et moyennes entreprises qui se trouvent aujourd'hui dans une situation économique et financière particulièrement fragile.

23. Une hausse de 1 % du Smic conduirait à la perte de 1,5 % des emplois rémunérés à ce niveau, soit environ 20 000, d'après F. Kramarz, T. Philippon (2001), « The impact of differential payroll tax subsidies on minimum wage employment », *Journal of Public Economics*, 82, p. 115-146.

Certes, les effets préjudiciables à l'emploi et à la compétitivité d'un Smic élevé sont au moins en partie neutralisés par d'importants allègements de cotisations sociales, qui ont été maintenus ou amplifiés par tous les gouvernements successifs, de gauche comme de droite, depuis le début des années 1990. Le coût de ces allègements (environ 22 milliards d'euros, hors CICE de 20 milliards d'euros et hors pacte de responsabilité, qui ajoute encore 10 milliards d'euros) est très élevé. Mais les ressources dépensées dans ces allègements et leur augmentation limitent de fait les ressources disponibles pour mener des politiques de revenus ciblées et efficaces pour lutter contre la pauvreté, *via* par exemple le RSA (devenu prime d'activité en 2015) qui tient compte du revenu et des situations familiales.

Les salariés au Smic, et plus largement les actifs les moins qualifiés, bénéficient moins que les autres de formations qualifiantes et demeurent trop souvent durablement au Smic, sans perspective d'évolution salariale. Pour un salarié au Smic, la situation est évidemment différente si de réelles perspectives salariales sont ouvertes ou si la seule perspective visible est de demeurer « smicard »... Or les perspectives salariales des salariés au Smic sont très souvent de demeurer dans cette situation ce qui est contraire à la mobilité sociale et au dynamisme économique.

6.3.2. Le Smic et la lutte contre la pauvreté et les inégalités

Le Smic ne peut être l'instrument central d'une politique de lutte contre la pauvreté pour au moins deux raisons :

- D'abord, comme cela a été montré par de nombreuses études, le Smic n'est pas particulièrement ciblé sur les

salariés les plus en difficulté du fait de la nature de leur emploi ou des charges de famille qui sont les leurs. Les effets monétaires sont par ailleurs très dilués. Une hausse du Smic ne contribue dans la plupart des cas, après ajustement des prélèvements dont certains sont progressifs et des transferts dont certains sont dégressifs, que très modestement à augmenter le revenu disponible des salariés au Smic. Cette contribution est même nulle dans les cas d'une personne seule travaillant à mi-temps ou d'un couple monoactif à temps complet avec deux enfants.

- Ensuite, comme indiqué plus haut, un SM élevé a des conséquences négatives sur l'emploi des personnes les plus vulnérables sur le marché du travail. En constituant un obstacle à l'amélioration du revenu des personnes qui ne parviennent pas à trouver un emploi ou à augmenter leur nombre d'heures de travail, le Smic se retourne en réalité contre ceux qu'il est censé protéger.

L'analyse économique montre qu'une politique de redistribution assise sur des mesures fiscales ou de prestations sociales est nettement plus efficace pour lutter contre la pauvreté que le SM. Les revenus primaires des salariés au Smic horaire sont d'une très grande hétérogénéité en fonction du nombre d'heures travaillées dans l'année et de la configuration familiale. Les prestations liées au travail permettent de redistribuer des ressources de façon mieux ciblée sur les familles à bas revenus. Avec la prime pour l'emploi (PPE) et le revenu de solidarité active (RSA), ou la prime d'activité qui se substitue à ces deux dispositifs, la France s'est dotée d'instruments efficaces pour lutter contre la pauvreté au travail sans peser sur le coût du travail et l'emploi. Ces dispositifs contribuent à soutenir de manière

très significative le pouvoir d'achat des travailleurs modestes, mais aussi des personnes sans emploi à faible revenu.

En conséquence des particularités du Smic, les inégalités salariales sont en France plus faibles que dans d'autres pays, et elles se sont réduites sur les dernières années alors qu'elles ont souvent augmenté dans d'autres pays. Mais, simultanément, les inégalités de revenu sont en France plus élevées que dans de nombreux autres pays, cette situation étant en partie liée à un taux de chômage structurellement plus élevé, cette situation étant elle-même influencée par le Smic. En d'autres termes, la forte dynamique du Smic sur les dernières décennies a réduit les inégalités entre les personnes bénéficiant d'un emploi, mais a sans doute contribué à élever les inégalités globales de revenu.

6.3.3. La réforme du Smic²⁴

Compte tenu des éléments d'analyse qui précèdent, les axes de réforme suivants nous paraissent souhaitables :

- Rendre possible la dérogation au Smic, mais seulement par concertation de branche étendue. Cela permettrait aux partenaires sociaux d'adopter des solutions en harmonie avec la situation de la branche s'agissant de certaines catégories, telles que, bien sûr, les jeunes.
- À court terme, un gel au moins partiel du Smic, similaire à celui pratiqué sur plusieurs années sur les pensions ou le traitement des agents de la fonction publique, serait souhaitable.
- À moyen terme, une réforme ambitieuse du Smic doit être envisagée. Cette réforme ne doit exclure *a priori* aucun

24. Ces orientations de réforme reprennent des préconisations des travaux évoqués plus haut ainsi que de P. Aghion, G. Cette et E. Cohen (2014), *op. cit.*

- aspect : révision de fond de la règle de revalorisation automatique, régionalisation, différenciation selon l'âge... Les seuls critères à prendre en compte doivent être ceux de la lutte contre la pauvreté et des impacts économiques, en particulier sur la compétitivité et l'emploi. Les pratiques observées à l'étranger, par exemple dans les pays où les inégalités sont moins importantes qu'en France, doivent être mobilisées dans cette réflexion. Enfin, le rôle du groupe d'experts sur le Smic constitué en 2009 doit sans doute être élargi afin d'aider à la désidéologisation et à la dépolitisation du sujet.
- Une réforme ambitieuse de la formation professionnelle doit apporter des réponses concernant la formation des salariés au Smic et plus globalement des actifs les moins qualifiés. Au-delà, la négociation annuelle obligatoire devrait, dans chaque entreprise, inclure un volet spécifique concernant les salariés les moins qualifiés. Ce volet comporterait des dimensions salariales et de formation professionnelle. Tout en ouvrant des perspectives aux salariés les plus modestes, cette approche serait favorable à la compétitivité.
 - Le gel puis une progression plus ralentie du Smic durant au moins quelques années permettraient, par élargissement de l'éventail des salaires qui en serait la conséquence, de réduire le coût des allègements de contributions sociales. Cette réduction devrait être intégralement mobilisée pour amplifier les dispositifs plus adaptés pour lutter contre la pauvreté, dont la pauvreté des enfants, comme la prime d'activité qui remplace le RSA et la PPE.

Remarques conclusives

Maintenir le droit du travail tel qu'il est ne peut que compromettre l'efficacité économique, donc indirectement nuire à l'emploi, dans la mesure où son architecture, conçue pour la civilisation de l'usine, est en total décalage avec les fonctions et les modes d'organisation du travail qui naissent des progrès des TIC. Et cela sans bénéfice aucun pour la protection des travailleurs, cette inadéquation fondamentale se traduisant par une grande insécurité juridique et, par voie de conséquence, par une judiciarisation excessive.

L'instrument majeur de la révolution du droit social ne peut qu'être le développement du tissu conventionnel : il est la seule source de droit capable de concilier efficacité économique et protection du travailleur grâce à l'adaptation des normes à chaque contexte et à la gestion préventive du risque par le contrat. Il faut donc maximiser son autonomie à l'égard du tissu législatif et réglementaire, hormis ce qui relève de l'ordre public, au nom de l'intérêt général. Il faut aussi développer le pouvoir décisionnel de l'accord d'entreprise dans les rapports entre accords de niveaux différents, sous réserve de ce

que pourrait être l'ordre public professionnel tiré de l'identité de la branche en matière d'activité et de la solidité de la collectivité du personnel, dans les limites de ce qui ressort de la qualification d'élément substantiel absolu du contrat de travail.

Les modifications à apporter à la loi pour y parvenir peuvent naître d'accords interprofessionnels initiés dans le cadre de l'article L.1 du Code du travail. Mais le manque d'ambition de la négociation interprofessionnelle après l'accord du 11 janvier 2013 oblige les pouvoirs publics à reprendre l'initiative à partir de simples consultations des partenaires sociaux. Cependant, une véritable et efficace démarche de réforme suppose – pour le futur – une discipline du législateur pour qu'il limite son ambition à fixer les principes en vertu de l'article 34 de la Constitution, l'excédent étant par nature du domaine du contrat, donc de l'accord collectif. Elle exige aussi un fort développement du taux de syndicalisation qui doit être incité par différentes voies. Elle suppose également que soient imposées et rendues substantielles les règles de conduite de la négociation pour optimiser les chances de conclure et, de surcroît, de déboucher sur un texte de qualité. Les organisations syndicales de salariés et d'employeurs doivent être mises en situation d'acquérir un degré de compétence nettement plus élevé, de sorte que la loi commune des parties ne soit pas contestable. Cette exigence est encore plus indispensable si, ce qui est souhaitable au vu de l'exigence de conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur au bénéfice de l'emploi, l'ordre public social ou relatif, c'est-à-dire la règle de l'avantage le plus favorable, voit son rôle réduit.

Cette profonde transformation doit partir du constat que, contrairement à une idée reçue, le volume excessif du droit légal – que nous connaissons – n'est pas le garant d'un niveau

élevé de protection du travailleur dès lors qu'il conduit à l'ineffectivité de la loi et à son inintelligibilité (au mépris au demeurant d'une exigence constitutionnelle). L'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » relève du vœu pieux, d'autant qu'aucun universitaire, si brillant soit-il, ne peut assurer qu'il domine plus de la moitié du Code du travail ! De ce fait, l'employeur et les délégués du personnel – qui sont les premiers utilisateurs de ce droit et qui n'ont pas à être des juristes – font appel au droit pour mettre en forme des décisions arrêtées sans son concours et pour dénouer des situations litigieuses. Cela va à l'encontre de l'harmonie entre les hommes qui s'impose dans une société comme celle de l'entreprise, ceci au nom de leurs droits fondamentaux.

Voilà pourquoi l'un des nœuds gordiens de la réforme est la construction d'un nouvel arsenal judiciaire fondé : (i) sur l'introduction de l'échevinage dans l'institution prud'homale où la phase de conciliation doit être rendue plus efficace (la loi Macron est, à cet égard, une avancée modeste dans cette direction) ; (ii) sur le recours possible à l'arbitrage.

Dans la perspective d'optimiser le nouveau droit social au vu du contexte dans lequel il prospère en raison des progrès des TIC, un effort important doit également être fait pour valoriser les garanties sociales. Ici, l'avantage du salarié ne vient pas d'un versement direct de l'employeur mais d'un droit de tirage social sur un pot commun alimenté par des contributions émanant de toutes les entreprises. De ce fait, les garanties sociales sont un instrument au service des droits fondamentaux et des libertés individuelles du travailleur. Par exemple, une politique fondée sur le développement des garanties sociales facilite la mobilité, l'employabilité et l'emploi grâce à la portabilité des droits. Plus fondamentalement, elle permet de concrétiser la

flexicurité, afin de concilier économique et social. En outre, c'est une voie royale pour privilégier les sanctions positives des comportements vertueux (par des primes, des baisses de charges, etc.) au détriment des sanctions négatives des comportements déviants (sanctions pénales, dommages et intérêts), ce qui est facteur de dynamisme. Enfin, les garanties sociales favorisent le développement de la négociation collective, les sujets traités étant moins conflictuels et le paritarisme étant un instrument du dialogue social.

Les critiques selon lesquelles le droit de la concurrence pourrait être menacé sont infondées : un accord collectif ne matérialise jamais une entente entre entreprises en raison de sa nature d'accord entre partenaires sociaux et de son objet (l'amélioration des conditions de travail). En outre, un objectif de solidarité (principe de l'Union européenne) écarte tout soupçon de position dominante abusive de l'organisme gestionnaire qui met en œuvre, du fait de cette solidarité, une mission d'intérêt économique général. La critique d'atteinte à la liberté contractuelle est bien réelle mais ceci vaut pour toute convention collective de branche qui contraint l'employeur ; elle est écartée dès lors que l'intérêt de la collectivité de travail confère un but légitime à cette atteinte, de ce fait proportionnée.

Il n'y aura refondation du droit social que si sont menées de front toutes ces réformes. À défaut, ce serait la désillusion car le législateur qui aura initié telle ou telle mesure en croyant qu'elle bouleversera la matière sera dans l'incapacité de modifier en profondeur la vie dans l'entreprise. Les exemples sont nombreux de textes ayant conduit à l'autosatisfaction de leurs auteurs et qui, passés au marbre de leur déclinaison dans la gestion de l'entreprise et surtout de l'analyse critique des juges, n'ont pu se traduire par les effets escomptés.

Pire, l'analyse des dispositifs législatifs conduit à des stratégies infondées mais qui néanmoins créent du droit, un droit inadapté de ce fait au contexte, ce qui entraîne des conséquences fâcheuses. Pire encore : quelle que soit la réalité, au plan juridique, de tel ou tel dispositif, ses effets sont annihilés si employeurs et salariés en appréhendent différemment le sens. Ainsi est fortement présente dans les PME l'idée que l'employeur ne peut pas licencier sauf pour faute grave et pour cause économique ou encore qu'il ne peut fixer un horaire collectif supérieur à 35 heures. Bien que cela soit totalement faux, cela conditionne des stratégies pouvant être périlleuses, comme par exemple le recours abusif au CDD.

Il faut partir de la double idée que l'économie est au service de l'Homme et pas l'inverse, et que le travail est vecteur d'épanouissement de la personne, ce qui permet de faire de l'amélioration de la qualité de vie au travail un investissement pour l'entreprise susceptible d'améliorer ses résultats économiques.

Enfin, rappelons-le à nouveau, l'approche dérogatoire – voie permettant d'élever à la fois la protection des travailleurs et l'efficacité économique – n'est qu'une première étape. L'étape suivante est celle de la supplétivité : les normes seront alors celles du droit conventionnel, celles du droit réglementaire ne s'imposant que de façon supplétive. Comme cela a été développé dans le corps du rapport, il va de soi que, dans ces deux étapes, le droit conventionnel ne peut remettre en cause le droit supranational, les principes et plus généralement l'ordre public absolu.

Il nous reste à espérer que le décideur public prendra conscience de l'urgence de la situation et de la nécessité d'une réforme très ambitieuse du droit social.

Postface

de Thierry Pech
directeur général de Terra Nova

Les propositions de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette ne cherchent pas seulement à répondre à des difficultés économiques et sociales, qui sont nombreuses et suffiraient amplement à les justifier. Elles tracent plus fondamentalement le chemin d'un nécessaire changement de culture politique et juridique. C'est de ce point de vue que leurs réflexions apportent une contribution décisive au renouveau des idées progressistes et c'est en ce sens qu'elles doivent être défendues.

Il est urgent en effet de sortir nos relations sociales de l'enfance dans laquelle les aura trop longtemps tenues la combinaison d'une tradition politique jacobine et d'une culture du conflit hantée d'espérances révolutionnaires.

La première succombe sous nos yeux, ensevelie sous une accumulation de lois et de règlements qui n'atteignent plus leurs cibles, ni en termes d'efficacité économique ni en termes de protection des salariés. Monumental et gravé dans le marbre des lois, notre droit social est un « faux dur ».

La seconde s'est peu à peu éloignée de nous avec le déclin du communisme et le recul d'un syndicalisme de simple protestation. Loin des tribunes parisiennes et des plateaux de télévision, des postures et des jeux de rôle, les salariés et leurs représentants ne rêvent pas de rompre avec le capitalisme et l'économie de marché. Ils s'inquiètent certainement – et à bon droit – de l'emprise d'une finance court-termiste sur le destin des outils productifs, mais ils s'inquiètent tout autant, voire davantage de leurs conditions de travail, du développement de leur entreprise, de ses investissements et de la pérennité de leurs emplois. Ils savent que, si l'entreprise reste traversée d'intérêts concurrents, il est difficile de dissocier son destin de celui du collectif qu'elle abrite.

Toutefois, si ce cocktail de jacobinisme et de radicalisme a perduré aussi longtemps dans notre pays, c'est parce que, en dépit de ses lourdeurs et de ses nombreuses défaillances, il pouvait apporter quelques réponses aux attentes et aux représentations d'une société de type industriel qui fabriquait de larges communautés de conditions et nourrissait d'intenses conflits collectifs, tout en assurant les conditions du plein-emploi. Il y a déjà longtemps que ce modèle de société a périclité. Mais le glacis réglementaire engendré par l'étrange association du culte de la loi et du culte de la rupture a, lui, survécu et même poursuivi sa course. Et il s'avère désormais particulièrement inapproprié aux conditions économiques et sociales du *xxi*^e siècle. En pratique, non seulement il n'est pas efficace d'un point de vue économique, mais il protège mal les plus modestes. Il tend même à accroître les inégalités entre celles et ceux qui sont intégrés dans l'emploi, d'une part, et la masse croissante des populations précaires ou exclues de l'emploi, de l'autre.

C'est donc un autre pari qu'il faut faire à présent, nous disent Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, si nous voulons redonner au droit social sa force protectrice et sa pertinence économique. Il ne s'agit pas simplement de détruire l'existant, comme le suggère une certaine vulgate libérale dont le programme s'apparente à une perpétuelle sinécure : supprimer, réduire, couper, alléger... Il s'agit de donner aux acteurs de la négociation – que ce soit à l'échelle nationale, à l'échelle des branches ou à l'échelle de l'entreprise – la possibilité de déroger aux lois et règlements actuels pour construire des normes plus adaptées aux situations réelles et des compromis sociaux plus inclusifs. Bien sûr, cette liberté de déroger connaît des limites et elles sont à la fois fermes et fermement rappelées ici : ce sont celles d'un ordre public social absolu. Mais au-delà de ces limites, la liberté de contracter collectivement doit pouvoir s'imposer dans l'intérêt de tous.

On pourra bien sûr discuter isolément chacun des sujets évoqués au fil des pages de ce rapport (les accords de maintien dans l'emploi, la représentativité des acteurs, le Smic...), mais l'essentiel n'est pas là : il est dans la cohérence d'ensemble du modèle proposé et dans la dynamique de réforme qu'il contient. Car ce rapport dessine à la fois le modèle et le chemin qui y conduit. Contrairement à beaucoup d'autres, il ne se contente pas de décrire un monde idéal mais hors de portée, ou d'en déclarer solennellement les principes en rêvant qu'un grand soir les rende un jour opérationnels. Il propose de changer la règle du jeu de manière à faire des forces sociales en présence les acteurs décisifs du changement. Celui-ci ne profitera donc qu'à ceux qui auront su se mobiliser et s'accorder pour bâtir de nouveaux compromis. Les autres

devront au contraire assumer leur choix de demeurer dans le monde ancien.

Cette proposition déplaira certainement à plusieurs catégories d'individus : ceux qui préféreraient tout simplement tourner le dos aux syndicats ou leur imposer les courts-circuits dangereux d'aventures référendaires ; ceux qu'une idée trop autoritaire de la République – ou trop exigüe de la démocratie – conduit à tout attendre du législateur ; ceux que le sentiment de l'urgence a poussés dans les bras d'une impatience peu compatible avec le temps du dialogue social comme avec celui de décisions durables... Mais elle devrait rencontrer les suffrages de beaucoup d'autres, et en particulier de ceux qui sont attachés aux valeurs du réformisme et de la social-démocratie et qui trouveront là matière à favoriser leur renouveau. Car non seulement la stratégie proposée par ce rapport ouvre la voie à des compromis socioproductifs plus adaptés et plus favorables au sort de ceux qui attendent aux portes de l'emploi, mais elle met les partenaires sociaux devant leurs responsabilités et, ce faisant, elle en appelle à une plus grande autonomie de la société civile. Elle réconcilie ainsi une conception dynamique de la vie économique et sociale et une forte conviction démocratique.

Annexe 1

Lettre de mission de Terra Nova
à Jacques Barthélémy et Gilbert Cette

10 mars 2015

La réforme du droit social est une nécessité urgente. La France se caractérise en effet par un droit essentiellement réglementaire, basé sur une profusion de textes constituant un ensemble d'une complexité sans équivalent parmi les pays développés. Cette complexité est préjudiciable simultanément à la fonction protectrice du droit social et à l'efficacité économique. Ces préjudices viennent du fait que l'essence principalement réglementaire du droit social bride presque totalement la possibilité d'élaborer les compromis permettant la meilleure rencontre entre les attentes des salariés et les besoins des entreprises. Le droit réglementaire est inévitablement homogène et l'abondance des textes renforce alors son inadaptation aux spécificités tant des attentes que des besoins. Par ailleurs, l'hypertrophie de la dimension réglementaire de ce droit ralentit son adaptation aux transformations de la vie

économique et sociale, transformations qui ont connu une forte accélération sur les récentes décennies, en particulier du fait des progrès des techniques de l'information et de la communication. Soulignons de surcroît que des travaux basés sur des enquêtes ont montré de façon convaincante que les salariés eux-mêmes ressentent leur situation comme d'autant moins sécurisée que le droit social est d'essence réglementaire.

La réforme du droit social visant à le rendre à la fois plus protecteur pour les salariés et plus efficace sur le plan économique ne peut passer que par le développement du droit contractuel dérogatoire. Dans ce cadre, le droit réglementaire est adapté PAR le développement du droit conventionnel, et c'est le développement de ce dernier qui réduit simultanément le volume et la place du droit réglementaire. Ainsi, à aucun moment, les protections des travailleurs ne sont affaiblies. Cette voie est celle proposée par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette dans leurs précédents travaux¹. Cette approche globale de la réforme du fonctionnement du marché du travail diffère de celle qui privilégierait une logique thématique (IRP, seuils sociaux, AME...) et se heurterait dès lors au risque d'« agiter des chiffons rouges », risque d'autant plus fort que les propositions sur chaque thème ne seraient pas adossées à un accord national interprofessionnel (ANI). Chaque proposition de changement sera alors soupçonnée de chercher à réduire les protections des travailleurs.

1. Voir en particulier l'ouvrage de J. Barthélémy et G. Cette (2013), *Refonder le droit social*, La Documentation française, 2^e édition ; et J. Barthélémy et G. Cette (2012), « Droit social : pourquoi et comment le refonder », *Droit social*, septembre, n° 9, p. 763-770 ; J. Barthélémy et G. Cette (2013), « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », janvier, *Droit social*, n° 1, p. 17-23.

Dans l'approche globale ici évoquée, la substitution de normes conventionnelles aux normes réglementaires n'est pas exposée à la critique d'un abaissement de la protection des travailleurs car ce sont les partenaires sociaux qui, par accord collectif, ont la main. Et ceci en rapport avec leur situation spécifique, ce qui permet la concrétisation de compromis locaux protecteurs (puisque l'accord est majoritaire) et plus efficaces sur le plan économique que la situation sans accord. Dans une telle logique, le développement du tissu conventionnel résultant du dialogue social, la qualité de ce dernier et la capacité de négocier et de signer des accords deviennent des éléments de concurrence entre firmes et sont vecteurs d'un développement du dialogue social. Chaque entreprise peut ainsi adapter par accord collectif les éléments spécifiques du Code du travail qui brident sa propre activité économique (IRP, seuils, règles de conduite de la négociation, dialogue social d'un côté, organisation du travail, qualité de vie au travail, durée du travail, employabilité, protection de l'emploi, garanties sociales, d'un autre côté) en définissant les contreparties d'un compromis gagnant-gagnant.

La généralisation de la technique dérogatoire, qui a un impact sur la hiérarchie des normes, permet de modifier l'articulation entre accords collectifs et, d'un côté, lois et règlements, de l'autre, contrat de travail. Il est vain de penser que ces deux directions peuvent être abordées indépendamment l'une de l'autre.

Le rapport demandé à Jacques Barthélémy et Gilbert Cette analysera les possibles modalités et limites de cette approche dérogatoire globale de réforme du droit social

français. Concernant ces limites, signalons les suivantes (sans hiérarchie entre elles)² :

1. Des domaines de réforme relèvent de l'ordre public absolu et ne peuvent être traités par une approche dérogatoire. C'est ce qui a trait aux principes et à l'intérêt général, mais aussi aux exigences nées d'un contexte institutionnel, tel le Smic.
2. L'espace dérogatoire par accord collectif ne peut être ouvert à ce qui, dans le Code du travail, relève d'exigences fondamentales du droit international, dont communautaire.
3. L'autonomie contractuelle doit également être limitée par le respect des droits fondamentaux du « citoyen travailleur » et par les libertés individuelles et collectives, en particulier ceux qui résultent en droit interne du bloc de constitutionnalité et, en droit communautaire, des chartes des droits sociaux de 1989 et des droits fondamentaux de 2000, mais aussi de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen. Ces limites, qui correspondent à la définition de l'ordre public, ont parfois des contours imprécis.
4. Pour faciliter le renforcement indispensable de l'autorité de l'accord collectif sur le contrat de travail, il faut distinguer clairement, au sein de ce dernier : (i) les éléments secondaires qui sont laissés au pouvoir de décision du chef d'entreprise ; (ii) les éléments substantiels relatifs modifiables par accord collectif (majoritaire) au nom de l'intérêt de la communauté de travail ; et (iii) les éléments substantiels absolus (pour l'essentiel fonction, qualification, salaire horaire de base) ne pouvant être modifiés qu'avec l'accord explicite

2. On n'évoque pas ici de nombreux autres aspects importants pour la réussite de la démarche, comme par exemple ceux concernant les conditions de la négociation et les accords de méthode.

du salarié concerné. Ceci s'impose d'autant plus que ces éléments ressortent non de la loi mais de la jurisprudence.

Le rapport demandé à Jacques Barthélémy et Gilbert Cette devra autant que possible caractériser ces limites.

Par ailleurs, dans la logique de la loi du 4 mai 2004, les branches pourraient également encadrer l'espace décisionnel de la négociation d'entreprise, en définissant l'« ordre public professionnel », autrement dit ce qui est indérogeable à partir de ce qui identifie la branche (par exemple les classifications) et de ce qui solidifie la collectivité (par exemple la mutualisation au service de la solidarité). Cela implique que soit pris en compte, dans la politique contractuelle de branche, le concept de garantie sociale.

La sécurisation juridique de telles constructions rend indispensable que les accords s'inquiètent à la fois de leur durée, des conditions de leurs révisions et de leur interprétation, mais aussi des moyens, notamment par la conciliation et l'arbitrage, d'éviter la judiciarisation des litiges s'y rapportant.

Enfin, il convient alors de s'interroger sur le taux d'audience minimum des signataires exigé pour que l'accord collectif soit valablement conclu. L'audience de 30 % s'avère insuffisante si la norme légale ou conventionnelle que l'on écarte touche à des droits d'une certaine importance. Il est alors impératif de distinguer les domaines pour lesquels un taux d'audience de 50 % s'impose³. Cette exigence renforcée peut se déterminer en considération de l'importance de la norme au plan des droits fondamentaux et des libertés individuelles.

3. Dans l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2013, les partenaires sociaux ont reconnu cette exigence en conditionnant la validité de certains accords dérogatoires, comme par exemple les accords de maintien dans l'emploi (AMÉ), à un seuil de représentativité de 50 %.

Le rapport demandé à Jacques Barthélémy et Gilbert Cette devra autant que possible faire des propositions sur ces aspects. Les propositions du rapport visent à aider une rénovation du rôle de la négociation collective, permettant au dialogue social d'aboutir à des accords gagnant-gagnant, c'est-à-dire garantissant à la fois une plus forte protection des travailleurs et une efficacité économique améliorée, et faisant à ce titre du dialogue social un vecteur actif de la compétitivité.

Pour la réalisation de ce rapport, Jacques Barthélémy et Gilbert Cette pourront mobiliser les moyens de Terra Nova et entre autres aspects organiser dans ses locaux toutes réunions (avec des partenaires sociaux en particulier) qui leur paraîtront utiles.

Compte tenu de l'urgence de cette démarche de réforme, le rapport sera réalisé dans les meilleurs délais et, en tout état de cause, finalisé avant la fin de l'été 2015.

Annexe 2

Auditions réalisées dans le cadre du rapport

Philippe	Aghion	Harvard et Collège de France
François	Asselin	CGPME
Jean-Eudes	Du Mesnil du Buisson	CGPME
Georges	Tissié	CGPME
Pierre	Burban	UPA
Cyril	Cosme	OIT France
Véronique	Descacq	CFDT
Joëlle	Delair	CFDT
Lucie	Lourdelle	CFDT
Carole	Hellegouarch	CFDT

RÉFORMER LE DROIT DU TRAVAIL

Agnès	Le Bot	CGT
Jean-Yves	Froin	Cour de cassation- chambre sociale
Jean-Pierre Alexandre	Fine Saubot	UIMM UIMM
Marcel	Grignard	Confrontations Europe
Stéphane	Lardy	CGT-FO
Philippe	Louis	CFTC
Franck Bérangère	Mikula Lacombe- Mattéoli	CFE-CGC CFE-CGC
Jean-François	Pilliard	Medef
Jean-Dominique	Simonpoli ¹	Dialogues

OUVRAGE DE GILBERT CETTE
CHEZ ODILE JACOB

Changer de modèle (avec P. Aghion et E. Cohen), 2014.

Réformer le droit du travail

Notre Code du travail est doublement inefficace : lourd et complexe, il bride l'activité économique sans pour autant protéger correctement les travailleurs. Sa refondation est donc une impérieuse nécessité.

C'est précisément l'objet de ce livre commandité par Terra Nova à Jacques Barthélémy et Gilbert Cette. Leur solution ? Ouvrir largement la possibilité de substituer au maquis des lois et règlements actuels des normes issues de la négociation collective. Décidées au plus près des réalités par les principaux intéressés, ces normes nouvelles seraient plus adaptées, plus protectrices et plus inclusives. Naturellement, elles auraient pour limite les différentes composantes de l'ordre public : le droit supranational, le respect des libertés et droits fondamentaux, les grands principes des droits du travail, syndical, de la sécurité sociale...

Mais, au-delà de cette limite, la liberté de contracter collectivement s'imposerait dans l'intérêt de tous. Une véritable révolution copernicienne de notre culture politique et sociale.

Jacques Barthélémy
Gilbert Cette

Jacques Barthélémy est avocat conseil en droit social, fondateur du cabinet Barthélémy Avocats et expert des questions de droit du travail et de protection sociale. Il a été professeur associé à la faculté de droit de Montpellier.

Gilbert Cette est professeur d'économie associé à l'université d'Aix-Marseille, expert des questions de croissance, de productivité et de marché du travail.

Terra Nova est un *think tank* progressiste indépendant.