La France est-elle victime de son droit du travail ?

Catherine Lagneau, Damien Siess

▶ **To cite this version:**

Catherine Lagneau, Damien Siess. La France est-elle victime de son droit du travail ?. Sciences de l'Homme et Société. 2007. hal-01785093

HAL Id: hal-01785093

https://minesparis-psl.hal.science/hal-01785093

Submitted on 4 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

IE1 [576]

MINES ParisTech
BIBLIOTHÈQUE
60, boulevard St-Michel
75272 PARIS CEDEX 06

LA FRANCE EST-ELLE VICTIME DE SON DROIT DU TRAVAIL ?

MEMOIRE DE TROISEME ANNEE
CORPS DES MINES
2006-2007

CATHERINE LAGNEAU – DAMIEN SIESS

(PO 2006)

LA FRANCE EST-ELLE VICTIME DE SON DROIT DU TRAVAIL ?

CATHERINE LAGNEAU – DAMIEN SIESS

Le droit du travail regroupe « *l'ensemble des règles juridiques applicables aux relations individuelles et collectives qui naissent entre les employeurs privés et ceux qui travaillent sous leur autorité moyennant une rémunération appelée salaire* » d'après la définition de G. Lyon-Caen. Il ne s'applique donc qu'aux salariés du secteur privé, et pas aux artisans, commerçants, professions libérales, travailleurs indépendants et fonctionnaires. Par nature, la relation entre employeur et salarié, matérialisée par le contrat de travail, est un lien de subordination juridique : le droit du travail tâche de rééquilibrer ce lien. Il est né à la fin du XIX^{e} siècle, avec l'apparition d'une nouvelle classe sociale : les ouvriers. La première loi du travail fut votée en 1841 et consistait en la limitation du temps de travail des enfants.

Le droit du travail est né à la rencontre de considérations sociales, la protection des droits individuels et collectifs des salariés, et d'efficacité économique, en clarifiant et stabilisant les relations employeur / salarié et en favorisant une concurrence saine et loyale. A l'inverse, une meilleure situation de l'emploi peut elle-même être issue de l'efficacité économique. Ce compromis et cet équilibre doivent concerner les situations diverses de millions de personnes et des centaines de milliers d'entreprises. Le droit du travail doit donc être équitable et efficace, à une échelle globale comme locale.

Pour nous, la France n'est pas directement victime de son droit du travail, mais sa pratique manque de fluidité : c'est pourquoi, pour dynamiser le marché du travail et préparer les réformes à venir, nous préconisons de laisser plus de place à la négociation.

Nous verrons dans une première partie pourquoi les critiques faites au droit du travail français ne sont que partiellement justifiées, et dans une seconde comment une meilleure pratique de la négociation permet d'y remédier.

TABLE DES MATIERES

PARTIE I – ENQUETE PRELIMINAIRE : LES CRITIQUES FAITES A L'ENCONTRE DU DROIT DU TRAVAIL 3

PROBLEMATIQUE 3
1.1 TROP PROTECTEUR ? 7
1.2 TROP COMPLEXE ? 16
1.3 TROP INSTABLE ? 29
BILAN DES CRITIQUES 35

PARTIE II – LES SOLUTIONS PROPOSEES : LA RELANCE DE LA NEGOCIATION 37

PROPOSITION N°1 : RESTREINDRE LE PERIMETRE DE LA LOI 37
PROPOSITION N°2 : CONSULTER LES PARTENAIRES SOCIAUX DE FAÇON CLAIRE ET SYSTEMATIQUE 42
PROPOSITION N°3 : PRIVILEGIER AU MAXIMUM LES ACCORDS DE BRANCHE 50
PROPOSITION N°4 : RENFORCER LA RESPONSABILITE DES SYNDICATS 58
PROPOSITION N°5 : ACCEPTER LA NEGOCIATION INDIVIDUELLE 73

BIBLIOGRAPHIE 84

REMERCIEMENTS 88

PARTIE I

–

ENQUETE PRELIMINAIRE : LES CRITIQUES FAITES A L'ENCONTRE DU DROIT DU TRAVAIL

PROBLEMATIQUE

Notre investigation a commencé auprès de différents acteurs du monde économique et du monde juridique ; une observation nous a frappés, c'est celle de la contradiction profonde qui existe entre ces deux mondes. Fondamentalement les discours, les pensées sont différentes : d'une part on entend que « les juristes ne comprennent rien à l'économie et à la vie des entreprises » ; de l'autre, « le Droit a valeur de morale, reflète les choix éthiques d'une société et est ainsi, par nature, au-dessus de ces bassesses mercantiles ». Cette opposition existe déjà lors de la formation initiale où les juristes sont généralement issus de filières non scientifiques et en ont souvent rejeté la logique. L'on oppose en effet habituellement la logique de la règle à la logique du calcul [34].

Malgré cette opposition fondamentale, la question de l'interaction entre les sphères juridiques et économiques est capitale. Le paysage salarial a changé, le droit doit suivre son évolution : alors que le droit du travail français est né sur des modèles de bastions industriels à forte implantation syndicale, comme la forteresse ouvrière Renault-Billancourt (on disait à l'époque que quand Renault éternuait, la France s'enrhumait), le paysage est aujourd'hui radicalement différent : on observe le développement du travail précaire et du travail féminin, moins d'emplois dans l'industrie et plus dans les services, un changement plus fréquent d'emploi, une nouvelle organisation du travail due aux bouleversements technologiques, une individualisation croissante, de nouveaux modes de management, une industrie éclatée en un réseau de sous-traitance dépendant d'un donneur d'ordre unique et puissant, des syndicats moins puissants, de nombreuses entreprises de petite taille, principales créatrices d'emploi, mais qui doivent s'adapter à un contexte changeant de progrès technique, de compétition accrue. En outre, la concurrence entre entreprises se situe au niveau mondial et non au sein d'une branche nationale ; dans ce contexte mondialisé où les **systèmes juridiques sont en concurrence** pour les investissements, il est clair qu'un droit qui serait trop protecteur, trop complexe, trop instable, qui entraînerait des procédures longues et coûteuses, apparaît comme un frein à

l'investissement et un handicap pour nos entreprises qui seraient alors moins compétitives.

Cette question se pose surtout depuis que des études comme celle de la Banque Mondiale « ***Doing Business*** » [2] défraient la chronique. Dans le tableau ci-contre, on voit que la France est non seulement mal classée (35e sur 175 pays classés) mais aussi après les îles Fidji et l'île Maurice en terme de facilité à faire des affaires. En outre, si l'on regarde en détail les justifications d'un tel classement (deuxième partie du tableau), on voit que le classement est particulièrement mauvais sur l'item « **Embaucher** », qui prend en compte non seulement les difficultés d'embauche à proprement parler, mais aussi la difficulté de licenciement, la rigidité de l'emploi, le coût du licenciement. Ce classement est fait à partir de questionnaires menés par le biais de plus de 5 000 experts locaux : il s'agit donc d'une enquête d'opinion.

Malgré toutes les critiques de ce type d'études, il y a lieu de s'inquiéter : **quel danger pour l'attractivité française** ! Il est clair que, lorsqu'une entreprise fait le choix d'un pays dans lequel investir, elle peut prendre en compte de telles études. A titre d'exemple, une entreprise multinationale a bien voulu nous communiquer un tableau qui lui sert à choisir le pays destinataire d'un nouvel investissement (voir ci-après). On voit que la conclusion naturelle d'une telle étude est que c'est folie d'investir en France…

« DOING BUSINESS » 2006

Les 50 premiers pays

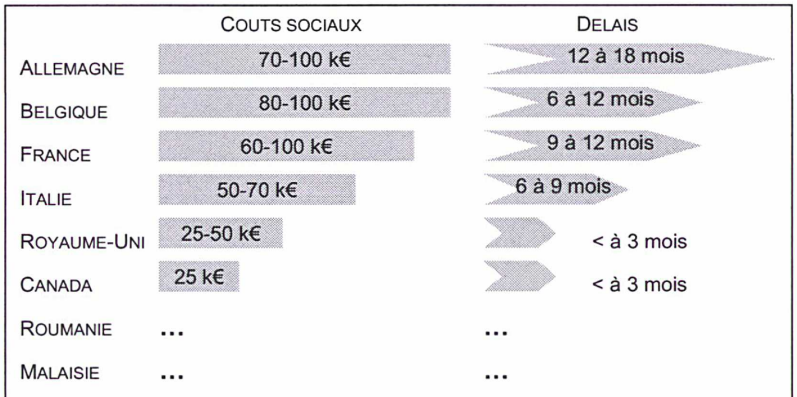
1. Singapore	26. Israel
2. New Zealand	27. St. Lucia
3. United States	28. Chile
4. Canada	29. South Africa
5. Hong Kong	30. Austria
6. United Kingdom	31. Fiji
7. Denmark	32. Mauritius
8. Australia	33. Antigua and Barbuda
9. Norway	34. Armenia
10. Ireland	35. France
11. Japan	36. Slovakia
12. Iceland	37. Georgia
13. Sweden	38. Saudi Arabia
14. Finland	39. Spain
15. Switzerland	40. Portugal
16. Lithuania	41. Samoa
17. Estonia	42. Namibia
18. Thailand	43. Mexico
19. Puerto Rico	44. St.V. & Grenadines
20. Belgium	45. Mongolia
21. Germany	46. Kuwait
22. Netherlands	47. Taiwan
23. Korea	48. Botswana
24. Latvia	49. Romania
25. Malaysia	50. Jamaica

La France : détail par items

Facilité de...	*Classement*
Créer une entreprise	12
Gérer les permis administratifs	26
Embaucher	134
Enregistrer une propriété	160
Accès au crédit	48
Protéger les investisseurs	60
Payer les taxes	91
Le commerce international	26
Exécution des contrats	19
Faillite	32

COUT DES RESTRUCTURATIONS, PAR EMPLOYE

Calculs effectués en 2004 par une entreprise multinationale

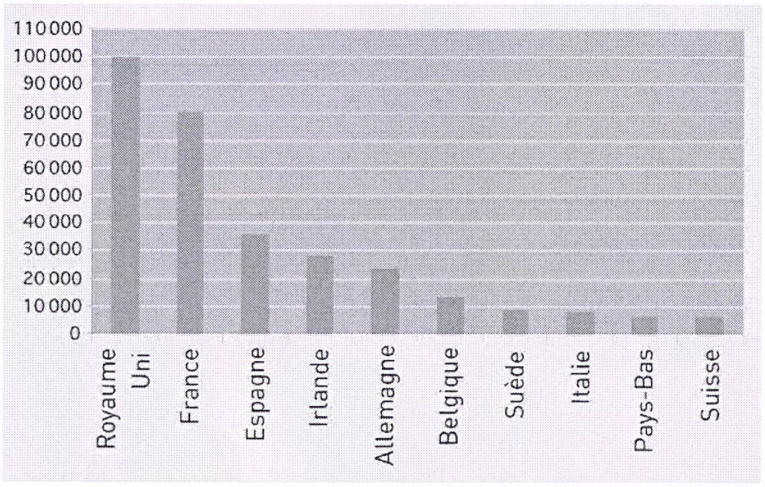


Du point de vue du patron d'une division (activité de 60 M€, 300 personnes, 5% de profit opérationnel les bonnes années, soit un résultat net de 1,7M€ = 3M€ de profit opérationnel - 0,5 M€ de charges financières -0,8M€ d'impôts), une baisse d'activité de -30% (le creux d'un cycle) entraîne une réduction d'effectif de 30% (dont les 10% d'intérimaires). Une réduction d'effectif de 60 employés coûte alors 4,8M€ (60*80k€ en moyenne), soit 3 années de résultat net ! Conclusion du patron : les investissements nouveaux se feront ailleurs...

Et pourtant, comme on le lit à travers le graphique suivant, **la France est la 3e destination mondiale des investissements étrangers, la 2e en Europe**. En fait, afin d'évaluer plus objectivement l'attractivité de la France, l'AFII (Agence française pour les investissements internationaux) a mis au point – en collaboration avec la Direction Générale du Trésor et de la Politique Économique – un tableau de bord de l'attractivité à partir des critères de localisation utilisés par les investisseurs et en privilégiant les **statistiques** internationalement reconnues plutôt que les enquêtes d'opinion [1]. Ce tableau de bord de l'attractivité classe alors la France dans les quatre ou cinq premiers parmi dix pays de référence pour les variables liées à la localisation des investissements et des compétences. L'alarme n'est donc pas si importante, mais les craintes existent, les critiques fusent : car aujourd'hui si la situation n'est pas aussi catastrophique qu'on veut bien parfois le prétendre, **qu'en sera-t-il demain ?** Il y a lieu de s'interroger : le droit du travail français est-il trop protecteur ? Est-il trop complexe ? Trop instable ?

INVESTISSEMENT GREENFIELD 2002-2004

Emplois annoncés en 3 ans



Source : agences de promotion et Observatoire AFII [1]

1.1 TROP PROTECTEUR ?

UNE PROTECTION NECESSAIREMENT ECONOMIQUEMENT INEFFICACE ?

La question du lien entre niveau de protection et efficacité économique est intuitive : nombreux sont les cadres dirigeants ou les chefs d'entreprises qui jugent le droit du travail trop contraignant – ce qui constituerait un frein à l'embauche – et trop généreux envers les salariés – ce qui entraînerait un surcoût synonyme de perte de compétitivité. Les protections de l'emploi pèsent de plus en plus sur les entreprises européennes, selon leur propre point de vue mis en valeur par les enquêtes menées par la Commission européenne [10]. En particulier, les barrières mises au licenciement font craindre des difficultés accrues sur le marché de l'emploi, liées à une crainte des employeurs qui voient l'embauche comme un investissement qu'ils jugent lourd, très lourd. Plus l'emploi est protégé, **plus le licenciement est difficile, moins les entreprises embauchent** et plus cela pose des problèmes sur le marché du travail.

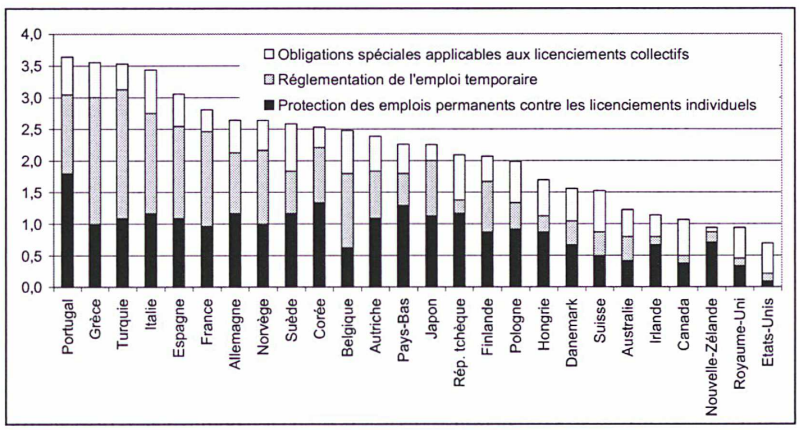
Afin de mesurer la justesse de cette assertion de bon sens, nous avons choisi de mesurer le niveau de protection du marché de l'emploi à travers un indice référent : **l'indicateur LPE** (Législation pour la Protection de l'Emploi) défini par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) [13]. Il comporte trois composantes, qui prennent surtout en compte les contraintes législatives et dans une moindre mesure les accords collectifs :

- la réglementation du licenciement individuel pour un contrat d'emploi « régulier » (le CDI en France) : complexité de la procédure de notification, délais à respecter, durée du préavis, montants des indemnités, définition du licenciement légitime, durée de la période d'essai, possibilité de réintégration et indemnités si licenciement abusif,
- celle du licenciement collectif : seuil à partir duquel il existe une procédure spéciale, obligation de notifications supplémentaires au comité d'entreprise ou à l'administration, délais supplémentaires, autres coûts,
- la réglementation des contrats temporaires : durée maximale autorisée, nombre de contrats successifs possibles, etc.

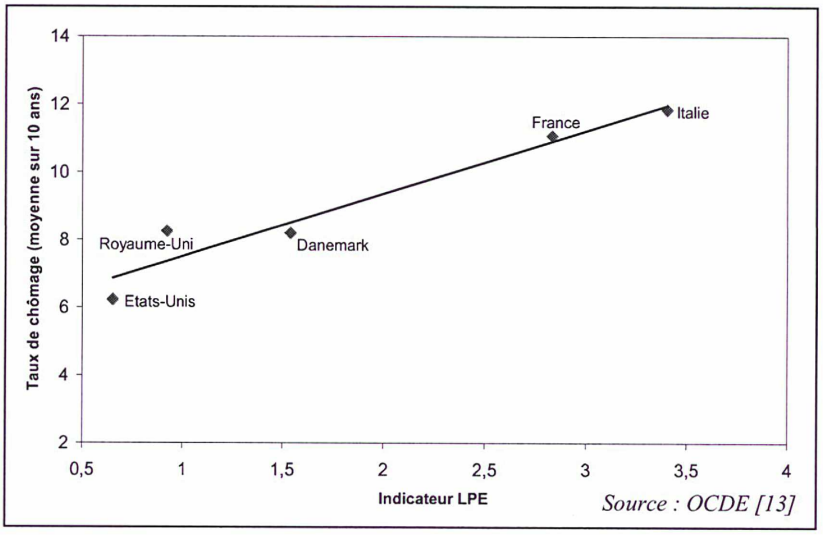
Cet indicateur est généralement utilisé pour les comparaisons internationales. On voit sur les graphiques suivants que la France est l'un des pays de l'OCDE où le degré de protection de l'emploi est le plus élevé, en particulier à cause de la réglementation de l'emploi temporaire : c'est la faible durée maximale et le faible nombre de renouvellements possibles du CDD qui, comparativement à d'autres pays, rendent la réglementation plus « rigide ».

INDICATEUR **LPE** POUR LES PRINCIPAUX PAYS DE L'OCDE

Détail des trois composantes de l'indicateur, avec la pondération choisie dans l'étude.

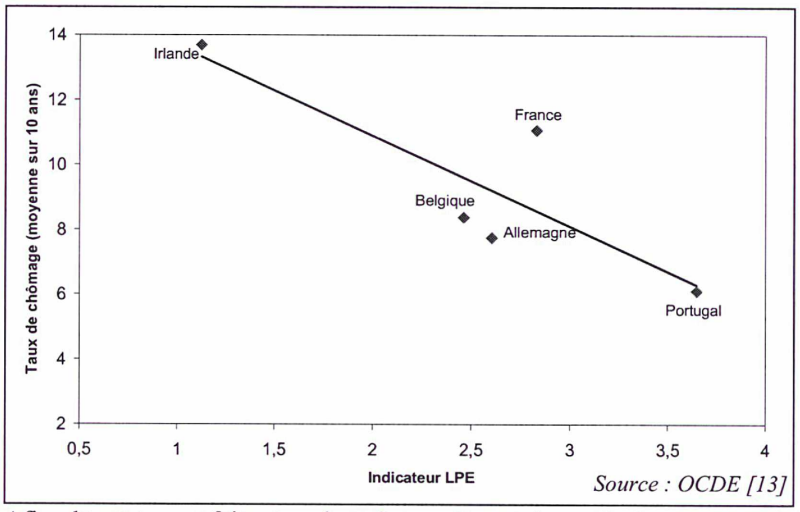


Afin de mesurer la santé du marché du travail, on utilise habituellement son plus grand symptôme : le **taux de chômage**. En mettant face à face ces deux indicateurs pour les pays habituellement utilisés pour ce genre de comparaison, en particulier par les syndicats patronaux (États-unis, Royaume-Uni, aux faibles protections de l'emploi et aux faibles taux de chômage ; Danemark ; France, qu'on sait avec un fort taux de chômage et une forte protection de l'emploi ; et enfin l'Italie, dans une situation plus mauvaise), on obtient une corrélation claire (voir figure suivante) : plus la législation est protectrice, plus le taux de chômage est haut ; c'est arithmétique. CQFD.



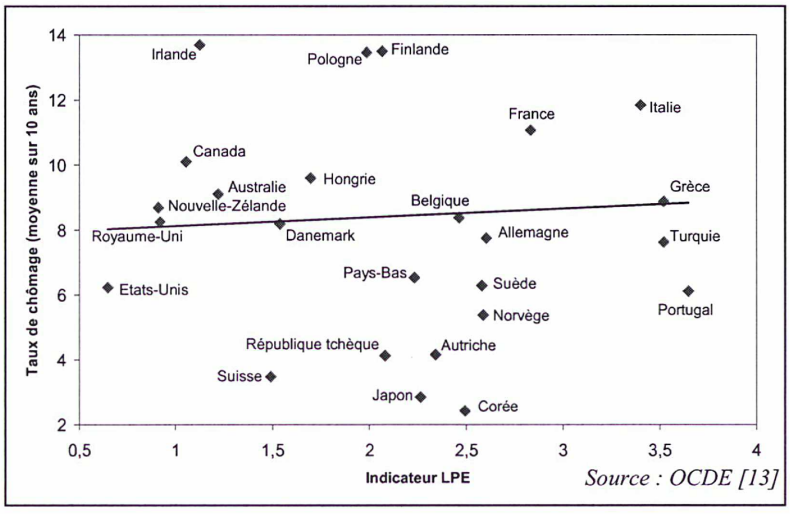
Source : OCDE [13]

Et notre réflexion aurait pu s'arrêter là si nous n'avions pas regardé la situation dans d'autres pays : l'Irlande, où la législation est peu protectrice mais le taux de chômage élevé, le Portugal, où la législation est très protectrice et le chômage faible… et la corrélation semble inverse !



Source : OCDE [13]

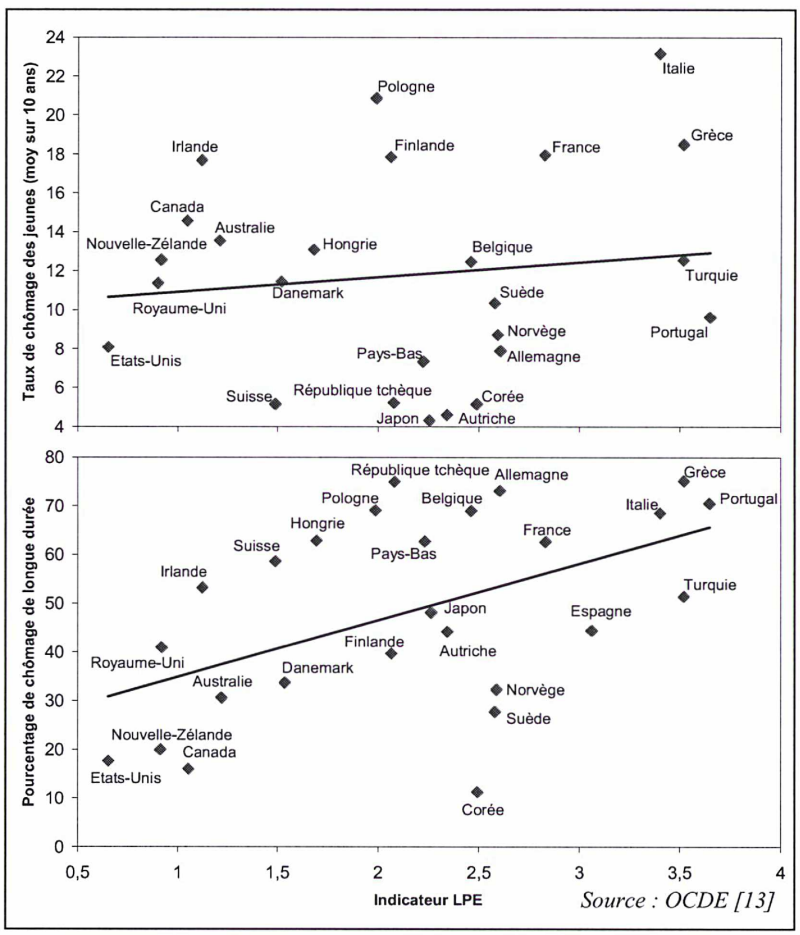
Afin de rester parfaitement honnêtes, prenons les principaux pays de l'OCDE : on obtient alors un nuage de points, où la corrélation entre niveau de protection et taux de chômage n'est plus si claire que cela…



Source : OCDE [13]

En fait, malgré le nombre important d'analyses économiques sur le sujet, **aucune étude n'a montré de corrélation claire entre performance du marché du travail et législation du travail**, à l'exception du niveau du SMIC (Salaire minimum interprofessionnel de croissance) qui crée une barrière d'entrée sur le marché du travail. Il est clair en revanche que cela influe sur **la structure du chômage** (en particulier sa durée, le taux de chômage des jeunes et le flux d'entrée/sortie du chômage comme visualisé sur les figures page suivante) et **la segmentation du marché du travail** (flexibilité à la marge : CDD, intérim). Comme le montrent Olivier Blanchard, économiste et professeur au Massachusetts Institute of Technology (MIT), et Jean Tirole, directeur de l'École d'économie de Toulouse, dans leur rapport au Conseil d'Analyse Économique [16], « *la protection de l'emploi amène les entreprises à éviter les embauches dont elles pensent qu'elles ne seront que temporaires. Mais elle n'empêche pas les entreprises d'ajuster l'emploi (peut-être avec un certain retard) si les changements d'effectifs désirés apparaissent permanents [...] La protection de l'emploi réduit les ajustements transitoires, mais n'empêche pas les réallocations de plus long terme, qui elles sont cruciales dans le but de permettre aux entreprises de faire face aux changements technologiques et de demande. [...] Un cas frappant est celui de l'Espagne, un pays à très forte protection de l'emploi [...], où la réponse de l'emploi agrégé à la production agrégée est à la fois plus importante et plus rapide qu'aux États-Unis.* ».

Si les entreprises évitent les embauches temporaires, cela ne les empêche pas d'ajuster l'emploi si les changements d'effectifs apparaissent permanents. En outre, certains économistes et en particulier l'Organisation internationale du travail (OIT, organe de l'ONU) démontrent que plus on licencie rapidement, plus cela implique un *turnover* important et donc des coûts de formation. On sait aussi que dans le cas de crises conjoncturelles, la question de l'arbitrage entre ajustement de la masse salariale et perte de savoir-faire se pose : par exemple Boeing a beaucoup perdu par le licenciement de certaines équipes alors que la difficulté de licencier chez Airbus peut-être un problème à court terme mais un avantage à plus long terme. **Le débat n'est pas clos**. Mais probablement une réforme de la seule législation pour l'emploi n'est pas la voie à suivre.



UNE QUESTION DE VALEURS

Toutes les études que l'on a parcourues semblent vainement tenter d'isoler un critère parmi d'autres : ici le droit du travail, là la fiscalité. Il est difficile de le faire et c'est un système de valeurs complet qu'il faut alors remettre en question. On perçoit aujourd'hui de plus en plus de mal-être parmi les salariés : stress, individualisation du travail, exigence de qualité et de productivité, insécurité de l'emploi, exigence de mobilité, augmentation des maladies professionnelles. Ces mutations dans l'emploi doivent s'accompagner d'une forme de protection de la part de la société, dont le coût ne peut certes pas être nul mais n'est-ce pas la fin même d'une société que de protéger les plus menacés ?

Comme nous le rappelle Alain Supiot, professeur à l'université de Nantes, alors que « *la nécessité d'adapter les règles commerciales et financières aux besoins de sécurité économique des hommes a été réaffirmée solennellement après la Seconde guerre mondiale par la Déclaration de Philadelphie [...] intégrée à la Constitution de l'OIT, [...] là où l'on devrait évaluer l'impact de la libéralisation du commerce sur la sécurité économique des hommes, on s'emploie partout au contraire à mesurer l'impact de cette sécurité sur la compétitivité économique, qui n'est plus envisagée comme un moyen, mais comme une fin [...]. Un tel renversement conduit à tenir pour intangible le régime juridique des échanges et à considérer le droit de l'emploi comme une variable d'ajustement aux besoins des marchés* » [40]. Ce « *darwinisme social* » est la doctrine qui sous-tend des études comme celle présentée plus haut (*Doing Business*). Alain Supiot poursuit : « *traiter les systèmes de valeurs comme des produits mesurables conduit à détraquer les instruments de mesure et à prêter à son propre système de valeurs une objectivité « scientifique » qu'il ne peut avoir* ». En jugeant le droit du travail à l'aune de l'efficacité économique, on ne mesure que la distance entre un système social et un système idéal ; et cela nous conduirait peut-être à prôner un monde où le Code du travail devrait être abrogé et les inégalités plus grandes. Comment pourrions-nous sérieusement défendre ainsi un tel idéal théorique d'efficacité économique ?

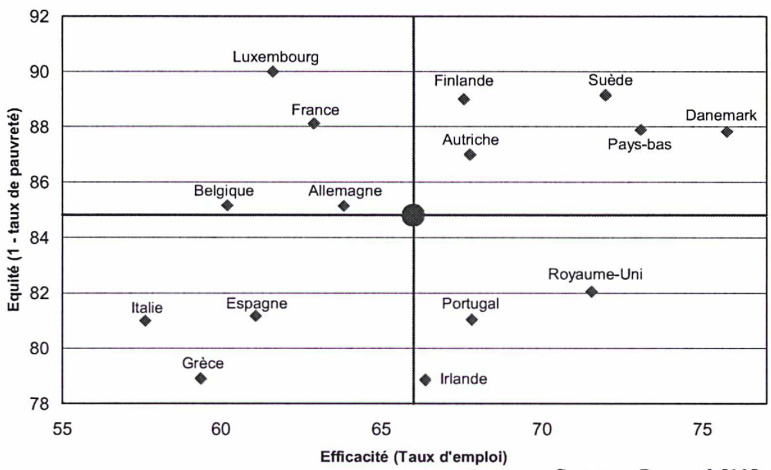
C'est aussi la conclusion à laquelle est arrivé le conseiller d'État Bertrand Du Marais à qui a été confiée une mission à la suite du tollé déclenché par l'étude *Doing Business* : également professeur associé à l'Université Paris X-Nanterre, il coordonne le programme de recherche sur l'attractivité économique du droit (AED). Dans le premier rapport rendu [24], il décrit les limites méthodologiques d'une telle étude qui part d'un présupposé de base, celui d'un modèle juridique unique, auquel naturellement l'étude compare aussi bien les pays qui en sont la source que ceux qui en ont choisi un bien différent. Il s'agit donc aussi pour le groupe de **démontrer la nécessité de maintenir une diversité des systèmes juridiques face à ceux qui prônent l'instauration d'un modèle unique**.

Alain Supiot parle d'« *autisme quantitatif* » quand les organisations internationales, les États, les entreprises, jugent la réalité de la vie des hommes à grand renfort de chiffres. Et n'oublions pas que si les investissements continuent d'affluer vers la France, c'est non seulement à cause de la qualité des infrastructures, mais aussi de la main d'œuvre : sans elle point de croissance. **Remettre en question le niveau de protection de l'employé, c'est mettre un doute un choix de modèle de société, une culture, une histoire** : cela ne nous appartient pas. Mais **c'est sans doute la façon d'atteindre ce niveau de protection plus que le niveau lui-même qui est discutable**.

LE CHOIX D'UN MODELE

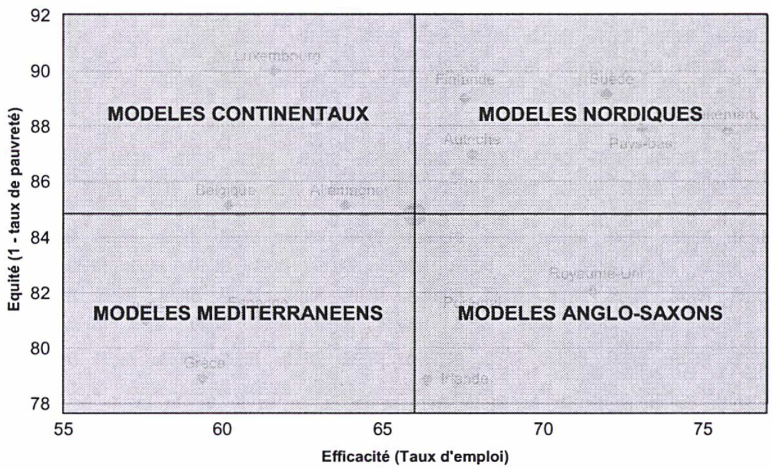
Le droit du travail est par nature à l'intersection d'enjeux sociaux et de considérations économiques, entre **équité** et **efficacité** : il doit permettre à l'employé de travailler dans des conditions respectueuses de sa personne et de sa liberté individuelle, et aux entreprises de jouir au mieux de cette force de travail. Il semble y avoir une contradiction entre ces deux finalités : comment peut-on être efficace, donc fluide et flexible, et protéger le salarié, donc imposer une forme de sécurité, de rigidité ?

Nous avons choisi d'apporter une réponse à cette question à travers l'étude d'André Sapir, membre senior du « think tank » bruxellois Bruegel et professeur d'économie à l'université libre de Bruxelles, qui tente de mesurer l'existence ou non de cet arbitrage entre efficacité et équité, qu'il mesure par le taux d'emploi et (1 – le taux de pauvreté). Cette définition peut certes être discutée mais ne manque pas d'intérêt.



Source : Bruegel [13]

On reconnaît ci-dessus notre nuage de points qui nous semblait plus haut peu significatif : cette fois-ci on peut en déduire un enseignement autre. En effet, si l'on partage ce nuage par sa moyenne, on obtient quatre zones, quatre modèles européens (c'était d'ailleurs la question que se posait André Sapir initialement : existe-il un modèle social européen ?). Il ne semble **pas y avoir de compromis entre équité et efficacité** : tous les cas de figure existent. Mais si l'on cite souvent comme exemple le **modèle nordique**, ce n'est pas sans raison.



En fait il n'existe pas un modèle nordique[1], mais plusieurs. Nous n'allons pas ici les décrire en détail ; cela n'est certes pas sans intérêt, mais nous restons persuadés que ce n'est pas en collant un modèle qui marche ailleurs que l'on fait une réforme : l'histoire, la culture est propre à chaque pays ; et une réforme du marché du travail ne peut se faire qu'en profondeur, sans simplement placarder une recette toute faite.

En revanche un enseignement nous paraît essentiel dans ces modèles nordiques : celui de l'efficacité **d'une protection plus économique que bureaucratique**. Par exemple, la protection de l'emploi passe par des indemnités plus fortes et une incitation plus importante pour le retour à l'emploi, plutôt qu'une complication de la procédure de licenciement. C'est cette complexité du droit français qui est souvent l'objet des critiques…

---

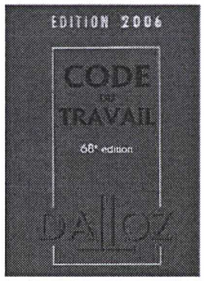
[1] On décrit habituellement le modèle socio-économique nordique par le néologisme de *flexicurité*, qui traduit un système où la flexibilité dynamise le marché du travail et où en même temps la sécurité des travailleurs est défendue.

EN RESUME....

TROP PROTECTEUR ?

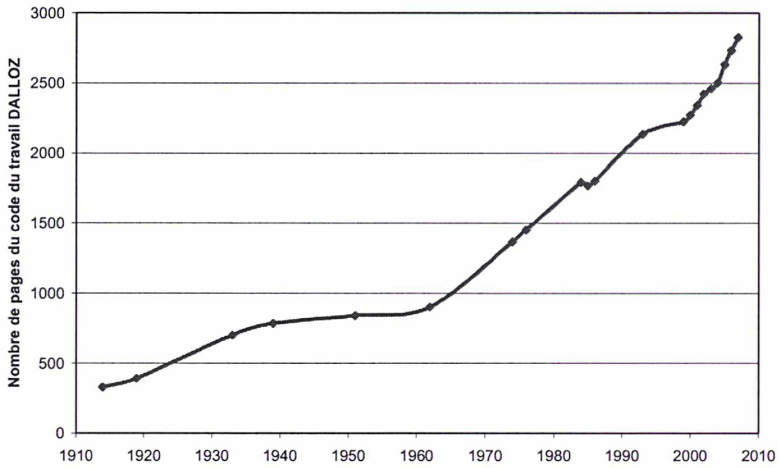
- Aucun lien statistique n'a été démontré entre efficacité du marché du travail et niveau de protection de la législation pour l'emploi.
- Le droit du travail reflète un choix de société, une histoire, une éthique, qu'il convient de défendre.
- A niveau de protection égale, plusieurs modèles existent : les modèles nordiques en particulier semblent efficaces en assurant une protection plus économique que bureaucratique.

1.2 TROP COMPLEXE ?



Quand nous avons commencé notre réflexion, nous nous sommes procuré bien évidemment un Code du travail DALLOZ dans l'objectif, naïvement ambitieux, de nous familiariser avec son contenu. Quel ne fut pas notre étonnement en constatant qu'il était composé **de près de 2 800 pages et plus de 1 900 articles** !

Depuis quand est-il si épais, reflet indiscutable de sa complexité ? En observant sur la courbe ci-dessous l'évolution du nombre de pages du Code du travail, on remarque que depuis un siècle son accroissement va en s'accentuant, son nombre de pages a été multiplié par dix et dans les dernières années, cette croissance semble s'accélérer à un point tel que les mauvaises langues y voient une fâcheuse tendance exponentielle.



On murmure que 50% du contenu du Code du travail ne serait pas appliqué… Un exemple parmi d'autres : la mise en place d'un comité d'entreprise n'est effective que dans 88% des entreprises de plus de 50 salariés (seuil d'obligation légale) et seulement 63% des établissements de plus de 10 salariés disposent d'un délégué du personnel alors que là aussi c'est obligatoire [6]. Mais nous n'aborderons pas ici le problème du nombre d'inspecteurs du travail que l'on dit n'être pas assez

« Pour respecter la loi, il faut la connaître. Pour la connaître, il faut qu'elle soit claire et stable. Or [...] nombre de nos lois ne sont ni claires ni stables. La France légifère trop et mal ».

Renaud Denoix de Saint Marc, vice-président du Conseil d'État, Rapport public 2006 du Conseil d'État.

Art. R234-6-6 « Le transport sur tricycles porteurs à pédales est interdit aux femmes de moins de dix-huit ans. [...] »

nombreux pour assurer la bonne application du droit. En fait la non-application dans les faits d'une partie du Code vient surtout de ce qu'il est **illisible** et bien souvent **inappliqué** car **inapplicable**. Ce résultat est principalement celui d'un processus d'élaboration, législatif et réglementaire, par succession de couches, sans réflexion d'ensemble et sur l'articulation avec les textes antérieurs. La conséquence de cela est que le Code du travail ressemble à un inventaire à la Prévert, avec ses clauses inutiles, contradictoires et parfois anachroniques. Nous avons choisi, pour l'illustrer, quelques perles jalonnant, encore en 2007, notre Code du travail (voir encadrés).

Art. L234-1 « Les chefs d'établissements industriels et commerciaux dans lesquels sont employés des jeunes travailleurs de moins de dix-huit ans doivent veiller au maintien des bonnes moeurs et à l'observation de la décence publique. »

Cette complexité et ce niveau de détails excessif n'est pas tellement un problème pour les grosses sociétés munies de services juridiques pléthoriques, mais devient un véritable **cauchemar pour les petites et moyennes entreprises (PME)** qui n'ont ni le temps ni les moyens de connaître toutes les subtilités du Code : cela nuit clairement à l'efficacité du droit du travail en différenciant les situations des salariés selon la taille de leur entreprise. Nos interlocuteurs dirigeants de très petites entreprises nous ont avoué que, très certainement, ils sont en infraction sur certains points : ce ne sont certainement ni des bourreaux ni des esclavagistes, mais n'ont pas les capacités suffisantes pour bien l'appliquer. « *Quand j'aurai le temps, j'aimerai m'y intéresser plus précisément* », nous avoua l'un d'eux ; mais nous savions que, du temps, il en manquait constamment, et qu'il travaillait toujours dans l'urgence, *« le nez dans le guidon »*. La proposition n°4 du rapport Virville que nous présentons plus loin prend en compte cette difficulté en suggérant l'établissement d'« *un manuel destiné aux très petites entreprises* », un « *outil de vulgarisation* » qui remplirait l'obligation constitutionnelle d'accessibilité du droit. Cette proposition est tout à fait pertinente et serait bienvenue.

Art. R143-1 « Le paiement [du salaire] ne peut être effectué un jour où le salarié a droit au repos [...]. Il ne peut avoir lieu dans les débits de boissons [...]. »

Art. L. 232-2 « Il est interdit à toute personne d'introduire [...] dans les établissements [...] toutes boissons alcoolisées autres que le vin, la bière, le cidre, le poiré [...]. »

> « *La société individualiste contemporaine qui, à certains égards marque le triomphe de notre régime de libertés a volontiers tendance à préférer « la loi pour chacun » ou « la loi pour les autres » à « la loi pour tous ».* »
>
> Christian Poncelet, président du Sénat, Actes du Colloque « Vie la loi », le 25 mai 2004.

Les règlements ne sont pas les seuls à ainsi se laisser aller à tant de détails inutiles. Le législateur a une forte tendance à aller dans le détail qui rend le « *one size fits all* » plus difficile à se réaliser. L'exemple le plus souvent cité par nos interlocuteurs est celui de la procédure de construction d'un plan de sauvegarde pour l'emploi (PSE), autrefois appelé « plan social ». Jean-Emmanuel Ray, professeur à l'université Paris-I (Panthéon Sorbonne) et à l'Institut d'Études Politiques de Paris, en parle en ces termes : « *[les progrès en termes de protection] ont abouti en matière procédurale à une complexité abracadabrantesque (Livres I, III, IV) certes créatrice d'emplois pour les jeunes juristes en droit social, mais totalement incompréhensible pour le non-initié* » (cf. encadré page suivante pour le détail du déroulement d'un PSE). Les articles L321-2 et suivants, qui concernent les licenciements collectifs pour motif économiques, décrivent ainsi la deuxième phase du PSE et nous livrent quelques exemples de complexité et d'excessifs détails.

> « *La loi devrait être solennelle, brève et permanente. Elle est aujourd'hui bavarde, précaire et banalisée* ».
>
> Renaud Denoix de Saint Marc, vice-président du Conseil d'État, Journal du Dimanche, 21 janvier 2001.

> « *Art. L321-3 [...] le comité d'entreprise tient deux réunions. Les deux réunions doivent être séparées par un délai qui ne peut être supérieur à quatorze jours lorsque le nombre des licenciements est inférieur à cent, à vingt et un jours lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à cent et inférieur à deux cent cinquante, et à vingt-huit jours lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à deux cent cinquante* ».

Nombreux sont nos interlocuteurs dont la volubilité a crû à l'évocation des problèmes procéduraux soulevés par les PSE et les exemples d'autres pays ; en Italie, par exemple, la procédure est beaucoup plus rapide et efficace : le plan doit être négocié en 50 jours pendant lesquels en particulier la grève est interdite. La réflexion est accélérée et cela semble mieux fonctionner. Plus souple, plus efficace, bien que parfois plus cher. Pour les multinationales que nous avons rencontré, **la France est le pays où la réglementation est la plus inutilement contraignante**.

QUELQUES REPERES : PLAN SOCIAL POUR L'EMPLOI (PSE)

Toute entreprise de plus de cinquante salariés envisageant de licencier **dix salariés et plus sur une période d'un mois** doit consulter son comité d'entreprise sur un projet de PSE. Il se bâtit en deux phases de consultations distinctes (application de deux Livres du Code du travail) :

Livre IV : obligation faite à l'employeur d'informer et de consulter le Comité d'Entreprise (CE) sur tout projet de restructuration et de compressions des effectifs. Le CE peut demander à disposer d'informations complémentaires, formuler des vœux ou des propositions alternatives auxquels l'employeur est tenu d'apporter des réponses motivées. La procédure est close dès lors que le CE a formulé son avis.

Livre III : phase qui porte sur les critères permettant d'élaborer l'ordre des licenciements et sur le projet de plan de sauvegarde de l'emploi. À l'inverse de la précédente, le déroulement de cette phase est très précisément encadré par la loi.

Dans les deux cas, la teneur des avis émis par le CE n'a aucune conséquence particulière, l'employeur restant libre de ses décisions de gestion. Mais ce n'est qu'après ces deux consultations et après avoir reçu les deux avis du CE que l'employeur peut procéder à la notification de licenciements individuels en se conformant à l'ordre établi.

Après cette constatation d'un niveau de détails inutile et préjudiciable à la compréhension et à l'application du code du travail, il n'est pas inutile de rappeler l'**article 34** de notre Constitution :

« *La loi détermine les* ***principes fondamentaux*** *du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ».

Et il semble que le législateur outrepasse parfois ses attributions, bien que, bien entendu, la notion même de « *principes fondamentaux* » soit floue et changeante. « *Elle englobe notamment les éléments essentiels de la relation individuelle de travail et, en particulier, les droits et garanties offerts aux salariés, les règles de la négociation collective, le droit syndical, celui de la représentation collective des salariés, les modalités d'exercice du droit de grève, les sanctions correctionnelles et civiles et les pouvoirs de contrôle de l'inspection du travail* » [22]. Mais comme on l'a montré plus haut, le législateur, perfectionniste et soucieux d'exhaustivité, se laisse aller à trop de détails et ne prête pas assez de place à la négociation ; quand il le fait, comme dans le cas du PSE, son déroulement est si encadré qu'elle est, de l'avis de beaucoup de nos interlocuteurs, **trop formelle** et devient ainsi **inféconde**.

UNE NOUVELLE CODIFICATION DU CODE DU TRAVAIL

Face à cet état des lieux largement partagé, un premier pas a été fait en direction de la simplification du Code du travail. En effet, le ministre délégué aux relations du travail, Gérard Larcher, promet, le 16 février 2005, une réécriture à droit constant du Code du travail, la dernière « recodification » remontant à plus de trente ans (1973). En particulier le Livre I intitulé « conventions relatives au travail » est gavé de parties disparates composées d'une part de la plupart des dispositions des nouvelles formes d'emploi (contrat à durée déterminée, intérim) et d'autre part de toutes les dispositions relatives à la relation individuelle de travail et à la négociation collective. Le livre III est noyé sous les nouvelles dispositions de soutien à l'emploi tandis que le livre VII ressemble plus une accumulation pointilliste de cas particuliers. La logique a vieilli et ne semble plus adaptée. La loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006 prévoit ainsi dans son article 57 :

> « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution*[2]*, le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du code du travail à droit constant, afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées, d'améliorer le plan du code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification.* »

Dans ce cadre, l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 procède à une nouvelle codification à droit constant de la **partie législative du Code du travail**. Le nouveau texte n'entrera en vigueur que lorsque la partie réglementaire sera elle aussi réécrite et au plus tard le 1er mars 2008 (article 14 de l'ordonnance). Les raisons d'une telle recodification sont rappelées dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance :

> *« L'actuel Code, issu de la loi n° 73-4 du 2 janvier 1973 relative au Code du travail, a fait l'objet, depuis, de très nombreux et substantiels ajouts et modifications qui ont eu un impact direct sur sa logique, sa structure et son contenu. [...]*

---

[2] « Art. 38. - Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 26 juin 2003 (n°2003-473 DC, JORF 3 juillet 2003, p.11205) précise même qu'une opération de recodification par ordonnances peut se faire non seulement à droit constant mais peut aller jusqu'à « adapter la législation à l'évolution des circonstances de droit et de fait, à abroger des dispositions désuètes et, le cas échéant, à modifier celles dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat ».

> *Le Code du travail a ainsi progressivement perdu en cohérence et en clarté. [...] L'actuel Code du travail ne répond plus qu'imparfaitement à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi consacré par le Conseil constitutionnel. »*

Il s'est surtout agi

- de repenser la structure du Code (substitution de huit parties divisées en livres aux neuf livres existants – voir. Encadrés pages suivantes –, avec une numérotation qui passe ainsi de trois à quatre niveaux : vision long terme qui permettra une évolution du code plus claire et aisée),
- de passer à une logique « utilisateurs » (employeurs, salariés, délégués syndicaux, membres des institutions représentatives du personnel),
- de raccourcir la longueur des articles (principe d'une idée par article),
- de réduire le nombre de renvois d'article en article au strict nécessaire,
- d'en uniformiser et d'en actualiser les termes (exemples : remplacement du mot « délai-congé » par le « préavis » ; substitution du mot : « employeur » aux mots : « chef d'entreprise », « chef d'établissement » ou « entrepreneur »),
- d'introduire des définitions jusque là restées floues ou jurisprudentielles (définition de la relation triangulaire entre le salarié temporaire, l'entreprise de travail temporaire et le client utilisateur ; définition de la notion de « jeune travailleur »),
- d'abroger les dispositions qui sont apparues inutiles, obsolètes, transitoires ou incompatibles avec l'état du droit, notamment le droit communautaire (en particulier les dispositions réglementant le travail des femmes, en dehors des cas visant à protéger les femmes enceintes ou allaitantes).

Cette recodification a eu une conséquence arithmétique : « *Le nombre d'articles passera de 1.891 à 3.652, et le nombre de caractères de 1,69 million à 1,52 million. [...] le nombre moyen de caractères par article passera de 894 à 416* »[3]. Le Code s'accompagne en outre d'un tableau de concordance des anciens numéros avec les nouveaux de 198 pages.

---

[3] La Tribune, 8 mars 2007.

Des critiques se font entendre, en particulier de la part des syndicats. La CGT, par exemple, dénonce une « *tromperie sur la marchandise* » : « *c'est la mise à plat du Code du travail, et l'écriture d'un texte nouveau qui en modifie substantiellement le contenu, le sens général et l'interprétation jurisprudentielle qui en sera faite* », selon Philippe Masson, responsable du secteur juridique de la CGT[4]. Le gouvernement introduit « *une nouvelle grammaire qui établit de nouveaux ordres de priorité* », explique Claudy Ménard, représentant CGT au sein de la commission des partenaires sociaux. En fait, le plan choisi par le gouvernement peut ne pas être tout à fait neutre : par exemple, la troisième partie, dans le nouveau code, mêle salaire et durée légale du travail, ce qui n'était pas le cas avant. Cela ne nous laisse pas indifférents : on sait que les questions salariales sont normalement laissées à la négociation des partenaires sociaux et la durée effective du travail dans les pays autres que la France aussi…

En fait, à ces quelques nuances près, comme il s'agissait d'un toilettage à droit constant, la simplification a eu lieu sur la **forme et non sur le fond**. Un travail plus ambitieux, qui va plus loin encore est sans doute à mener afin de clarifier ce qui relève du domaine de la loi, « *les principes fondamentaux* » de la Constitution et des règlements, ou de la négociation collective.

[4] L'Humanité, 23 février 2006.

STRUCTURE DU CODE DU TRAVAIL –Partie législative actuelle

LIVRE IER – CONVENTIONS RELATIVES AU TRAVAIL

TITRE PRÉLIMINAIRE – DIALOGUE SOCIAL ; *TITRE IER* – CONTRAT D'APPRENTISSAGE ;
TITRE II – CONTRAT DE TRAVAIL ;*TITRE III* – CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS DE TRAVAIL ;
TITRE IV – SALAIRE (ARTICLE L140-1) ; *TITRE V* – PÉNALITÉS.

LIVRE II – RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL

TITRE IER – CONDITIONS DU TRAVAIL ; *TITRE II* – REPOS ET CONGÉS ;
TITRE III – HYGIÈNE, SÉCURITÉ ET CONDITIONS DE TRAVAIL ;
TITRE IV – SERVICES DE SANTÉ AU TRAVAIL ; *TITRE V* – SERVICE SOCIAL DU TRAVAIL ;
TITRE VI – PÉNALITÉS.

LIVRE III – PLACEMENT ET EMPLOI

TITRE IER – PLACEMENT ; *TITRE II* – EMPLOI ;
TITRE III – CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'ÉGALITÉ PROFESSIONNELLE ENTRE FEMMES ET HOMMES ;
TITRE IV – MAIN-D'OEUVRE ÉTRANGÈRE ET DÉTACHEMENT TRANSNATIONAL DE TRAVAILLEURS ;
TITRE V – TRAVAILLEURS PRIVÉS D'EMPLOI ; *TITRE VI* – PÉNALITÉS.

LIVRE IV – GROUPEMENTS PROFESSIONNELS, REPRÉSENTATION DES SALARIÉS, INTÉRESSEMNT, PARTICIPATION, PLAN D'ÉPARGNE SALARIALE

TITRE IER – LES SYNDICATS PROFESSIONNELS ;
TITRE II – LES DÉLÉGUÉS DU PERSONNEL ; *TITRE III* – LES COMITÉS D'ENTREPRISE ;
TITRE IV – INTÉRESSEMENT, PARTICIPATION ET PLANS D'ÉPARGNE SALARIALE ;
TITRE V – FORMATION ÉCONOMIQUE, SOCIALE ET SYNDICALE ;
TITRE VI – DROIT D'EXPRESSION DES SALARIÉS ;
TITRE VII – FONDS SALARIAUX ; *TITRE VIII* – PÉNALITÉS.

LIVRE V – CONFLITS DU TRAVAIL

TITRE IER – CONFLITS INDIVIDUELS - CONSEILS DE PRUD'HOMMES ;
TITRE II – CONFLITS COLLECTIFS ; *TITRE III* – PÉNALITÉS.

LIVRE VI – CONTRÔLE DE L'APPLICATION DE LA LÉGISLATION ET DE LA RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL

TITRE IER – SERVICES DE CONTRÔLE ; *TITRE II* – OBLIGATIONS DES EMPLOYEURS ;
TITRE III – PÉNALITÉS.

LIVRE VII – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À CERTAINES PROFESSIONS

TITRE IER – ENERGIE - INDUSTRIES EXTRACTIVES ; *TITRE II* – INDUSTRIES DE TRANSFORMATION ;
TITRE III – BÂTIMENTS ET TRAVAUX PUBLICS ; *TITRE IV* – TRANSPORTS ET TÉLÉCOMMUNICATIONS ;
TITRE V – VOYAGEURS, REPRÉSENTANTS ET PLACIERS ;
TITRE VI – JOURNALISTES, ARTISTES, MANNEQUINS ;
TITRE VII – CONCIERGES ET EMPLOYÉS D'IMMEUBLES À USAGE D'HABITATION, EMPLOYÉS DE MAISON, ASSISTANTS MATERNELS ET ASSISTANTS FAMILIAUX, ÉDUCATEURS ET AIDES FAMILIAUX, PERSONNELS PÉDAGOGIQUES OCCASIONNELS DES ACCUEILS COLLECTIFS DE MINEURS, PERMANENTS DES LIEUX DE VIE ;
TITRE VIII – DISPOSITIONS RELATIVES À CERTAINES CATÉGORIES DE TRAVAILLEURS ET D'ENTREPRISES ; *TITRE IX* – PÉNALITÉS.

LIVRE VIII – DISPOSITIONS SPÉCIALES À L'OUTRE-MER

TITRE IER – CONVENTIONS RELATIVES AU TRAVAIL ;
TITRE II – RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL ; *TITRE III* – PLACEMENT ET EMPLOI ;
TITRE V – CONFLITS DU TRAVAIL ; *TITRE VIII* – PÉNALITÉS.

LIVRE IX – DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE CONTINUE DANS LE CADRE DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE TOUT AU LONG DE LA VIE

TITRE IER – DES INSTITUTIONS DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE
TITRE II – DES DROITS ET DES OBLIGATIONS DES ORGANISMES DE FORMATION
TITRE III – DES DROITS INDIVIDUELS ET COLLECTIFS DES SALARIÉS EN MATIÈRE DE FORMATION
TITRE IV – DE LA CONTRIBUTION DE L'ETAT ET DES RÉGIONS
TITRE V – DE LA PARTICIPATION DES EMPLOYEURS AU DÉVELOPPEMENT DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE CONTINUE
TITRE VI – DES AIDES FINANCIÈRES ACCORDÉES AUX STAGIAIRES DE FORMATION PROFESSIONNELLE ET DE LEUR PROTECTION SOCIALE
TITRE VII – DISPOSITIONS RELATIVES AUX AGENTS DE L'ETAT ET DES COLLECTIVITÉS LOCALES
TITRE VIII – DES CONTRATS ET DES PÉRIODES DE PROFESSIONNALISATION
TITRE IX – CONTRÔLE DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE CONTINUE - DISPOSITIONS DIVERSES - DISPOSITIONS PÉNALES

STRUCTURE DU CODE DU TRAVAIL – Nouvelle partie législative

1ère PARTIE – LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL

LIVRE Ier – DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES
LIVRE II – LE CONTRAT DE TRAVAIL
LIVRE III – LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR ET LE DROIT DISCIPLINAIRE
LIVRE IV – LA RÉSOLUTION DES LITIGES LE CONSEIL DE PRUD'HOMMES
LIVRE VIII – DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

2e PARTIE – LES RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

LIVRE Ier – LES SYNDICATS PROFESSIONNELS
LIVRE II – LA NÉGOCIATION COLLECTIVE - LES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS DE TRAVAIL
LIVRE III – LES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL
LIVRE IV – LES SALARIÉS PROTÉGÉS
LIVRE V – LES CONFLITS COLLECTIFS
LIVRE VI – DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

3e PARTIE – DURÉE DU TRAVAIL, SALAIRE, INTÉRESSEMENT, PARTICIPATION ET ÉPARGNE SALARIALE

LIVRE Ier – DURÉE DU TRAVAIL, REPOS ET CONGÉS
LIVRE II – SALAIRE ET AVANTAGES DIVERS
LIVRE III – INTÉRESSEMENT, PARTICIPATION ET ÉPARGNE SALARIALE
LIVRE IV – DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

4e PARTIE – SANTÉ ET SÉCURITÉ AU TRAVAIL

LIVRE Ier – DISPOSITIONS GÉNÉRALES
LIVRE II – DISPOSITIONS APPLICABLES AUX LIEUX DE TRAVAIL
LIVRE III – ÉQUIPEMENTS DE TRAVAIL ET MOYENS DE PROTECTION
LIVRE IV – PRÉVENTION DE CERTAINS RISQUES D'EXPOSITION
LIVRE V – PRÉVENTION DES RISQUES LIÉS À CERTAINES ACTIVITÉS OU OPÉRATIONS
LIVRE VI – INSTITUTIONS ET ORGANISMES DE PRÉVENTION
LIVRE VII – CONTRÔLE
LIVRE VIII – DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

5e PARTIE – L'EMPLOI

LIVRE Ier – LES DISPOSITIFS EN FAVEUR DE L'EMPLOI
LIVRE II – DISPOSITIONS APPLICABLES À CERTAINES CATÉGORIES DE TRAVAILLEURS
LIVRE III – SERVICE PUBLIC DE L'EMPLOI ET PLACEMENT
LIVRE IV – LE DEMANDEUR D'EMPLOI
LIVRE V – DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

6e PARTIE – LA FORMATION PROFESSIONNELLE TOUT AU LONG DE LA VIE

LIVRE Ier – PRINCIPES GÉNÉRAUX ET ORGANISATION INSTITUTIONNELLE DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE
LIVRE II – L'APPRENTISSAGE
LIVRE III – LA FORMATION PROFESSIONNELLE CONTINUE
LIVRE IV – VALIDATION DES ACQUIS DE L'EXPÉRIENCE
LIVRE V – DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

7e PARTIE – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À CERTAINES PROFESSIONS ET ACTIVITÉS

LIVRE Ier – JOURNALISTES PROFESSIONNELS PROFESSIONS DU SPECTACLE, DE LA PUBLICITÉ ET DE LA MODE
LIVRE II – CONCIERGES ET EMPLOYÉS D'IMMEUBLES À USAGE D'HABITATION, EMPLOYÉS DE MAISON ET SERVICES À LA PERSONNE
LIVRE III – VOYAGEURS, REPRÉSENTANTS OU PLACIERS, GÉRANTS DE SUCCURSALES ET CONJOINTS SALARIÉS DU CHEF D'ENTREPRISE
LIVRE IV – TRAVAILLEURS À DOMICILE
LIVRE V – DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

8e PARTIE – CONTRÔLE DE L'APPLICATION DE LA LÈGISLATION DU TRAVAIL

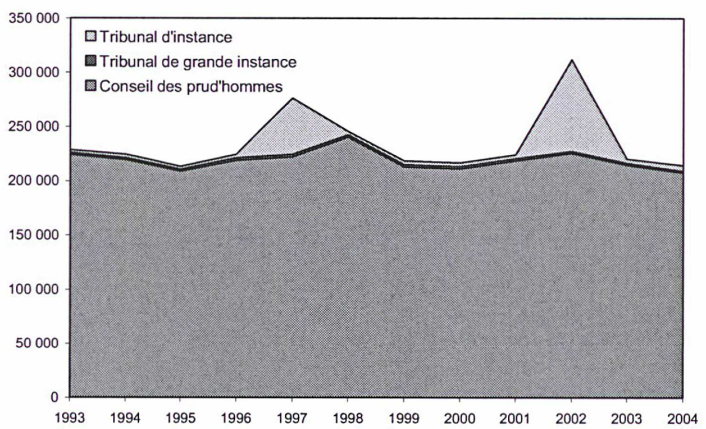
LIVRE Ier – INSPECTION DU TRAVAIL
LVRE II – LUTTE CONTRE LE TRAVAIL ILLÉGAL
LIVRE III – DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

TROP DE DETAILS, TROP DE LITIGES ?

L'idée souvent véhiculée est que, dans un contexte de judiciarisation croissante des rapports entre l'employé et l'employeur, cette complexité, si elle n'est pas nouvelle, devient de plus en plus une cause de litiges.

Or on n'observe pas d'augmentation du contentieux du travail, mais plutôt une **diminution des litiges devant les prud'hommes**, comme en témoigne ce graphique.

EVOLUTION DU NOMBRE DES LITIGES DU TRAVAIL SELON LE TYPE DE JURIDICTION



Source : ministère de la Justice [23]

Le nombre de demandes formées aux prud'hommes a diminué en 10 ans de 8%. Les pics de contentieux devant les tribunaux d'instance correspondent aux litiges liés aux élections prud'homales.[5]

[5] Les litiges sont portés en première instance devant les prud'hommes lorsqu'ils opposent un salarié à son employeur, devant le tribunal de grande instance lorsqu'il s'agit de conflits collectifs et devant le juge d'instance pour les contentieux qui portent sur la désignation des représentants des salariés. Les recours ont lieu devant les formations spécialisées des cours d'appel sauf pour les contentieux de peu d'importance (litiges électoraux ou litiges prud'homaux portant sur des sommes inférieures à 3720€) dont le pourvoi devant la Cour de Cassation devient la seule voie de recours.

En revanche, le nombre de recours devant la cour d'appel augmente sur la même période de 35%, passant ainsi de 36 000 à 50 000 : plus de 80% de cette augmentation est due à l'augmentation de l'appel concernant les contestations des licenciements pour motif personnel. On verra plus loin que ce n'est pas l'évolution du contentieux qui caractérise l'évolution des rapports employés - employeurs mais **la place grandissante que prend le licenciement pour motif personnel**.

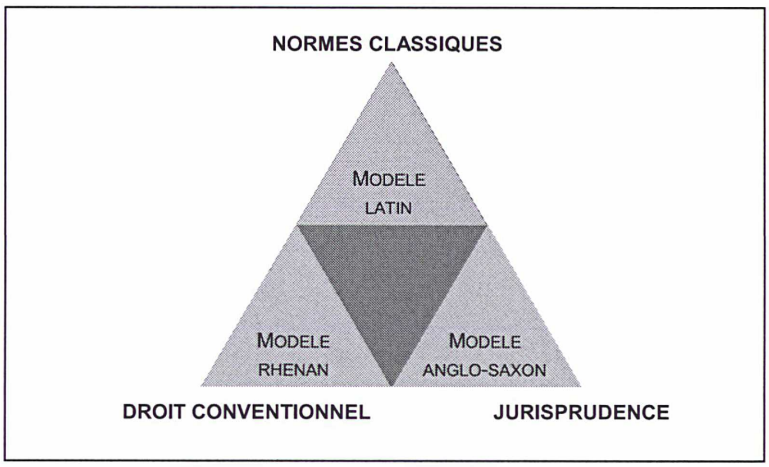
La judiciarisation des rapports sur le marché du travail n'est donc qu'une illusion qui n'a pas d'assise réelle.

LA COMPLEXITE EST EGALEMENT AILLEURS...

En fait, cette complexité que beaucoup déplorent n'est-elle pas tout simplement l'**apanage des pays développés** ? Comme certains nous l'ont souligné, **notre Code du travail a au moins un avantage énorme : précisément celui d'être codifié**. En effet, dans des pays où la jurisprudence est la principale source du droit, l'apprentissage et la connaissance des règles sont plus difficiles. De quoi nous plaignons-nous ? Les règles sont peut-être nombreuses et complexes, mais elles sont toutes inscrites au sein d'un même Code du travail. Tout est là ! Tout est là, ou presque...

Il existe plusieurs **sources de droit** :

- ✓ les normes classiques : traités ratifiés, conventions internationales dans le cadre de l'OIT, droit communautaire, Constitution, lois, ordonnances et règlements qui nourrissent notre Code du travail ;
- ✓ le droit conventionnel : accords interprofessionnels, conventions collectives de branches, accords d'entreprise ou d'établissement, usages d'entreprise, règlement intérieur, contrat de travail ;
- ✓ la jurisprudence.



Les modèles varient selon les pays. En simplifiant un peu, l'on peut dire qu'ils mettent l'accent sur l'une ou l'autre de ces sources : le modèle latin préfère les normes classiques, le modèle rhénan la négociation et enfin le modèle anglo-saxon la « common law », la jurisprudence.

Le problème en France ne viendrait pas seulement de la complexité de sa norme classique, de son Code, mais surtout **de la place croissance prise par les autres sources de droit**. Historiquement, c'est le modèle latin qui prédomine : le législateur fait le droit du travail. Depuis la loi de 1841 sur le travail des enfants[6], le législateur s'est employé au fil du XIX^{e} et du XX^{e} siècle à restreindre la liberté contractuelle des entreprises pour garantir la protection des salariés. Le premier Code du travail est adopté par le parlement entre 1910 et 1927. Mais depuis la loi-cadre de 1919 se développe aussi un droit conventionnel issu de la négociation entre syndicats patronaux et salariaux. C'est surtout après la deuxième guerre mondiale que se développe ce droit, en particulier les lois de 1971 et 1982 encouragent les accords d'entreprise. On l'a dit, la Constitution précise que « *la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail* » et donc consacre le « *double visage du droit du travail* », pour reprendre l'expression de la Commission Virville [22]. Mais c'est surtout au cours des quinze dernières années que l'on observe un gonflement des différentes sources de droit. En effet, quand le nombre de pages du Code du travail

---

[6] Pas plus de 6h par jour pour les moins de 12 ans, pas plus de 12h par jour pour les mineurs de plus de 12 ans, pas de travail de nuit ni les dimanches et jours fériés pour les garçons de moins de 16 ans et les filles de moins de 21 ans. La loi interdisait aussi le travail dans les mines pour les moins de 12 ans et les femmes, et rendait l'école obligatoire durant les temps libres de enfants de moins de 12 ans.

augmentait de 24% entre 1990 et 2004, le nombre d'accords et de conventions signées augmentait de 111% et la jurisprudence, dont il est plus difficile de mesurer l'importance croissante, a pris une place centrale dans l'élaboration du droit, principalement du droit du licenciement.

Bien sûr une telle articulation des sources de droit pourrait être un atout puisqu'elle devrait signifier une meilleure adaptation aux réalités du terrain, une acceptation et une stabilisation des normes. Mais il n'en est rien : **ce non-choix d'un modèle clair participe à une complexité qui va croissant** ; la guerre entre le législateur et le juge doit prendre fin avec une place adaptée et clarifiée donnée à la négociation.

EN RESUME....

TROP COMPLEXE ?

- Le Code apparaît illisible, inapplicable, issu d'un processus de construction par couches successives, sans cohérence d'ensemble.
- Le problème est en particulier patent pour les PME, pour lesquelles il convient de faire un effort de pédagogie (on retient l'idée de M. de Virville d'écrire un manuel à destination des PME).
- La nouvelle codification du Code du travail, qui porte sur la forme et non le fond, est un premier pas : une réflexion plus profonde doit être menée pour clarifier ce qui relève de la loi et de la négociation.
- Contrairement à ce qu'on pourrait penser, cette complexité n'implique pas de judiciarisation des rapports sur le marché du travail. Les demandes devant les prud'hommes sont en baisse.
- Notre droit du travail a l'avantage d'être codifié ! Une grande partie de la complexité vient de ce que, ces dernières décennies, les sources conventionnelles et jurisprudentielles ont pris une place croissante. Il s'agit, en clarifiant la place donnée à la négociation, de faire cesser la concurrence entre le juge et le législateur.

1.3 TROP INSTABLE ?

Parmi les grands reproches qui sont faits au droit du travail français, celui qui est répété avec le plus d'insistance et de vigueur est peut-être celui qui concerne son **instabilité**. C'est un point de vue qui réunit aussi bien des juristes, des entrepreneurs et des représentants salariés, pour une fois d'accord au-delà des clivages traditionnels. Les investisseurs étrangers se plaignent également de son imprévisibilité, ce qui ne veut pas nécessairement dire qu'ils investissent moins car d'autres critères de décision pèsent dans la balance. Tous partagent une **aversion au risque juridique** qui leur fait redouter plus que tout au monde les situations floues où il est malaisé de dire ce qui est conforme au droit et ce qui ne l'est pas, et surtout où personne ne semble pouvoir garantir que ce qui est légal aujourd'hui le sera encore demain.

Cette situation est le produit de deux composantes bien distinctes : **l'insécurité juridique** d'une part, liée aux décisions jurisprudentielles qui peuvent infléchir a posteriori le sens de la loi et connaissent parfois des revirements spectaculaires, et **l'instabilité législative** d'autre part, en d'autres termes l'accumulation quasi annuelle de lois sur les sujets « sensibles » donnant le tournis à tous les observateurs qui tentent de se tenir à jour.

L'INSECURITE JURIDIQUE

Le rôle de la jurisprudence

De toute évidence quand une nouvelle loi est promulguée il s'écoule un certain délai avant que les premiers contentieux relatifs à cette loi n'apparaissent et qu'ils ne soient jugés. Les décisions rendues donneront alors, souvent des années après la promulgation de la loi (une dizaine selon certains de nos interlocuteurs), un éclairage a posteriori sur la façon dont il fallait comprendre le texte écrit. Sans parler bien sûr de rétroactivité dans ce cas, on peut estimer que l'attente de jurisprudence implique une certaine forme d'insécurité.

Il existe des moyens pour raccourcir cette période, comme la **saisine** par les juges de première instance ou d'appel de la Cour de Cassation – ou du Conseil d'Etat quand il s'agit de droit administratif – qui nécessite une réponse dans un délai de trois mois. L'avis rendu n'a pas l'autorité de la chose jugée mais éclaire sur la façon dont la Cour de Cassation jugera probablement les cas futurs. Néanmoins, cette procédure est en pratique essentiellement appliquée par les juridictions administratives, tandis que la grande majorité des litiges relatifs au droit du travail sont traités devant les juridictions judiciaires.

De manière générale, on peut s'interroger sur le poids occupé par la jurisprudence dans le droit du travail français. En effet le droit français est un droit écrit, directement inspiré du **modèle latin**. La jurisprudence n'est censée être qu'une source secondaire du droit, qui illustre le propos légal plus qu'elle ne le façonne. Dans ce cas, les éventuelles périodes pendant lesquelles la jurisprudence ne serait pas complètement établie n'auraient pas une si grande importance car l'essentiel est dans le Code – le Code du Travail en l'occurrence. Au contraire le **modèle anglo-saxon**, dit de « common law », accorde une part primordiale à la jurisprudence. Mais comme nous l'avons mentionné précédemment, les choses semblent avoir évolué, et le modèle français historique n'est peut-être plus si loin que ça du modèle anglo-saxon.

De nombreuses personnes que nous avons rencontrées, acteurs du monde législatif, directeurs de ressources humaines ou avocats estiment que depuis quelques temps la Chambre Sociale de la Cour de Cassation est allée trop loin et qu'**elle *fait* désormais le droit du travail**. C'est en particulier le cas depuis qu'elle a véritablement construit tout un ensemble jurisprudentiel orienté dans un certain sens politique et idéologique, sous l'impulsion de l'ancien doyen de la Cour de Cassation Philippe Waquet.

Pour les juges de la Cour de Cassation au contraire, la situation actuelle en France est très claire : on reste dans un modèle de Codes écrits, faits de lois votées par le Parlement, et les réponses des juges aux questions de droit qui leur sont posées ne sont au plus que des interprétations des textes. Ils insistent également sur l'intérêt de la jurisprudence, car c'est elle qui peut faire évoluer, adapter le droit à des cas nouveaux et imprévus, en particulier en ce qui concerne la vie économique. Philippe Waquet résume la préoccupation constante de la jurisprudence en ce qu'elle « – *même si elle est critiquée comme trop sévère par les uns, comme trop laxiste par les autres – a cherché à tenir compte, de façon équilibrée, des contraintes économiques qui justifient des licenciements, sans pour autant renoncer à défendre les emplois* ».

Le débat à la fois théorique et pratique sur la juste place de la jurisprudence dans le droit français reste donc largement ouvert.

Les revirements de jurisprudence

La jurisprudence n'a pas à être immuable par principe. Tout le monde reconnaît qu'une orientation passée donne des indications sur la façon dont les affaires seront jugées dans le futur, mais que chaque cas est différent et que les circonstances peuvent amener les juges à modifier la jurisprudence. Qu'il s'agisse d'un retournement radical ou d'une légère inflexion, la nouvelle interprétation se fait généralement rétroactivement, et c'est bien naturel, en particulier pour que le cas même qui a occasionné ce revirement puisse bénéficier de la nouvelle jurisprudence. Même si l'effet rétroactif de

cette décision peut générer de l'inquiétude pour les personnes éventuellement mises en cause, qui étaient jusqu'ici en accord avec la jurisprudence passée, ce principe n'est pas généralement remis en cause. On peut cependant penser qu'il serait souhaitable que la Cour de Cassation puisse au cas par cas davantage moduler les effets dans le temps de ses décisions, pour éviter dans certaines circonstances que la rétroactivité n'entraîne de trop grands effets déstabilisateurs. Pour l'heure, la modulation est possible, mais elle reste l'exception.

Par contre, le sujet qui fait véritablement débat à propos des revirements de jurisprudence concerne leur fréquence et leur justification. On entend souvent que ces revirements sont incessants ou au contraire qu'ils sont rares, sans nécessairement entendre les statistiques associées. En réalité, la Cour de Cassation souligne chaque année dans son rapport annuel [3] une cinquantaine d'arrêts significatifs concernant le droit du travail, dont en moyenne **trois ou quatre peuvent être considérés comme des revirements jurisprudentiels**. Mais on comprend bien que ce nombre peut à la fois être jugé subjectivement comme élevé et comme modéré selon que l'on aura à supporter ou non les conséquences concrètes de ces changements d'orientation. Il y a également souvent polémique sur les raisons qui conduisent les revirements de jurisprudence. La Cour de Cassation est attachée bien entendu à la notion de sécurité juridique, et ne procède à des revirements de jurisprudence que lorsqu'il y a des « **raisons valables** » pour cela, principe fondamental défendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Cour Européenne des Droits de l'Homme (voir encadré). Inversement, ses détracteurs qualifient certaines de ses décisions d'arbitraires et d'infondées.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a indiqué à plusieurs reprises son attachement à la sécurité juridique, sans pour autant interdire l'aspect rétroactif inhérent à la jurisprudence. Elle précise ainsi dans l'arrêt Chapman c/ Royaume-Uni du 18 janvier 2001 que *« sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents »*. L'arrêt Marckx c/ Belgique du 13 juin 1979 énonçait pour sa part qu'*« on ne saurait aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé »*.

Prenons l'exemple des clauses de non-concurrence (CNC) pour illustrer les deux points de vue. Trois arrêts du 10 juillet 2002 de la Cour de Cassation estiment que toute CNC doit faire l'objet d'une « rémunération spécifique », c'est-à-dire d'une « contrepartie financière », sans quoi elle n'est pas licite. Cette décision est mal ressentie par quasiment tous les services de ressources humaines des entreprises, qui se rendent compte du jour au lendemain que tous leurs contrats comprenant des CNC ne sont en fait pas

valables, et qu'il faut les réviser en urgence. On a pu entendre la Cour de Cassation être accusée d'être complètement déconnectée du terrain. Pour se défendre, celle-ci justifie sa décision par le fait que les CNC sont une atteinte à un des **droits fondamentaux** qu'est la liberté de travailler, et qu'en conséquence cette atteinte, limitée dans le temps et dans l'espace, doit être compensée financièrement. Le fait que l'on touche aux droits fondamentaux est une raison valable suffisante pour qu'un revirement de jurisprudence soit prononcé.

L'intervention du juge dans la vie économique

On le voit avec le point précédent, la polémique sur le poids des interventions de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation dans le droit du travail est non seulement technique, mais également idéologique. Bien des exemples montrent que les prises de position des uns et des autres résultent souvent de leur sensibilité plus ou moins libérale. De nombreuses décisions de justice sont critiquées parce qu'elles entravent la liberté économique et les bonnes conditions de la croissance des entreprises. De l'autre côté, et c'est un profond changement de mentalité, on insiste parfois sur le fait que la réflexion économique influe sur la réflexion jurisprudentielle. C'est le cas de Guy Canivet, premier président de Cour de Cassation jusqu'au 5 mars 2007, date à laquelle il a été nommé au Conseil Constitutionnel [29] , qui déclarait dans un discours du 7 septembre 2006 :

« *En tant que méthode critique [...], l'analyse économique du droit met le juge en mesure d'apprécier l'efficience des règles juridiques qu'il met en œuvre, et ce à de multiples points de vue.*

Consistant d'abord et avant tout dans une ***critique fonctionnelle****, l'analyse économique du droit invite à vérifier que les règles de droit sont adaptées aux fonctions sociales qui leur sont assignées. Ce n'est pas le moindre de ses intérêts. Mais ce n'est pas le seul.*

En tant que ***critique dynamique****, l'analyse économique promeut aussi une vision progressiste, et engage ainsi à la construction d'un droit meilleur. C'est là, me semble-t-il, un objectif sur lequel chacun peut s'accorder, en dépit des divergences sur les moyens d'y parvenir.*

Enfin, l'analyse économique vise encore, pour atteindre cet objectif, aussi bien à une ***critique comparatiste****, qui permet de mesurer l'efficience respective des règles instituées dans des ordres juridiques différents, qu'à une critique prédictive, qui établit des schémas de compréhension des finalités et des évolutions du système juridique.* »

Malgré tout, les juges reconnaissent que le but qu'ils poursuivent se situe ailleurs que dans le domaine purement économique, dans la défense des droits, dans la distinction entre la civilisation et la jungle où règne la loi du plus fort. Cette profonde différence – voire cette incompatibilité – entre le

monde économique et le monde juridique est perceptible très clairement à la lecture de textes comme le « Rapport sur les revirements de jurisprudence » [25] élaboré par une commission dont le président était l'universitaire Nicolas Molfessis, et à celle d'une réponse qui lui a été faite par Pierre Sargos, alors président de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, sous le titre « L'horreur économique dans le rapport de droit » [38]. Au-delà même des différences d'opinions de fond, la dialectique employée met en évidence l'opposition entre deux camps. Quand le premier rapport parle de *« violation de la volonté des parties à l'acte »*, d'*« effets fondamentalement anti-économiques »*, de *« dévoiement de la règle de droit »*, de *« solution qui défie le bon sens »*, d'*« imprévisibilité du droit et injustice du revirement »*, ou encore de *« combat de la rationalité contre l'irrationnel »*, le second voit dans ces critiques *« une approche réductrice, sinon caricaturale »*, une *« hémiplégie de la pensée sur les valeurs fondamentales de la personne humaine »*.

Il est à signaler que le juge, même s'il est amené à prendre des décisions lourdes de conséquences pour l'entreprise, ne se substitue pas au chef d'entreprise. Par exemple il peut être amené à se prononcer sur une procédure de licenciement collectif et à la déclarer valable ou non. Si elle ne l'est pas, la décision du juge peut aller jusqu'à la réintégration de tous les salariés licenciés, même si des années se sont écoulées entre le début de la procédure et le jugement[7]. Par contre, si le licenciement collectif est légal, le juge ne peut pas décider du choix de l'usine qui devra fermer, qui reste une décision purement managériale.

L'INSTABILITE LEGISLATIVE

Indépendamment de la façon dont la jurisprudence éclaire les lois, l'instabilité législative est source de cette incertitude tant redoutée par tous les acteurs du droit du travail, au premier rang desquels les entrepreneurs privés. Quand la durée de vie d'une loi est très courte avant que la suivante ne change la donne, comment prendre ses marques et préparer sereinement l'avenir ? Comment être certain que tous les efforts de réorganisation consentis pour s'adapter à la loi ne vont pas être réduits à néant si le prochain gouvernement fait marche arrière suite à une alternance politique ? On peut penser à l'exemple des lois sur le temps de travail qui se multiplient. Un gouvernement peut-il se permettre de revenir sur les 35 heures après tous les changements occasionnés dans les entreprises et les services publics ? Cependant que doit-il faire si les conséquences en apparaissent anti-économiques ?

---

[7] C'est le cas de l'arrêt pris par la Cour de Cassation le 13 février 1997 contre la Samaritaine, qui a imposé à l'employeur de réintégrer tous les salariés qui avaient été licenciés 2 ans auparavant.

La solution à cette impasse est malheureusement derrière nous : il aurait fallu plus de concertation en amont, avant de légiférer. Au lieu de mettre sur la table un ordre du jour décidé politiquement à la surprise de tous les partenaires sociaux, une négociation préalable aurait permis de meilleures dispositions. Premièrement, un accord qui a été négocié par les partenaires sociaux a plus de chances de servir l'intérêt général (beaucoup de syndicats ne demandaient pas de réduction du temps de travail), et deuxièmement il sera certainement plus stable dans le temps car plus légitime politiquement et plus adapté aux réalités économiques.

Pour illustrer comment la voie de la négociation est un moyen de limiter l'instabilité législative, l'exemple des Contrats à Durée Déterminée (CDD) et de l'intérim est particulièrement frappant. Jusqu'en 1990, les lois sur le sujet se succédaient à peu près tous les dix-huit mois. En 1990, le CNPF (l'actuel MEDEF) demande au gouvernement de se saisir du sujet, et négocie un accord avec les partenaires sociaux. Cet accord comprend une clause de nullité au cas où le Parlement y apporte une quelconque modification avant de le ratifier. Bien évidemment, le Parlement n'a pas forcément apprécié qu'on lui force ainsi la main et qu'il n'ait qu'à signer sans discuter, mais au final l'accord est devenu une loi, et cette loi n'a quasiment plus subi de modification en 17 ans !

EN RESUME....

TROP INSTABLE ?

- Le droit du travail français est instable, c'est le constat le plus sévère et le plus partagé qui lui soit fait.
- L'insécurité juridique est essentiellement liée au problème des revirements de jurisprudence. Mais le débat technique sur le sujet vire rapidement à l'affrontement idéologique et il est difficile d'énoncer un avis objectif sur la situation.
- L'instabilité législative par contre est indéniable. C'est le symptôme d'un manque de concertation sur les sujets sociaux, et il faudrait pour y remédier donner plus d'importance à la négociation collective.

BILAN DES CRITIQUES

Le bilan des critiques faites au droit du travail français fait donc apparaître que certains reproches sont bien fondés, concernant sa complexité et son instabilité, mais que d'autres semblent moins clairement établis malgré l'insistance avec laquelle ils sont parfois martelés, en particulier sur son niveau de protection.

Ces difficultés du droit du travail sont en tout cas bien connues, elles ont même constitué les motivations d'un rapport demandé par le Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, rendu en janvier 2004. Sous la présidence de Michel de Virville, secrétaire général de Renault, ancien directeur de cabinet de Jean-Pierre Soisson, ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, la Commission a ainsi formulé cinquante propositions « *pour un droit du travail plus efficace* » [22], selon plusieurs orientations : **l'amélioration de la lisibilité et de l'accessibilité du Code actuel, la garantie que les évolutions futures de la jurisprudence et de la loi ne soient pas source d'incohérences, le développement de la négociation entre employeurs et syndicats.** De l'aveu même de M. de Virville, la colonne vertébrale de ce rapport repose sur l'idée de favoriser le dialogue social, au niveau de l'entreprise par des mesures facilitant la représentation du personnel, jusqu'au niveau national et la production législative : la Commission propose de se donner les moyens de **faire de la négociation « *le moteur de la modernisation du droit du travail* ».**

Le besoin qui se fait sentir aujourd'hui est de clarifier le mode de fonctionnement du droit du travail, et de trouver les moyens de répondre au défi des futurs changements de société. Nous rejoignons les conclusions du rapport Virville en affirmant que l'axe qu'il nous paraît essentiel de creuser est celui d'une pratique du droit de travail qui laisse plus de place à la négociation, car c'est la source la plus efficace et la plus stable de production de la norme. Afficher cet objectif n'est cependant pas suffisant, il est relativement consensuel de désirer plus de négociation, ce qui importe vraiment et de trouver les moyens pratiques d'organiser cette négociation, de proposer des solutions susceptibles d'améliorer les défauts du droit du travail en France. Nous déclinons **cinq propositions** concrètes, à tous les niveaux auxquels se vit le droit du travail, en partant de l'échelon législatif et en allant jusqu'au cadre individuel.

PARTIE II

–

LES SOLUTIONS PROPOSEES : LA RELANCE DE LA NEGOCIATION

PROPOSITION N°1 : RESTREINDRE LE PERIMETRE DE LA LOI

Nous l'avons mentionné précédemment, la loi en matière de droit du travail est certainement allée trop loin, malgré l'article 34 de la Constitution qui la restreint aux « *principes fondamentaux* ». Une mesure qu'il paraît naturel de préconiser est d'essayer de faire coller la pratique à la théorie et de moins légiférer sur ce qui ne tient pas du fondamental. Non seulement cela pourrait diminuer la complexité du Code du travail, mais cela laisserait mécaniquement plus de place à la négociation entre les partenaires sociaux, à tous les niveaux, pour établir des accords.

Philippe Langlois, de l'université Paris X Nanterre, membre de la Commission « Modernisation du Droit du Travail » de l'Institut de l'Entreprise, exprime le point de vue suivant sur la répartition des sources du droit du travail [44] :

> *« Le droit étatique, pour sa part, doit s'en tenir à des principes généraux clairement exprimés, destinés à être mis en œuvre, selon le cas, par des accords collectifs ou des textes réglementaires, et susceptibles d'être confrontés à l'épreuve du temps par l'adaptation aux réalités sociales actuelles, ce qui constitue la tâche fondamentale de la jurisprudence. »*

Cette commission a ainsi mis en évidence les incohérences du droit du travail tel que nous le connaissons aujourd'hui en France, et avancé le fait qu'au-delà du toilettage possible et des réformes mineures de modernisation de certains articles, une véritable réflexion devait être menée sur le rôle de la réglementation. Pour un droit du travail plus efficace dans la poursuite de ses buts sociaux, il faut que le Code du travail lui-même et les décrets associés laissent plus de champ libre aux accords négociés à des niveaux plus particuliers.

Concrètement, on peut penser que certains sujets relèvent par nature du droit du travail général, et que les autres doivent progressivement en sortir. Par exemple les thèmes suivants font bien partie des principes fondamentaux et ils doivent rester dans le périmètre législatif :

- **Les conditions de travail des mineurs :** fixer un âge minimum au-dessous duquel il est interdit de travailler, ainsi qu'établir les conditions de travail admissibles pour les mineurs de moins de 18 ans sont même des enjeux internationaux, défendus notamment par l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Historiquement, il s'agit des premiers sujets sur lesquels le droit du travail a apporté des protections. A l'heure où il existe une journée mondiale de lutte contre le travail des enfants, il n'est pas question de proposer que ce domaine puisse être aménagé en-dehors de prescriptions législatives.
- **La non-discrimination :** qu'il s'agisse de non-discrimination raciale ou de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, dans les deux cas et de la même façon que pour le point précédent, les questions de discrimination constituent un problème grave et récurrent sur lequel l'État doit rester mobilisé[8]. Sans nous prononcer sur le fond sur l'opportunité d'une disposition comme le CV anonyme par exemple, il nous semble naturel que la loi serait le moyen le plus fort et le plus efficace pour le faire entrer dans les mœurs s'il s'avérait utile dans la lutte contre les inégalités.
- **La santé, l'hygiène et la sécurité :** certaines dispositions peuvent être bien sûr laissées à l'aménagement des Comités d'Hygiène, Sécurité et Conditions de Travail (CHSCT), mais il faut conserver un important socle commun législatif sur ce thème de santé publique. Nous n'entrerons pas ici dans le détail des différentes situations que cela peut recouvrir, et il est difficile de résumer les choses autrement qu'en disant que tout est question de mesure. Autant des contraintes générales trop fortes peuvent être inadaptées pour certaines professions bien spécifiques et parfois à risques, autant les accidents et les maladies professionnelles sont trop nombreux pour qu'on songe à revenir en arrière sur les protections apportées par la loi. La recherche du juste milieu s'avère comme souvent la question-clé.
- **La durée maximale de travail :** la loi est un rempart contre l'exploitation en instituant une durée maximale de travail, hebdomadaire et annuelle, en garantissant un nombre minimum de jours de congés par an, et en encadrant la prise de repos compensateurs. Nous parlons bien ici uniquement de la définition de seuils maximaux ayant pour but de prévenir les excès, car la durée normale du temps de travail est au contraire un sujet qui aurait vocation à appartenir au droit conventionnel.

---

[8] L'État peut s'appuyer dans cette mission sur la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE), autorité administrative indépendante créée par la loi du 30 décembre 2004.

- **Le salaire minimum :** l'existence du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) est un acquis social indiscutable, et l'État est parfaitement dans son rôle en s'assurant qu'aucun salarié ne gagne moins que le SMIC.
- **Le droit de grève :** contrairement à la plupart des sujets concernant le droit du travail, on peut penser que la loi ne s'empare pas assez de celui-ci, bien qu'il s'agisse d'un droit constitutionnel. Ainsi le débat sur le service minimum en temps de grève ne peut pas se faire uniquement avec les partenaires sociaux mais aussi avec les responsables politiques qui représentent les usagers. Les débats déjà amorcés et qui continueront seront nécessairement tendus, car toute mesure d'aménagement proposée frôle par principe l'atteinte au droit de grève. L'issue en est donc largement incertaine mais au moins on peut apprécier qu'ils aient lieu.

Au contraire, d'autres thèmes ont eux vocation à ne pas être décidés au niveau législatif mais à être laissés au droit conventionnel. Nous en listons quelques-uns :

- **Les dispositions particulières aux cadres :** elles sont mentionnées dans la loi, mais c'est un exemple de point trop spécifique qui devrait complètement disparaître de la loi pour être remplacé par des dispositions issues des négociations collectives.
- **Le régime des astreintes :** ce régime est inexistant pour certaines professions tandis qu'il revêt beaucoup d'importance pour d'autres où la continuité de service est essentielle. Le cadre législatif apparaît donc inadapté. Passer purement à des accords collectifs, au niveau des branches ou des entreprises, allègerait et clarifierait fortement les choses.
- **L'organisation de la durée de travail :** en-dehors de ce qu'on a évoqué précédemment sur la durée maximale du travail et de quelques autres principes directeurs influant sur les conditions de travail, l'organisation elle-même du temps de travail ainsi que ce qu'on appelle la gestion du temps de travail effectif sont essentiellement une mécanique interne aux entreprises qu'il est plus logique de confier à la négociation entre employeurs et employés. Plusieurs articles de loi et décrets d'application devraient en conséquence être abrogés.

- **La rémunération :** on peut souligner que pour une grande part la rémunération est déjà laissée aux accords collectifs, puisque les grilles de salaires sont souvent négociées au niveau des branches et que les entreprises sont ensuite responsables de leur politique de rémunération. Les thèmes en développement comme l'intéressement de tous les salariés par l'intermédiaire de stock options peuvent être utilement abordés par la loi pour encadrer les droits et les devoirs des entreprises et de leurs employés, pour donner un cadre des possibles, mais il ne faut pas dériver et entrer à ce stade dans les modalités concrètes d'application que les négociations devront définir au cas par cas.

- **Le temps de travail :** évoquer le temps de travail est un sujet brûlant. Supprimer purement et simplement la notion de durée légale du temps de travail est a priori impossible, pas tant en soi qu'en raison du contexte historique et social français. En effet, beaucoup de pays n'ont pas de durée légale du travail, et pour certains étrangers se frottant chez nous à cette notion il s'agit d'une aberration que la loi se mêle d'imposer combien de temps chacun doit travailler. Mais cette définition est indissociable de la réduction du temps de travail proprement dit, qui a été acquise de haute lutte au fil des décennies. Il serait vécu comme un traumatisme et une grave régression de balayer cette histoire en rendant cette définition inapplicable. Pour autant ne nous interdisons pas d'évoquer le sujet, à condition de préciser ce dont on parle. En fixant une durée normale de travail, le législateur établit en réalité la base de la rémunération, par l'intermédiaire du seuil à partir duquel les heures supplémentaires sont déclenchées. On n'est plus alors véritablement dans le champ de la protection des salariés concernant leur santé ou leur sécurité, par ailleurs garantie réglementairement par le temps maximal de travail autorisé, mais bien dans celui de la rémunération, que nous avons précédemment considéré comme un champ relevant de la négociation collective. C'est sous cet angle que l'on peut estimer inutile la notion de durée légale de travail et proposer le passage de relais aux fédérations professionnelles et aux syndicats. En terme de précautions à prendre, il est compréhensible de craindre une moins bonne protection des salariés – ce qui irait à l'encontre du fondement du droit du travail – et des augmentations de temps de travail sans contrepartie. Il faut donc s'assurer que les négociations engagées sans l'État le soient à grande échelle, avec des syndicats représentatifs d'un très grand nombre de salariés, pour que toutes les discussions soient équilibrées.

De manière générale, nous sommes conscients qu'aucun de ces changements de périmètre ne peut se faire brutalement, et nous ne préconisons certainement pas le passage irréfléchi d'un extrême à l'autre. Les pistes que nous avançons sont, sinon des buts à atteindre, avant tout des axes de réflexion. Avancer à petits pas, par étapes et sous-sujets, en prenant soin d'analyser les retours d'expérience, est le meilleur processus de décision qui garantisse que les évolutions réglementaires sont les plus adaptées à la situation. La mise en place du contrat nouvelle embauche (CNE) était une première expérience pour les entreprises de moins de 20 salariés qui aurait dû se poursuivre progressivement et s'étendre peu à peu aux entreprises d'effectif supérieur. Mais le temps politique est court et l'étape suivante a été sautée avec les conséquences que l'on sait. L'homme politique est pressé, les réformes en matière de droit du travail nécessitent au contraire beaucoup de temps.

EN RESUME....

PROPOSITION N°1 :

- Recentrer le Code du travail sur des principes fondamentaux : travail des mineurs, non-discrimination, santé et sécurité, durée maximale de travail, salaire minimal, droit de grève
- Transférer vers la négociation collective ce qui est trop spécifique : dispositions relatives aux cadres, astreintes, organisation du travail, rémunération, temps de travail.

PROPOSITION N°2 :
CONSULTER LES PARTENAIRES SOCIAUX DE FAÇON CLAIRE ET SYSTEMATIQUE

Les lois sur le droit du travail, et plus généralement les lois sociales, ont ceci de spécifique que le droit conventionnel y joue un rôle tout particulier, qui n'a pas d'équivalent dans d'autres domaines législatifs. Si les partenaires sociaux ne sont pas toujours partie prenante des réformes, ils peuvent aller jusqu'à être acteurs de la rédaction des textes. La place accordée à la négociation peut éventuellement être augmentée, mais il est surtout souhaitable que les modalités de cette négociation soient instituées de façon transparente et systématisées.

LES DIFFERENTES FAÇONS DE FAIRE

Pour bien poser les termes du débat, il paraît sain de commencer par décrire les différentes formes principales que peut revêtir le dialogue social en général. On peut distinguer plusieurs catégories de **degrés d'implication** et de **modalités d'implication** des partenaires sociaux.

Les partenaires sociaux peuvent être plus ou moins actifs dans le processus d'élaboration des lois et règlements, ce que l'on peut résumer par quatre degrés d'implication croissante.

- **L'information** : le gouvernement ne fait que communiquer ses orientations aux partenaires sociaux.
- **La consultation** : les partenaires sociaux sont sollicités pour prendre officiellement ou officieusement position sur un sujet.
- **La concertation** : il y a un véritable échange entre le gouvernement et les partenaires sociaux, dont les positions peuvent induire des modifications dans le projet initial.
- **La négociation** : les partenaires sociaux sont acteurs à part entière de l'élaboration du texte, dans le cadre de négociations bipartites ou tripartites.

Les modalités d'implication sont les règles, tacites ou institutionnalisées, qui déterminent les rôles respectifs du pouvoir politique et des partenaires sociaux et surtout l'articulation de ces différents rouages pour former un mécanisme bien huilé d'élaboration et d'évolution des normes sociales. Trois grands schémas se dégagent, représentatifs de différentes cultures dans d'autres systèmes politiques que celui de la France.

- **Le partage des champs d'intervention.** C'est en particulier l'exemple allemand. La Constitution et la jurisprudence allemande ont attribué la qualité de norme juridique aux accords issus de la

négociation sociale autonome. Le partage entre la loi et les accords collectifs se fait en fonction des sujets traités. Ainsi, le champ de la sécurité sociale est essentiellement législatif, le champ des relations de travail et des conditions de travail repose sur un socle minimal législatif mais est fortement déterminé par les accords collectifs, et le champ des conditions individuelles de travail et de la rémunération est quasiment exclusivement du ressort d'accords collectifs.

- **Le partage des temps d'intervention.** C'est le principe du modèle communautaire. Les articles 138 et 139 TCE fixent le cadre de la négociation collective européenne, confiée aux partenaires sociaux dans les champs de compétence partagée entre l'Union Européenne et les États membres. La Commission consulte les partenaires sociaux sur l'orientation des propositions d'action communautaire, et les partenaires sociaux peuvent également se saisir d'eux-mêmes de toute initiative en matière sociale afin que leur accord soit repris dans la future directive. La Commission gèle ses débats pendant la durée de la négociation et ne reprend son processus que si aucun accord n'a été conclu après une durée de 9 mois.
- **Les commissions présidentielles.** C'est typiquement l'exemple américain. Chaque commission est désignée par le Président des États-Unis pour établir un rapport sur un sujet particulier, qui inspirera de futures réformes. Les commissions sont constituées de personnalités de différents horizons, hommes politiques des deux grands partis, hauts fonctionnaires, universitaires, représentants patronaux et salariés, en respectant la diversité des opinions. Comme elles sont créées *ad hoc* pour étudier des thèmes précis, leur durée de vie est naturellement limitée dans le temps.

LA METHODE FRANÇAISE : LE FLOU ARTISTIQUE

Au sein de ce panorama relativement schématique, la méthode française apparaît comme un mélange flou de tous ces systèmes, ce qui rend difficile la prise de position responsable de chacun.

Dominique-Jean Chertier, dans son rapport au Premier Ministre « Pour une modernisation du dialogue social » [20], fait le constat suivant sur le dialogue social en France :

> *« L'observation de l'état du dialogue entre gouvernement et acteurs sociaux inspire une double référence à la tour de Babel :*
>
> *- sur la méthode, on a souvent le sentiment qu'au-delà d'échanges permanents, on peine à trouver un langage commun permettant de se comprendre ;*

- sur les lieux de dialogue social, l'impression est celle de l'accumulation d'étages successifs d'instances de concertation visant à se rapprocher d'un idéal dont on s'éloigne en fait sans cesse. »

Deux points noirs sont visés : la multiplication des instances de concertation et le défaut de vocabulaire commun, sur lequel nous allons plus particulièrement insister. Un des symptômes de cette incompréhension peut être les avis discordants entendus après un débat houleux sur la méthode qui a été retenue. L'exemple des grandes grèves de 1995 est suffisamment parlant. Le gouvernement d'Alain Juppé a été accusé d'autisme, d'avoir voulu passé ses mesures en force, tandis que les membres du gouvernement affirmaient eux avoir continué les discussions sur les retraites déjà entamées sous Michel Rocard. Dans un cas comme celui-ci, le gouvernement pensera s'être concerté avec les partenaires sociaux tandis que ceux-ci auront eu l'impression de n'avoir été qu'informés. Il faut reconnaître que d'une fois à l'autre la méthode retenue peut changer diamétralement, sans continuité d'action. D'autre part, aucun des trois grands modèles que nous avons exposés ne s'impose vraiment en tant que méthode française.

Un partage des champs d'intervention s'opère souvent, ce qui conduit à faire intervenir les partenaires sociaux de façon récurrente sur des thèmes comme la formation professionnelle, et moins sur la sécurité sociale que l'on considère comme un sujet profondément étatique et donc du ressort gouvernemental. Néanmoins, ce partage ne définit aucun domaine réservé ni aucunes limitations : les partenaires sociaux ont un droit à être consultés sur *tout*, mais un devoir sur *rien*. Le préambule de la Constitution de 1946 pose largement, en son alinéa 8, le « principe de participation » des salariés : *« tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »* C'est sur ce texte que se fonde régulièrement le Conseil Constitutionnel pour reconnaître un droit à la négociation collective, mais aucunement un devoir qui limiterait le domaine de la loi prévu par le fameux article 34 de la Constitution de 1958. De façon pragmatique, la répartition se fait classiquement entre des principes législatifs et des modalités d'application laissées à l'initiative des partenaires sociaux. Mais on le voit, le fondement légal de cette pratique n'a rien de simple, et on comprend les contentieux complexes qui peuvent être soulevés dès que la situation devient tendue.

Pour la répartition des temps d'intervention, la situation française est un peu similaire à celle des champs d'intervention : peu claire… A l'initiative du gouvernement ou non, un temps peut être laissé aux partenaires sociaux pour élaborer des propositions qui seront éventuellement reprises dans le texte législatif. C'est cette méthode qui a été choisie pour l'élaboration de la loi Aubry II sur les 35 heures. Seul hic : le gouvernement n'était pas satisfait du résultat des discussions et a voulu passer outre les dispositions négociées, rien ne l'empêchant a priori de le faire. Le dernier

rebondissement fut la décision du 13 janvier 2000 du Conseil Constitutionnel qui l'a débouté au motif qu'il y avait absence d'intérêt général suffisant pour justifier le non-respect des dispositions précédemment négociées.

Quant aux commissions à l'américaine, elles sont rares en France, mais existent quand même sous une forme légèrement différente. En fonction de la nature du sujet, des commissions peuvent être formées avec pour but la rédaction d'un rapport qui inspirera l'acte législatif ou réglementaire. Un exemple connu médiatiquement d'une telle commission, dans un domaine autre que le droit du travail, fut la commission Stasi sur la laïcité.

UN DECALAGE FLAGRANT ENTRE LES DISCOURS ET LES ACTES

L'histoire du dialogue social en France est marquée par de constants revirements entre les attitudes politiques ainsi que par un fort décalage entre le discours et les actes. C'est Jacques Delors[9] que l'on crédite habituellement de la *création* du terme de « *dialogue social* » dans les années 1960, et cette notion est déjà un volet essentiel de projet de « *Nouvelle Société* » de Jacques Chaban-Delmas en 1969. Depuis, le concept s'est largement répandu et a largement supplanté celui de *« lutte des classes »*. Aucun politicien ne se risquerait aujourd'hui à oublier de mentionner que les partenaires sociaux seront consultés dans le cadre de toute réforme importante. Mais force est de constater que bien souvent la négociation collective ne joue encore qu'un rôle de façade dans l'élaboration du droit du travail. Du coup, les malentendus et les crises sont nombreux, quelle que soit la couleur politique du gouvernement en place. En 1995 c'est l'épisode des grandes grèves contre la réforme des retraites. En 1997, toutes les fédérations patronales et syndicales se sont avouées surprises par la soudaineté avec laquelle la réduction du temps de travail est passée du statut de promesse électorale à celui de calendrier politique. Une des conséquences de cet événement fut la signature de la position commune du 16 juillet 2001, adoptée par sept partenaires sociaux sur huit[10], réclamant justement de renforcer les moyens du dialogue social, et qui a finalement inspiré la loi sur le dialogue social du 4 mai 2004.

---

9 Jacques Delors, en 1963, chef du service des affaires sociales du Commissariat général du plan, est rapporteur d'une mission de concertation confiée à trois « sages » (MM. Massé, Bloch-Lainé, Masselin) lors d'une grève de mineurs particulièrement difficile. L'utilisation de la notion de « dialogue social » a ouvert la concertation et facilité le dénouement du conflit.

10 Les signataires sont : CFDT, CFE-CGC, CFTC, FO, CGPME, MEDEF, UPA. Seule la CGT ne l'a pas signée.

Extraits de la Position commune :

« Il conviendrait de prévoir que :

- les interlocuteurs sociaux puissent au niveau national interprofessionnel, prendre, s'ils le souhaitent, le relais d'une initiative des pouvoirs publics dans leur champ de compétence,

- les accords auxquels ils parviendraient dans une telle hypothèse, ou encore à leur propre initiative dans un domaine qui requiert des modifications législatives, puissent entrer en vigueur dans le respect de leur équilibre.

En pratique, la mise en œuvre de ces principes est susceptible d'être organisée sous plusieurs formes. À titre d'exemple, on pourrait concevoir que préalablement à toute initiative législative dans le domaine social, les interlocuteurs sociaux doivent être officiellement saisis par les pouvoirs publics d'une demande d'avis sur son opportunité. À l'issue de cette consultation, si l'initiative était maintenue, la faculté devrait leur être offerte de traiter le thème faisant l'objet de ladite initiative par voie conventionnelle dans un délai à déterminer. En cas de refus des interlocuteurs sociaux de traiter la question par la négociation collective ou en l'absence d'accord à l'issue du délai fixé pour la négociation, l'initiative législative reprendrait son cours.

À l'inverse, si la négociation aboutissait à un accord, celui-ci devrait être repris par le législateur dans le respect de son équilibre. »

Exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004 sur le dialogue social :

*« **Le gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail**. Par conséquent, il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par le gouvernement. Le gouvernement proposera à la commission nationale de négociation collective d'adopter une charte de méthode fixant les modalités pratiques de renvoi à la négociation collective interprofessionnelle, et notamment les délais de réponse des partenaires sociaux. »*

Cette nouvelle étape n'a cependant pas empêché l'épisode du Contrat Première Embauche (CPE), issu là encore d'une précipitation politicienne, où l'absence de concertation en amont a dégénéré en une crise publique majeure. Un tel décalage amène à sérieusement réévaluer le poids des mots « *engagement solennel* », utilisés dans la loi du 4 mai 2004. Plus récemment, la loi du 31 janvier 2007 va encore plus loin dans l'engagement et la collaboration entre le gouvernement et les partenaires sociaux. Il y est

affirmé que *« tout projet de réforme envisagé par le gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation »*. Or qu'est-ce qui garantit qu'il ne s'agit pas une fois encore que d'une déclaration de bonnes intentions, et que si le besoin ou l'envie s'en fait sentir on ne retombera pas dans une pratique unilatérale ?

Il apparaît donc que le pas à franchir pour donner au dialogue social sa place légitime dans l'élaboration des lois réside plus dans les mentalités et les habitudes politiques que dans les textes. Ce pas est important à franchir car les mutations de la société appellent des réformes complexes que l'on a sans cesse repoussées – on pense aux retraites et à la sécurité sociale en particulier – et qui ne pourront être abordées sereinement que si les négociations collectives sont mises en œuvre de concert avec les débats parlementaires. Si aujourd'hui la France ne semble pas économiquement affectée par son droit du travail réputé trop protecteur, qu'en sera-t-il dans l'avenir si elle ne clarifie pas les mécanismes de concertation sociale, incontournable pour mettre en oeuvre les réformes difficiles ?

CHOISIR DES PRINCIPES CLAIRS EN S'INSPIRANT DU MODELE COMMUNAUTAIRE

Le meilleur moyen de s'assurer que les principes édictés seront appliqués concrètement consiste à ce que ces principes soient limpides et cohérents. Inspirons-nous des trois cultures de concertation que nous avons décrites plus haut et regardons quel axe nous semble le plus propice à un dialogue social bien portant en France.

- Le principe des grandes commissions à l'instar du modèle américain est sans doute trop éloigné de nos habitudes pour être systématisé chez nous. Les rapports émis par les commissions françaises constituent toujours un précieux support de réflexion dans le débat public, mais l'intérêt de systématiser cette approche au-delà de la façon de faire actuelle du cas par cas nous semble peu évident.

- Le partage des champs d'application semble une piste intéressante pour certaines situations. En un sens, notre proposition n°1 de recentrer la loi uniquement sur les principes fondamentaux du droit du travail s'apparente à cette démarche. La position commune de 2001 proposait cette approche, en apportant une distinction entre le domaine purement législatif, le domaine de la négociation seule et un co-domaine partagé entre loi et négociation collective. Ces distinctions n'ont pas été reprises formellement. La difficulté est que l'on peut proposer des

modulations de degré de coopération en fonction des sujets, ce qui a été plus ou moins amorcé dans les évolutions de ces dernières années et dans les lois successives sur le dialogue social, mais que formellement imposer de véritables champs propres au droit conventionnel demande non seulement un changement de culture mais une révision de Constitution.

- Le partage des temps d'intervention, inspiré du modèle communautaire d'élaboration des directives sociales, nous semble la meilleure solution. Le modèle européen a notamment fait entrer complètement dans les mentalités le principe du **livre vert** et du **livre blanc**[11], qui donnent à chacun le temps de réagir préalablement à l'action communautaire. Au moment d'entamer une loi ou un décret, une action de négociation collective serait possible, à l'initiative du gouvernement ou des partenaires sociaux, exactement comme pour les directives européennes. Le processus législatif est alors mis en suspens et la main passe aux partenaires sociaux. Si un accord négocié est obtenu, il doit être repris tel quel, comme la loi de 1990 sur le CDD et l'intérim, au risque que cela ne déplaise au Parlement. Sinon, des mécanismes d'antiblocage feront que la loi sera la solution par défaut en cas d'impossibilité d'aboutir à un accord. Un des autres avantages de cette façon de faire est la **synchronisation des agendas politiques et sociaux** qui est faite autour des projets de loi, alors qu'aujourd'hui chaque monde semble parfois aborder les sujets à contretemps des autres en fonction de son rythme propre. Certains objectent que le modèle de l'Union Européenne a aussi ses faiblesses, qu'il a échoué par le passé sur des sujets comme la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur ou le travail intérimaire. Mais notre opinion est que les faiblesses de la Commission sont plus d'ordre politique qu'organisationnel.

---

[11] Les livres verts sont une consultation lancée par la Commission européenne sur une thématique précise, généralement sur un thème pas encore abordé par les politiques européennes. Les livres blancs rassemblent des propositions argumentées d'action européenne dans un domaine spécifique, en vue d'élaborer une politique européenne, par exemple une directive. Ces livres blancs font souvent, mais pas nécessairement, suite à un livre vert sur le même thème.

A ce stade, il est important de mentionner que non seulement cette évolution serait à mettre en œuvre progressivement, à l'instar de notre première proposition, mais qu'en plus elle nécessite d'autres changements concernant les partenaires sociaux eux-mêmes. Comme mentionné en 2006 dans l'avis du Conseil Economique et Social intitulé « Consolider le dialogue social »[4] : *« Dès lors que le rôle des partenaires sociaux en tant que producteurs de normes sera accru, la question de la légitimité qui leur est reconnue et, partant, de leur représentativité sera d'autant plus prégnante. »* Ce point fera l'objet de notre quatrième proposition.

EN RESUME....

PROPOSITION N°2 :

- Institutionnaliser un mode de dialogue social clairement défini pour en finir avec les incompréhensions et les marches arrière.
- Réserver un partage des temps d'action entre l'État et les partenaires sociaux afin que la négociation collective puisse s'intégrer pleinement dans le processus législatif.

PROPOSITION N°3 :
PRIVILEGIER AU MAXIMUM LES ACCORDS DE BRANCHE

Si le législateur concède progressivement de moins rentrer dans le détail du droit du travail, il y aura nécessairement un besoin plus important de négociation collective, et il faut donc se donner les conditions pour que cette transition se fasse le plus équitablement possible. Pour plusieurs raisons, **la branche d'activité nous apparaît comme l'échelon le plus pertinent pour la négociation**.

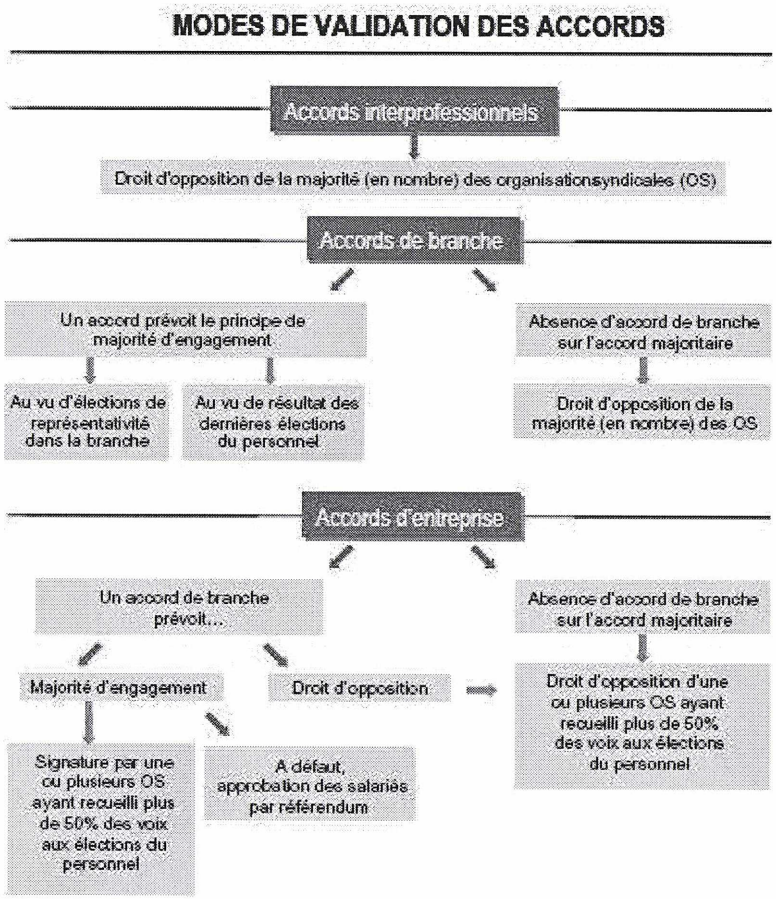
LES OBJECTIFS CONTRADICTOIRES DE LA NEGOCIATION

La mise en œuvre de négociations collectives plus présentes dans l'élaboration du droit du travail fait apparaître au moins deux types de contradiction.

D'un côté, le développement de **l'autonomie des agents économiques** assure que les discussions engagées le sont à l'échelon le plus pertinent, avec une souplesse d'adaptation aux particularismes locaux qui promet un meilleur réalisme et pragmatisme. D'autre part, comme on l'a déjà mentionné, des agents économiques acteurs de leurs droits sociaux un gage est non seulement de crédibilité des accords obtenus, mais également d'applicabilité et de stabilité dans le temps de ces accords. Les possibles dénonciations des accords sont beaucoup plus probables quand on est face à des personnes qui ont le sentiment d'avoir été ignorées voire exclues des débats. Mais en face de ce gain espéré on peut craindre qu'une plus grande autonomie ne remette en cause **l'égalité en droits de tous les travailleurs**. Si on morcelle les négociations en une multitude de petits débats internes et indépendants les uns des autres, il est certain que les conclusions différeront d'un sous-ensemble à l'autre. Les variations de traitement entre employés de différentes entreprises sont normales et acceptables tant qu'elles restent anecdotiques, mais quand elles touchent aux droits sociaux elles sont véritablement synonymes d'inégalités.

L'autre contradiction majeure soulevée par la démarche d'aller vers plus de négociation collective est le fait de vouloir accorder des **possibilités de dérogation** sans renier la **hiérarchie des normes**. La remise en cause du principe de faveur est une évolution majeure et en même temps controversée de la loi du 4 mai 2004, dite loi Fillon. A nouveau, proclamer qu'il faut donner plus de place à la négociation sociale et par conséquent plus d'indépendance et de responsabilités aux acteurs de cette négociation à tous les niveaux implique assez logiquement qu'il faut laisser dans certains cas la possibilité à un accord de déroger, **y compris négativement**, à une convention d'ordre supérieur. Rappelons que jusque là la règle était que la loi s'appliquait à tout le monde, qu'au-dessous des lois les accords interprofessionnels s'appliquent à condition qu'ils soient plus favorables

que la loi pour les salariés, qu'au-dessous les accords collectifs de branche s'appliquent sous la même condition d'être plus favorables aux salariés que les accords interprofessionnels, et ainsi de suite qu'il en était de même pour les accords d'entreprise vis-à-vis des accords de branche et des accords d'établissement vis-à-vis des accords d'entreprise. La loi de 2004 a donc entériné un **principe de dérogation** (voir le schéma ci-dessous), à l'exception bien sûr des domaines exclusivement législatifs et irréfragables. Précisons que ce principe était déjà introduit par la loi Auroux, et n'a pas eu pour conséquence le recul social craint aujourd'hui par certains syndicats.



Source : Ecole Nationale d'Administration : séminaire relatif au dialogue social [9]

La jurisprudence, même si elle ne reconnaît pas de valeur constitutionnelle au principe de faveur, en fait un point fondamental du droit du travail, et personne ne parle de tomber dans un droit contractuel à 100% calqué sur le droit civil. C'est un point important qui assure que malgré les cas de dérogation la hiérarchie des normes perdure. Si cette hiérarchie n'existe plus il y a un risque que le système juridique dans son ensemble ne gagne en confusion[12].

LES DIFFERENCES ENTRE GRANDES ET PETITES ENTREPRISES

Une autre grande difficulté à résoudre dans le domaine du droit du travail, et du droit économique et social en général, est l'adéquation des règles à la taille des entreprises. En effet, les grandes et les petites entreprises ne connaissent pas tu tout les mêmes problématiques, et lorsque les mêmes dispositions s'appliquent indistinctement à elles cela peut se révéler complètement injuste et contre-productif.

D'une part les grands groupes ont les moyens humains et financiers d'entretenir des services juridiques qui se tiennent à jour des évolutions du droit et leur permettent de connaître en détail les règles qui leur sont applicables. Au contraire les petites entreprises sont souvent engagées dans une lutte pour la survie économique, et dans tous les cas débordées par les urgences du quotidien, sans pouvoir jamais prendre le recul nécessaire à une bonne compréhension du droit.

D'autre part, les grands groupes sont également moteurs dans les négociations collectives. Leur envie de contrôler tous les paramètres qui les affectent s'étend naturellement aussi au dialogue social. Les petites entreprises quant à elles, pour les mêmes raisons que précédemment, ont rarement le temps de se lancer dans de telles discussions. Ce n'est d'ailleurs pas forcément souhaitable. Le principe fondateur du droit du travail est bien qu'un travailleur est supposé toujours en situation d'infériorité par rapport à son employeur, et qu'il ne peut parvenir à un rapport de force équilibré que par l'intermédiaire de négociations collectives orchestrées par les syndicats. Dans les petites entreprises qui échappent à l'obligation d'avoir des syndicats, on voit bien que le meilleur lieu pour le dialogue social ne se situe pas en interne. Ainsi, lorsque la baisse du temps de travail a été imposée législativement aux entreprises, les grands groupes ont mené de longues négociations pour « échanger » cette disposition contre de la flexibilité. L'annualisation voire la pluriannualisation du temps de travail a permis à ces entreprises de minimiser les surcoûts liés à l'alternance de périodes de chômage technique et de périodes d'heures supplémentaires, et de globalement s'y retrouver financièrement. Au contraire, les PME qui

---

[12] Cette situation était celle de l'Italie jusqu'en 1993. Ils ont depuis instauré un principe de hiérarchie des normes pour clarifier leur système juridique.

sont leurs fournisseurs ou leurs clients, soumises aux mêmes cycles économiques, n'ont rien négocié et ont subi de plein fouet le coût de la baisse du temps de travail accordée sans réduction salariale.

On voit donc qu'il est crucial de garder en tête les spécificités des PME quand on aborde des réformes sociales, surtout quand on sait que plus de 99% des entreprises en France comptent moins de 250 salariés et qu'elles représentent la majorité des emplois (voir tableau page suivante). En outre, le poids de ces PME est souvent déterminant dans les activités innovantes, à défendre tout particulièrement dans le cadre de la stratégie de Lisbonne[13].

[13] Le Conseil Européen réuni à Lisbonne en mars 2000 a fixé un objectif de développement économique et social de l'Union Européenne fondé sur *« l'économie de la connaissance »*. Un des axes forts de la stratégie retenue pour atteindre cet objectif est de promouvoir la recherche et développement et l'innovation.

Catégorie d'entreprise	Nombre d'emplois par entreprise	Nombre d'entreprises concernées	Nombre d'emplois au niveau national	Nombre de salariés au niveau national
Très petites entreprises (TPE)	Inférieur à 20	2,35 millions	6,2 millions	4,1 millions
Petites entreprises (PE)	Compris entre 20 et 50	51 000	1,6 millions	1,6 millions
Moyennes Entreprises (ME)	Compris entre 50 et 250	13 000	1,2 millions	1,2 millions
Total Petites et Moyennes Entreprises (PME)	**Inférieur à 250**	**2,41 millions**	**9 millions**	**6,9 millions**
Filiales de groupes	Inférieur à 250	55 000	1,7 millions	1,7 millions
Grandes Entreprises (GE)	Supérieur à 250	5 000	5,7 millions	5,7 millions
Total	**-**	**2,47 millions**	**16,4 millions**	**14,3 millions**

Source : www.pme.gouv.fr, statistiques 2004 DGI-INSEE-DCASPL sur le secteur de l'industrie, du commerce et des services.

L'INTERET DES ACCORDS DE BRANCHE

La branche professionnelle comme niveau de négociation permet de répondre de façon adaptée à ces divers paradoxes :

- Les négociations engagées au sein des branches prennent en compte les spécificités sectorielles et garantissent que les accords trouvés ne seront pas déconnectés des réalités économiques et techniques liées à un secteur d'activité. En outre, les conditions d'une saine concurrence sont assurées par le fait que les accords s'appliquent à toutes les entreprises appartenant à la branche, sans distorsions ou inégalités entre elles.
- Comme le montre le diagramme précédent sur les modes de validation des accords, les branches peuvent contrôler les conditions sous lesquelles un accord négocié peut aller contre un accord de niveau supérieur. Ce mécanisme assure l'existence au besoin de dérogations, dont on connaît l'importance si on veut éviter de parfois rester bloqué par une règle générale inadaptée, tout en gardant la mesure de ces dérogations et en préservant le principe de hiérarchie des normes.
- La branche professionnelle est un niveau suffisamment regroupé pour que les syndicats possèdent une véritable puissance de négociation, ce qui dissipe les craintes de discussions inégales avec des employés considérés isolément. Les accords ainsi obtenus sont donc applicables en toute justice aux petites entreprises de la branche. On pourrait envisager que pour les plus petites de ces entreprises – moins de 20 salariés par exemple – toute dérogation à l'accord de branche soit par principe interdite. Seules les plus grandes entreprises en auraient le droit, mais toujours sous la condition que la branche en prévoie la possibilité. Au niveau d'une grande entreprise, on peut en effet raisonnablement penser que si les syndicats acceptent un accord c'est qu'ils y voient un intérêt pour les salariés, et que sur certains sujets complexes une disposition vue a priori comme défavorable peut être en fin de compte globalement positive pour la situation spécifique de l'entreprise. La branche peut donc fixer les règles applicables aux petites entreprises, ainsi que leur fournir au besoin une assistance juridique, et en même temps respecter l'autonomie des plus grands groupes qui veulent légitimement déterminer en interne leur vie sociale. Ce schéma est dans les grandes lignes ce qui existe déjà aujourd'hui, mais il nous paraît important de souligner son bien-fondé et de souhaiter que la négociation sectorielle prenne encore de l'ampleur, en réponse à une tendance actuelle où les négociations se morcellent jusqu'aux accords d'établissement au détriment des échelons supérieurs.

RENFORCER LE ROLE DES BRANCHES DANS LE FUTUR

- Pour commencer, il est sans doute nécessaire de procéder aujourd'hui à une redéfinition des branches professionnelles, pour rester fidèle à la réalité économique actuelle qui n'est pas celle de l'époque où ont été définies les branches. On pourrait ramener leur nombre de plus de 250 à une centaine environ, pour minimiser les risques d'écart entre branches finalement très voisines, et en essayant d'éviter qu'elles ne soient de tailles et de puissances trop diverses, comme cela peut parfois être le cas.
- Un certain nombre de projets actuels visant à attacher des droits au travailleur tout au long de sa vie ne peuvent se concrétiser qu'en mutualisant les charges financières au-delà des entreprises isolément. Il y a dans ces idées des pistes prometteuses de situations « gagnant-gagnant » où les entreprises peuvent gagner en fluidité du marché du travail ce que les travailleurs ne perdent pas en droits sociaux. Les branches professionnelles seront un rouage essentiel de ces évolutions, tant au niveau des débats qui en fixeront le mécanisme qu'au niveau de leur application concrète. Les avancées obtenues rendront plus visible l'action des branches et renforceront encore leur influence dans de nouvelles négociations.
- Enfin, les branches ont une responsabilité à tenir en ce qui concerne les dérogations. Avec la loi Fillon, on est encore aujourd'hui dans un droit d'opposition majoritaire, c'est-à-dire qu'un accord signé par un syndicat s'applique sauf si une majorité des syndicats ne s'y oppose. Mais il existe l'option pour la branche de prévoir la possibilité d'accords majoritaires, c'est-à-dire applicables uniquement si des syndicats représentant la majorité des salariés les ont signés. Très peu de tels accords d'engagements ont pour l'instant été adoptés, mais pour notre part nous espérons que cela viendra. Dans tous les cas de figure ce sont les branches qui choisiront le rythme auquel le principe majoritaire fera son chemin. Demain, le développement de ce type d'accords soulignera le rôle modérateur crucial du dialogue social sectoriel.

Le plus grand risque encouru en passant à un système véritablement majoritaire est sans doute de se heurter à certains syndicats qui ont pris l'habitude de toujours dire non par principe. Dans un système où toutes les voix ne comptaient pas, un syndicat minoritaire pouvant signer un accord qui de toute façon s'appliquait à tout le monde, il était facile de s'opposer à tout ce qui semblait être un pas vers la classe dirigeante. Mais si on passe à un véritable vote à la majorité, le parti de toujours dire non peut devenir un blocage inextricable. Nous sommes cependant convaincus que cette situation n'est pas sans issue, et que si des syndicats ont pris par le passé des

positions irresponsables, c'est aussi parce qu'ils étaient déresponsabilisés. Il faut laisser le temps aux mentalités d'évoluer, s'habituer à un État qui n'occupe plus toute la place décisionnelle, et l'honnêteté intellectuelle viendra avec la responsabilisation. Il restera les différences d'opinions, d'idéologies, mais nous faisons le vœu – sans doute pieux – que les débats futurs débarrassés des clichés seront riches de ces différences.

EN RESUME....

PROPOSITION N°3 :

- Les accords de branche permettent de concilier les contradictions d'un dialogue social développé, en particulier le souci d'une autonomie de décision non-créatrice d'inégalités, et l'existence d'un principe de dérogation qui ne bouleverse pas la hiérarchie des normes. Ils permettent également de répondre à la fois aux besoins des PME et des grandes entreprises.
- Les mesures pratiques à prendre pour que leur rôle soit plus important à l'avenir sont la redéfinition des branches et leur réduction en nombre, une prise de position active et un rôle essentiel à jouer dans l'émergence de droits attachés à la personne, une position d'arbitre à assumer pour l'émergence du fait majoritaire.

PROPOSITION N°4 : RENFORCER LA RESPONSABILITE DES SYNDICATS

La remise en cause d'un principe systématique de faveur le long de la chaîne hiérarchique des normes et le rôle central donné aux négociations nous amènent à nous poser la question fondamentale de la **légitimité des accords**. En effet, si ce principe garantit au salarié des conditions plus favorables, il ne fait guère de doute qu'il faille l'appliquer à tous. Or cette idée, qui n'est pas vraie dans tous les pays, selon laquelle un accord signé par un syndicat s'applique à tous et non pas aux seuls syndiqués, est bonne et ne saurait être remise en cause : en effet, il permet d'unifier le statut des travailleurs sans les pousser à la syndicalisation. Pourtant **la légitimité de l'accord passe par celle de ses signataires, et donc suppose une forme de représentativité des syndicats afin qu'ils deviennent de véritables partenaires sociaux, responsables et ouverts à la négociation**.

Certains expliquent la faiblesse des syndicats français par l'omniprésence de l'État, d'autres prétendent que des syndicats aussi incapables n'ont que ce qu'ils méritent : un État qui s'occupe de tout car la négociation en France ne peut aboutir. Mais on ne peut se sortir de ce **cercle vicieux** sans un jour confier une vraie responsabilité aux syndicats pour que naisse véritablement l'ère du dialogue social.

Le rapport Hadas-Lebel [21] est le référent sur le sujet et montre en détail la complexité technique de ce dossier. Il a inspiré un avis émis par le Conseil Économique et Social (CES) le 29 novembre 2006. Nous nous contenterons d'en brosser les grandes lignes et d'en exacerber les problématiques.

LE PAYSAGE SYNDICAL FRANÇAIS

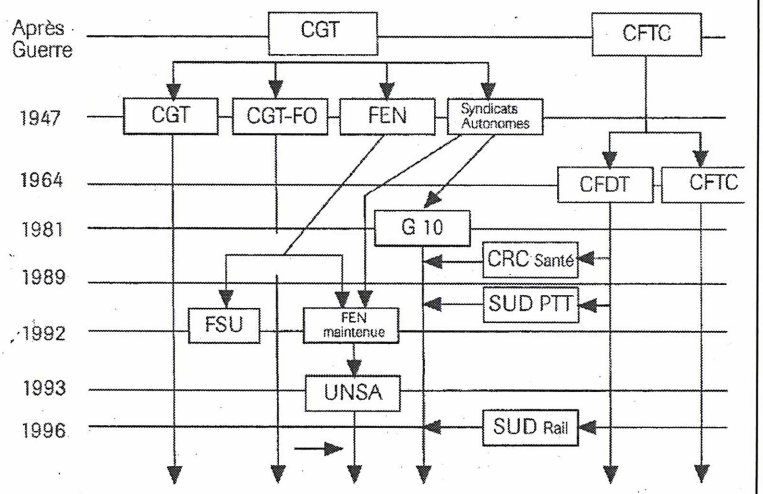
Tout d'abord il s'agit de bien comprendre le paysage français. Comme on le voit sur le diagramme suivant[14], l'histoire du syndicalisme français est avant tout une histoire de scissions. Deux événements majeurs ont été structurants : tout d'abord en 1947 quand les anticommunistes quittent la CGT (créée lors du congrès de Limoges en 1895) pour créer la CGT-FO ; ensuite en 1964 quand une grande partie des adhérents de la CFTC (créée en 1919) abandonnent les références chrétiennes et créent la CFDT. La CGC, quant à elle, est née en 1944 : elle réunit un syndicalisme de cadres (elle élargit son audience en 1981 et comporte aujourd'hui 35% d'agents de

---

[14] CGT (Confédération générale du travail), CFTC (Confédération française des travailleurs chrétiens), CGT-FO (Force Ouvrière), FEN (Fédération de l'éducation nationale), CFDT (Confédération française démocratique du travail), G10 (L'Union syndicale Groupe des Dix Solidaires), FSU (Fédération syndicale unitaire), UNSA (Union nationale des syndicats autonomes), SUD (Solidaires, Unitaires, Démocratiques), CGC (devenue la CFE-CGC) (Confédération générale des cadres).

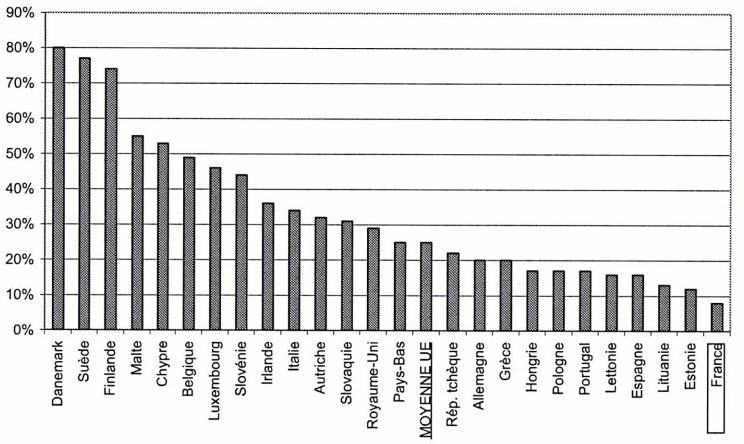
maîtrise et de techniciens). **Ce paysage fragmenté est absolument spécifique à la France** (cf. tableau – Structure du paysage syndical en Europe) : aucun autre pays n'a autant de syndicats que la France, et souvent quand il y en a plusieurs, c'est qu'une ou deux de ces organisations domine le paysage. Cette particularité française est étroitement liée à l'émergence tardive du fait majoritaire.

L'EVOLUTION APRES-GUERRE DU SYNDICALISME



Source : Rapport Hadas-Lebel [21]

TAUX DE SYNDICALISATION, UE-25 (2004)



Source : Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances [10]

STRUCTURE DU PAYSAGE SYNDICAL EN EUROPE EU-25

Entre parenthèses, pourcentage du total des adhésions syndicales nationales par confédération/centrale et autres syndicats nationaux, 2003*

	Nb	Nom des confédérations
Allemagne	3	DGB (84%); DBB (13%); CGB (3%)
Autriche	1	ÖGB (100%)
Belgique	3	ACV-CSC (54%); ABVV-FGTB (39%); ACLVB-CGSLB (7%)
Chypre	3	PEO (37%); SEK (37%); DEOK (4%); Autres (22%)
Danemark	4	LO (67%); FTF (17%); AC (7%); LH (3%); Autres (6%)
Espagne	2	CC.OO (45%); UGT (45%); USO (5%); CGT (5%)
Estonie	2	EAKL (51.5%); TALO (37.5%); Autres (11%)
Finlande	3	SAK (50%); STTK (30%); AKAVA (20%)
France	5+2	CGT; CFDT; CGT-FO; CFTC; CFE-CGC + UNSA; G10-SUD**
Grèce	2	GSEE (66%); ADEDY (34%)
Hongrie	6	SZEF/ESZT unió (38%); MSZOSZ (25.5%); ASZSZ (16%); LIGA (10.5%); MOSZ (6%); Autres (4%)
Irlande	1	ICTU
Italie	3	CGIL (48.5%); CISL (37%); UIL (14.5%)
Lettonie	1	LBAS (100%)
Lituanie	3	LPSK; Soldarumas; LDF
Luxembourg	4	OGB-L (40%); LCBG (29%); CGFP (17%); ALEBA/UEP-NGL-SNEP (14%)
Malte	2	GWU (59%); CMTU (41%)
Pays-Bas	3	FNV (63%); CNV (18%); MHP (9%); Autres (10%)
Pologne	3	OPZZ (42%); NSZZ Solidarność (41%); FZZ (17%)
Portugal	2	CGTP (56%); UGT (34%); Autres (10%)
Rép. Tchèque	5	CMKOS (>>50%); ASO; KUK; CMS; KOK
Royaume-Uni	1	TUC (86%)
Slovaquie	1	KOZ (96%)
Slovénie	4	ZSSS (50%); KNSS (4%); Pergam (4%); Konfederacija'90 (3%); Autres (39%)
Suède	3	LO (56%); TCO (31%); SACO (11%); Autres (2%)

** Hormis pour: Belgique et Allemagne (CGB) -2000; Chypre et Slovénie -2001; Autriche, Danemark, Estonie, Allemagne (DGB et DBB), Italie et Suède -2002.*

*** Des données ne sont disponibles - auto-déclarées - que pour la CGT et la CFDT.*

Source : Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances [10] et EIRO [12].

Ce qui est singulier en France est que, non seulement le paysage est fragmenté, mais aussi, alors qu'on pourrait s'attendre à ce qu'il colle ainsi mieux aux réalités et à la diversité du salariat français, **le taux de syndicalisation (8%) est le plus faible en Europe** : 5% des salariés dans le secteur privé et 15% dans le secteur public sont affiliés à un syndicat, soit 1 845 000 salariés en 2003 selon une étude publiée en 2004 par la Direction de l'Animation de la Recherche, des Etudes et des Statistiques du ministère de l'emploi et de la solidarité, la DARES, qui fait référence en la matière [6].

Mais la contradiction la plus frappante figure dans cet autre tableau : alors que le taux de syndicalisation est faible et qu'il a été divisé par 4 en 25 ans, le taux de couverture par une convention collective (c'est-à-dire le pourcentage de salariés couverts par une convention) est très élevé.

	France	**Moyenne OCDE**
Taux de syndicalisation	8%	40%
Taux de couverture par une convention collective	95%	70%

LE ROLE DES SYNDICATS FRANÇAIS

Un rôle particulier

En fait, le faible taux de syndicalisation n'est pas forcément significatif. En effet, le sens de la syndicalisation est particulier en France : dans d'autres pays, le fort taux de syndicalisation n'est parfois que le reflet de services offerts aux adhérents, information et conseil dans les relations professionnelles, protection juridique en cas de litige avec l'employeur, compensation de perte de revenus en cas de grève, services offerts (habitation, voyage). En outre, dans certains pays, il existe une **délégation d'une mission d'intérêt général** comme en Suède ou en Belgique où les syndicats participent à la gestion de l'assurance chômage; en Italie, les syndicats proposent une assistance à la constitution de dossiers de demandes de prestations sociales [21]. En France, il y a un puissant mouvement mutualiste qui remplit ce rôle.

Se syndiquer est en France un **acte militant** qui n'apporte finalement que des désagréments : paiement de cotisations, réactions patronales à craindre. Ce sont les fonctionnaires ou les salariés des grosses entreprises qui sont les plus syndiqués. *« Ce sont les salariés qui déclarent peu de pénibilités au travail et des chances de promotion élevées qui sont le plus souvent syndiqués »* [6]. Le taux de syndicalisation est surtout faible parmi les salariés qui ont le plus besoin de protection (salariés des PME, voir tableau ci-dessous, ouvriers et employés 5%, salariés en CDD et intérim 2,5%), ce qui légitime d'autant plus la présence et l'action des syndicats. Confrontés au spectre du chômage, les salariés en situation plus précaire semblent craindre de se syndiquer. Ce faible taux de syndicalisation n'est donc pas un bon indicateur d'une faiblesse des syndicats, mais plutôt d'un rapport de force qui s'accentue entre employeur et employés : cela légitime d'autant plus la présence et l'action des syndicats.

Notre idée n'est pas de pousser les employés à la syndicalisation ; mais compte tenu du principe qu'un accord négocié s'applique à tous, syndiqués et non syndiqués (l'effet « ***erga ommes*** ») (ce qui n'est pas vrai partout), et que la technique administrative de l'extension et de l'élargissement des accords permet qu'ils soient étendus aux entreprises non affiliées à une organisation patronale signataire, il est important de s'assurer que les syndicats signataires sont représentatifs et considérés comme tels.

Une image affaiblie

Mais **l'affaiblissement de la crédibilité des syndicats n'est pas seulement dû à leur division et au faible taux de syndicalisation, mais surtout à cette impression qu'ils donnent de s'en tenir à une fonction toujours**

TAUX DE SYNDICALISATION EN 2003 (EN POURCENTAGE)

	Taux de syndicalisation	Présence syndicale dans l'entreprise
Secteur privé	**5,2**	**41,9**
Moins de 50 salariés	3,5	19,0
De 50 à 99 salariés	5,4	52,9
De 100 à 499 salariés	8,3	74,3
500 salariés et plus	8,7	91,7
Secteur public	**15,1**	
Total	**8,2**	

Source : DARES [6]

protestataire. « *La division syndicale risque de rendre la loi [sur l'obligation de consultation des partenaires sociaux avant toute réforme portant sur le droit du travail, l'emploi et la formation professionnelle] inopérante. [...] Il n'y a qu'une situation dans laquelle ils affichent un front uni, c'est pour s'opposer à un projet. Voilà pourquoi ils ont été si soudés lors de la crise du CPE* » selon Bernard Brunhes[15]. Il est clair que l'enjeu de la légitimité des syndicats passe d'abord par une plus grande crédibilité et cohérence. Dans *La Nouvelle Vie ouvrière* du 25 mai 2007, Alain Guinot, secrétaire de la CGT, souligne que la CGT « *n'entend ni jouer la politique du pire ni la suffisance vis-à-vis des salariés en répétant « on vous l'avait bien dit » dès qu'une mauvaise mesure sera prise. Nous voulons avoir une démarche d'utilité dans le cadre nouveau qui s'impose à tout le monde* ». Récusant tout enfermement dans une « *posture de résistance* », M. Guinot résume ainsi cette stratégie : « *Nous ne nous interdisons évidemment pas de dire non, mais nous ne pouvons pas nous limiter à ça* »[16]. Preuve que l'idée d'un rôle nouveau dans un cadre nouveau fait son chemin...

Mais selon un sondage TNS-Sofres, réalisé pour le colloque de l'association *Dialogues*, organisé le 16 janvier 2006 sur le thème « *les syndicats sont-ils mortels* », les syndicats souffrent d'une image déplorable, seraient attentifs aux seuls salariés privilégiés du secteur public et des grands groupes, défendant des acquis selon des considérations purement idéologiques (selon 2/3 des salariés). Le jugement est paradoxal puisque, quels que soient les reproches qui peuvent leur être adressés, les syndicats sont jugés efficaces par une majorité de salariés (58%), même si peu les jugent très efficaces. Dans le privé, 53% des salariés privilégient la voie hiérarchique pour défendre leurs intérêts, et 18 % seulement le recours aux syndicats. Près de 80% des salariés (79%) estiment que pour défendre les salariés français, il vaudrait mieux avoir 1, 2 ou 3 syndicats nationaux comme ailleurs en Europe. Un point de vue partagé par tous les Français, actifs comme inactifs, quels que soient leur classe d'âge ou leur statut professionnel.

Les syndicats ont bien entendu conscience de la nécessité d'une plus grande adéquation de leurs structures et de leurs discours aux attentes de plus en plus diversifiées des salariés, en particulier des plus jeunes. En outre, leur rôle est nouveau : celui d'**acteur du dialogue social**. En effet, jusqu'à présent leur action visait à obtenir une meilleure répartition des fruits de la croissance ; aujourd'hui, ils doivent aussi réfléchir avec la puissance publique et les syndicats patronaux à l'évolution du système socio-économique. La promotion du dialogue social, c'est l'entrée dans un cercle vertueux, celui de la responsabilisation.

---

[15] La Tribune, 4 décembre 2006.

[16] Propos rapportés par Le Monde, 2 juin 2007.

Les syndicats ont d'ailleurs une position différente sur ce sujet : la CFDT s'est recentrée et tente d'apparaître comme un interlocuteur privilégié du patronat et du gouvernement. La CGT-FO est fondée sur deux piliers : l'anticommunisme, qui n'a plus lieu d'être, et la politique contractuelle, terrain sur lequel la CFDT la concurrence très fortement. La CGT est opposée au principe des accords, en particulier au niveau des entreprises, et préfère la force de la loi à valeur plus universelle ; mais elle a signé, pour la première fois depuis une trentaine d'années deux accords d'importance : l'accord sur la formation professionnelle du 30 septembre 2003 et celui sur l'égalité professionnelle du 1er mars 2004.

Dans un contexte où **la définition de l'intérêt général n'est plus l'apanage du seul État mais le fruit du compromis d'intérêts particuliers**[17] [40], la nouvelle mission confiée aux syndicats ne peut être menée sans une vraie légitimité fondée sur une juste mesure de leur représentativité.

LA QUESTION DE LA REPRESENTATIVITE

La problématique de la représentativité a émergée dès 1925 quand se sont posées les questions de la désignation de représentants de la France à l'OIT, de membres du Conseil économique (créé par décret le 16 janvier 1925) et l'application de la loi du 8 décembre 1923 concernant le repos hebdomadaire obligatoire pour laquelle les arrêtés préfectoraux d'application devaient recueillir un accord intersyndical. Mais la question à cette époque là n'est pas prégnante : malgré la création de la CFTC en 1919, la CGT restait largement majoritaire et mieux implantée.

En fait la question de la représentativité se pose réellement après la guerre, à partir de la circulaire dite Parodi du 28 mai 1945 qui fixe les critères de représentativité, repris par la loi du 11 février 1950. C'est la **représentativité de droit** : **la puissance publique choisit les syndicats les plus représentatifs au niveau national**. Ainsi est toujours en vigueur l'**arrêté du 31 mars 1966** du Premier ministre et du Ministre du travail, complétant une décision du 8 avril 1948 du Président du Conseil et du Ministre du travail et de la sécurité sociale, écrit à la suite de la création de la CFDT et énumérant nommément les cinq syndicats disposant d'une **présomption de représentativité au niveau national interprofessionnel** : la **CGT**, la **CFDT**, la **CFTC**, **FO**, la **CGC** (devenue CFE-CGC ; pour les cadres). Cette représentativité au niveau interprofessionnel existe aussi dans

---

[17] On est loin du contrat social de Rousseau qui affirmait que, par nature, la somme des intérêts personnels est contraire à la recherche de l'intérêt général, seul objectif du contrat social.

les branches en application des article L.132-2 et L.133-1 du Code du travail.

Cette représentativité existe certes seulement dans un arrêté, mais comme l'affaire UNSA[18] le montre, « *cette liste structure si fortement la vie syndicale du pays qu'il nous faut bien imaginer que sa base légale ne saurait être longtemps contestée* » (propos tenus par le commissaire du gouvernement du Conseil d'État J-H Stahl).

La **loi du 27 décembre 1968,** dont les dispositions sont codifiées aux articles L.412-1 et suivants du Code du travail, concrétise un des engagements des accords de Grenelle et consacre **la représentativité irréfragable des cinq syndicats** :

> *« Tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans l'entreprise ».*

Dans les faits, les syndicats membres ou affiliés à une organisation du « club des 5 » peuvent seuls :

- aux échelles nationales et interprofessionnelles, signer les conventions ; recevoir des aides financières de l'État et des collectivités locales ; avoir des sièges dans certaines instances consultatives[19] (dont le Conseil supérieur de la prud'homie, le Conseil supérieur des risques professionnels) ; participer à la gestion de l'assurance chômage, des caisses de sécurité sociale, des régimes complémentaires de retraite, des organismes collecteurs du secteur de la formation professionnelle ;
- au niveau de l'entreprise, présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles[20] (Comité d'Entreprise et délégués du personnel) et disposer d'une section syndicale et d'un délégué.

---

[18] L'UNSA avait demandé, suite à son résultat aux élections prud'homales de décembre 2002 (5% des voix), une modification de l'arrêté de 1966. Cette demande avait été adressée au ministre du Travail, et l'UNSA a attaqué le 20 juin 2003 la décision implicite de rejet (non-réponse du ministre) devant le Conseil d'État, qui a refusé le 5 novembre 2004 d'accorder à l'UNSA les avantages espérés.

[19] à l'exception du Conseil Economique et Social, où siègent aussi l'UNSA et la FSU.

[20] Un deuxième tour a lieu si le nombre de votants est inférieur à la moitié des inscrits au premier tour. Des listes autres que celles des organisations syndicales peuvent alors se présenter.

Les autres syndicats doivent **prouver leur représentativité** selon les critères fixés par **l'article L.133-2 du Code du travail** et définis par la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives :

- les effectifs[21],
- l'indépendance,
- les cotisations,
- l'expérience et l'ancienneté du syndicat,
- l'attitude patriotique pendant l'occupation[22].

Concrètement, au niveau de l'entreprise, l'employeur et les autres représentations syndicales présentes peuvent contester la représentativité d'un syndicat en saisissant le tribunal d'instance qui statue en dernier ressort, en vertu de l'article L.412-15 du Code du travail.

Au niveau de la branche, le principe est celui d'une acceptation mutuelle pour la négociation. Mais si contestation il y a, le Ministre du travail tranche avec un recours possible devant le Conseil d'État ou le juge civil.

Au niveau interprofessionnel, rien n'est prévu hors l'arrêté du 31 mars 1966. Une contestation devant le juge civil ou le Ministre du travail avec recours devant le Conseil d'État est cependant possible, comme dans l'affaire UNSA.

DE NOUVEAUX CRITERES DE REPRESENTATIVITE

En fait, le Ministre ou le juge font intervenir d'autres critères que ceux de l'article L.133-2 du Code du travail : l'**audience** (mesurée sur une base élective) et l'**activité** (dynamisme des actions menées) afin de coller à la réalité d'un **syndicalisme de représentation plutôt que d'adhésion. Nous défendons l'idée d'inscrire ce critère d'audience parmi les critères de représentativité.**

Mais ce ne peut être le seul. En effet, il est clair que **la puissance publique doit se réserver le choix des partenaires sociaux**, pour éviter d'augmenter leur nombre, ce qui serait un facteur d'inefficacité voire de blocage des négociations, et pour éviter le corporatisme, dont avaient horreur les

---

[21] Il nous semble important de souligner à noter à propos de ce critère qu'aucun parti politique français n'a plus d'adhérents et de loin que les syndicats.

[22] Tout le monde est d'accord pour supprimer ce critère désuet. Certains, dont le MEDEF, suggèrent de le remplacer par un critère de « respect des valeurs républicaines », c'est-à-dire le refus de toute discrimination, le rejet d'actions violentes et le respect de la liberté d'opinion politique, philosophique ou religieuse.

révolutionnaires. En effet, la loi Le Chapelier avait interdit pendant la Révolution française (1791) la constitution de corps intermédiaires entre l'État et le citoyen et le code pénal (1810) instaure un « délit de coalition » puni de prison. La liberté syndicale a été reconnue en France par la loi dit Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884. Le droit d'adhérer à un syndicat et de défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale a été ensuite réaffirmé dans le préambule de la constitution de 1946. D'ailleurs, dans la fonction publique, les syndicats, tolérés depuis la circulaire Chautemps de 1924, n'ont été officiellement reconnus qu'en 1946. Mais la crainte d'une forme de corporatisme est toujours présente. D'une certaine manière, c'est ce qui a été réaffirmé par le Ministre dans l'affaire UNSA, et que le Conseil d'État reprend dans un des considérants de sa décision du 5 novembre 2004 :

> *« Considérant que l'UNION NATIONALE DES SYNDICATS AUTONOMES (U.N.S.A.), constituée en 1993 par le regroupement de la Fédération de l'éducation nationale, de la Fédération générale autonome des fonctionnaires, de la Fédération maîtrise, cadres techniciens et agents de maîtrise de la SNCF et de la Fédération générale des salariés des organisations professionnelles de l'agriculture et de l'industrie agro-alimentaire, a demandé le 16 janvier 2003 au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité de figurer au nombre des organisations syndicales de salariés les plus représentatives au plan national ; que, pour justifier le refus implicitement opposé à cette demande, le ministre fait valoir que* ***les effectifs et l'audience de cette organisation ne sont pas suffisamment importants dans le secteur privé, notamment dans l'industrie et le commerce*** ».

Un syndicat doit être représentatif dans toutes les branches. C'est pourquoi le critère d'audience ne peut être le seul choisi pour définir la représentativité d'un syndicat. En revanche, le système de reconnaissance de la représentativité, quel que soit celui choisi, doit être **harmonisé entre les différents niveaux**.

Le critère d'audience reste vague s'il ne repose pas sur une **mesure bien définie**. Certains préconisent de l'estimer à travers l'**influence** du syndicat, en particulier à travers sa capacité de mobilisation. Cela amène parfois certains syndicats à déclencher des « grèves de représentativité » sur des thèmes fédérateurs, sans revendications précises, et ce dans le but de « compter ». En plus d'être difficilement défendable, cet instrument de mesure n'est qu'illusion : comme nous le rappelle la Cour de Cassation par son arrêt SUD-Caisse d'épargne du 3 décembre 2002, les agissements du syndicat qualifiés par les juges du fond d'« *activisme syndical incontestable* » sont « *incompatibles avec la reconnaissance de sa*

représentativité de fait ». Pour nous, la mesure de l'audience doit nécessairement s'appuyer sur une **base élective**. C'est d'ailleurs le sens de **l'avis du CES** du 29 novembre 2006 : rappelant que la légitimité des organisations syndicales repose « *d'abord sur leur nombre d'adhérents* », le CES souligne que « *le choix, par les salariés, des organisations appelées à les représenter dans les négociations, doit se fonder, entre autres mais* ***principalement****, sur des élections* ». Cet avis a été voté à la majorité du CES, mais par une minorité de partenaires sociaux[23] : si les deux gros syndicats, la CFDT et la CGT ainsi que l'UPA ont voté pour, la CGPME, le MEDEF, la CFTC, la CGC et FO ont voté contre. L'idée d'une élection spécifique de représentativité a été longuement débattue lors des discussions qui ont abouti à la Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective[24], mais n'a pas été retenue dans le texte final. L'introduction de telles élections de représentativité rencontre donc une forte opposition, en particulier, et on le comprend, de la part des petits syndicats et des syndicats patronaux.

LES OPPOSITIONS A LA MESURE D'UNE AUDIENCE

Certains craignent, en particulier les syndicats patronaux, l'**influence politique** conséquente de telles élections. En effet, les syndicats pourraient alors revendiquer une légitimité démocratique : tandis que Claude Guéant, l'actuel secrétaire général de l'Élysée, déclarait[25] « *je vois mal que les syndicats puissent aller contre l'avis du peuple français* », rappelant que les syndicats « *ne représentent que 8% des salariés* », Jean-Claude Mailly, le secrétaire général de FO, déclarait « *le score de Nicolas Sarkosy n'est pas un blanc-seing* »[26]. On imagine alors que le rapport de force sera plus important en cas d'élections syndicales nationales, avec le fort taux de participation qu'on connaît aux élections professionnelles. En outre on sait d'expérience que de telles élections nationales, sur le modèle des partis

---

[23] Outre les syndicats de salariés que l'on a décrit dans la note de bas de page n°14, les syndicats patronaux sont le MEDEF (Mouvement des entreprises de France), la CGPME (Confédération générale des petites et moyennes entreprises) ainsi que l'UPA (Union professionnelle artisanale).

[24] La position commune a été signé par 7 des 8 partenaires sociaux : CFDT, CFE-CGC, CFTC, FO, CGPME, MEDEF, UPA. Seule la CGT ne l'a pas signée. Cet accord a été obtenu après 18 mois de négociations et la loi Fillon en a repris les principales lignes.

[25] LCI, 8 mai 2007

[26] Le Monde, 9 mai 2007.

LA PRESENCE SYNDICALE DANS L'ENTREPRISE

Les représentants du personnel sont
1/ soit élus par les salariés (**membres du comité d'entreprise** dans les entreprises de plus de 50 salariés ou **délégués du personnel** dans les entreprises de plus de 10 salariés ; affiliés ou non à une organisation syndicale),
2/ soit désignés par une organisation syndicale représentative (**délégués syndicaux** dans les entreprises d'au moins 50 salariés ou **salariés mandatés** pour signer un accord).
Dans les entreprises de moins de 50 salariés, les organisations syndicales peuvent désigner un délégué du personnel élu comme délégué syndical.

politiques, donnent naissance à des regroupements d'organisations qui sont alors fondées sur des compromis. Mais c'est aussi un moyen de rendre responsables les organisations syndicales, comme véritables acteurs de la négociation sociale, plutôt qu'« *arrière garde industrielle dans une société post-industrielle* » [42] qui semblent aujourd'hui préférer le conflit au consensus.

Il est à craindre d'importantes résistances de la part de la CGT-FO, de la CGC et de la CFTC (les plus petits du club des cinq). L'Union des industries et des métiers de la métallurgie (UIMM)[27] serait aussi opposée, non seulement pour des raisons d'influence politique, mais aussi car les syndicats avec lesquelles elle a l'habitude de travailler seraient alors fort affaiblis. L'avantage de telles élections est qu'elles seraient sans distinguo ouvertes à tous les syndicats. Le problème est qu'il ne suffit pas de mesurer une audience au niveau national, il est aussi intéressant de le faire dans chaque branche, au même moment (une telle élection est d'ailleurs déjà possible, dans les branches qui le souhaitent, en vertu de l'article L.132-2-2 du Code du travail). Mais cela remettrait alors le principe d'une représentativité irréfragable, puisque qu'il existerait alors une mesure élective à chaque niveau. Une **représentativité simple**, c'est-à-dire constable sur la base d'un critère électif au niveau de la branche, semblerait alors plus naturelle.

Au niveau de l'entreprise se pose la question de l'exclusivité du premier tour des élections professionnelles. Il ne faut pas oublier que les confédérations tirent leur légitimité de leur assise dans l'entreprise. Supprimer un tel privilège conduirait sans doute à l'apparition de syndicats « maison », des élus non syndiqués sans lien avec des revendications nationales. Cela nous semble signifier couper l'herbe sous le pied des organisations syndicales. C'est pourquoi il est préférable de laisser le

---

[27] L'UIMM a le poids financier le plus important au sein du MEDEF, lui apportant 25% des cotisations. Cf. [30] « *Au MEDEF, l'UIMM fait à nouveau la pluie et le beau temps* ».

privilège de la présentation de candidats au premier tour des élections professionnelles aux seuls syndicats affiliés à des organisations reconnues représentatives nationalement ou au niveau de la branche.

COMMENT MESURER L'AUDIENCE SYNDICALE ?

Deux types d'élection s'offrent à nous pour préciser le critère d'audience :

Les élections professionnelles (comité d'entreprise et délégués du personnel) ont l'avantage de mobiliser les employés : on estime entre 60 à 65% la participation à ces élections. Mais le problème est qu'elles n'ont lieu que dans les plus grandes entreprises, et ne se déroulent pas partout au même moment. Mais cela nous enseigne que les salariés se mobilisent plus pour des votes de proximité.

RESULTATS OBTENUS PAR CYCLE ELECTORAL DE 1994 A 2005

Participation : en % des inscrits
Résultats : en % des suffrages exprimés

Listes	94-95	96-97	98-99	00-01	02-03	04-05
Participation	66,4	66,1	65,5	64,1	64,3	64,5
CFDT	20,7	21,2	22,3	22,9	22,4	20,3
CFE-CGC	6,0	6,1	6,0	5,9	6,1	6,3
CFTC	4,7	4,8	5,3	5,7	6,1	6,4
CGT	22,0	22,1	23,0	23,6	23,3	23,6
CGT-FO	12,2	12,1	12,1	12,7	12,6	12,6
Autres syndicats	6,5	6,7	6,3	6,8	7,2	7,9
Non syndiqués	27,9	27,1	24,9	22,4	22,4	22,9

Source : fichier d'élections aux comités d'entreprise et délégations uniques du personnel – DARES [8]

Les élections prud'homales, caractérisées par un fort taux d'abstention (67% en 2002 ; elle était seulement de 34% en 1979, date des premières élections prud'homales). En fait ce fort taux d'abstention semble refléter celui des salariés des PME puisque selon beaucoup de directions de grandes entreprises, la participation était de 50 à 60 %. En outre, les conseillers prud'homaux doivent juger « *au nom du peuple français* » et non en celui de leur syndicat : on ne peut donc juger de l'action d'un syndicat à travers celle de ses conseillers prud'homaux. Mais ces élections ont l'avantage d'être nationales ; en outre la liste du collège des électeurs est difficile à établir, et ces élections coûtent chères (35 millions de francs dans les années 90). Il n'est guère envisageable d'en organiser d'autres sur le même modèle. C'est pourquoi nous proposons **d'asseoir l'audience de ces syndicats sur**

ces élections, en joignant clairement cet enjeu à leur déroulement et en espérant qu'ainsi une plus forte mobilisation sera au rendez-vous. C'est d'ailleurs l'avis de la commission Virville (proposition n°45) [22].

LES PRINCIPAUX RESULTATS PAR SYNDICATS EN SUFFRAGES EXPRIMES AUX ELECTIONS PRUD'HOMALES DE 2002 (SALARIES)

	% nb de voix	nb de sièges
CGT	32,1	2548
CFDT	25,2	2114
FO	18,3	1306
CFTC	9,7	429
CFE-CGC	7	482
UNSA	5	161
G10	1,5	51
Autres	1,2	86

Source : La documentation française.

LA QUESTION DU FINANCEMENT DES SYNDICATS

Nous n'avons pas souhaité nous étendre que la question du **financement des syndicats**, car il nous est apparu obscur et inaccessible. Mais souvent les organisations syndicales se plaignent d'un manque de moyens face à la diversité croissante de leurs missions et de leurs représentations. Les subventions de l'État à l'égard des syndicats sont importantes, mais normalement seulement liées à leurs activités de formation (en 2001, 35 M€). Comme nous ne pensons pas qu'il soit souhaitable de développer un syndicalisme d'adhérents (et donc de services comme dans d'autres pays), un financement qui dépende de la représentativité du syndicat, analogue à celui des partis politiques, permettrait un meilleur fonctionnement de la démocratie sociale. Une proposition de loi a d'ailleurs été déposée en ce sens en 2001, mais la plupart des syndicats ont opposé leur refus. La CFDT prône un syndicalisme d'adhérents. En outre ce mode de financement souffre d'un fâcheux antécédent : sous le régime de Vichy, les syndicats étaient incorporés à l'État. Selon Pierre Rosanvallon, historien et professeur au Collège de France, une telle solution mettrait fin à une

histoire d'autonomie du syndicalisme français[28], en consacrant son caractère fonctionnel dans l'appareil public, mais serait « ***inexorable à terme*** » [36]. Cela permettrait une vraie **transparence** du système, mais le coût en serait probablement élevé pour les finances publiques.

L'émergence du fait majoritaire, comme décrit plus haut, nous fait également espérer un regroupement des syndicats qui redonne une force de négociation à leurs représentants. L'enjeu est double : **recréer une dynamique en redéfinissant tous les cinq ans le paysage syndical**, obligeant ainsi les vieux syndicats à se remettre en question, et faire des syndicats **non plus des lobbys mais de véritables partenaires sociaux**.

EN RESUME....

PROPOSITION N°4 :

- Introduire le critère d'audience parmi les critères de définition de la représentativité syndicale (et supprimer le critère d'attitude patriotique remplacé par un critère de respect des valeurs républicaines).
- Asseoir ce critère sur le résultat des élections prud'homales ou d'élections organisées en même temps que les élections prud'homales.
- Réviser régulièrement, par exemple tous les cinq ans, sur la base de ces nouveaux critères, la liste des acteurs de la négociation sociale nationale.
- Remplacer par une représentativité simple le principe d'une représentativité irréfragable et systématique au niveau des branches et dans l'entreprise des syndicats représentatifs nationaux.

---

[28] La charte adoptée en octobre 1906 par la CGT, connue à partir de 1912 sous le nom de Charte d'Amiens, constitue une référence pour le syndicalisme en France : cette motion, rédigée par Victor Griffuelhes et Émile Pouget, proclame l'indépendance des syndicats vis-à-vis de l'appareil politique et de l'État, et préconise la grève générale comme moyen d'action. Les syndicats sont attachés à cette indépendance, bien qu'ils reçoivent de l'État une aide financière. La CGT, depuis 1993, ne donne plus de consigne de vote et son secrétaire général ne siège plus dans les instances du Parti communiste français.

PROPOSITION N°5 :
ACCEPTER LA NEGOCIATION INDIVIDUELLE

Le droit du travail est né et s'est développé autour de la nécessité de régir les relations individuelles entre employeurs et salariés, qui, par nature, sont inégalitaires. En protégeant le salarié, il permet de rééquilibrer cet état de subordination : son principe premier est de fuir les négociations au niveau individuel. L'accepter est donc une remise en cause profonde des fondements qui meuvent le droit du travail.

Nous avons vu dans la première partie qu'il n'y avait pas de contradiction de principe entre niveau de protection du salarié et efficacité économique. Pourtant, la complexité procédurale et bureaucratique – beaucoup de contraintes qui ne sont pas forcément garantes de protection – et surtout l'instabilité liée à la variabilité jurisprudentielle du droit du licenciement – l'incertitude étant la plus grande crainte des entreprises –, crée en France une frilosité de l'employeur devant l'embauche.

LA PROBLEMATIQUE DE LA RUPTURE DU CONTRAT AU CŒUR DES DEBATS

Au cours de nos entretiens avec des dirigeants d'entreprise ou des membres des ressources humaines, on a souvent entendu, en particulier dans de petites structures, des propos d'une teneur semblable à celle-ci : « *quand on licencie un salarié, on n'a pas le choix et un licenciement, avec le Code du travail, c'est un peu la boîte à gifles pour l'employeur* »[29]. Il s'agit tout d'abord de comprendre les difficultés soulevées par la rupture du contrat de travail et en particulier par la nécessité de justifier un licenciement par une « *cause réelle et sérieuse* ».

Dans le cas d'un licenciement pour motif personnel, l'entreprise doit apporter la preuve d'une faute sérieuse, mais, selon Jean Pélissier, professeur émérite à l'université de Toulouse,„« *sérieux* » signifie « *suffisant pour justifier un licenciement* ». Dans le cas de licenciements pour motif économique, la situation est encore plus difficile à justifier, puisqu'il s'agit de démontrer que le licenciement est la conséquence d'une « *réelle transformation ou élimination d'emplois* ». L'exemple donné classiquement est celui du plan social Michelin-Wolber en 1999 où 451 licenciements ont été décidés alors que l'entreprise annonçait d'importants bénéfices. Le tribunal des Prud'hommes de Soissons, en février 2002, dans un jugement confirmé par la cour d'appel d'Amiens en octobre 2003, déclara la nullité des licenciements et condamna Michelin à une amende de 10 millions d'euros car « *le licenciement économique ne peut être justifié par*

---

[29] Propos d'un employeur rapporté par Le Monde, 31 juillet 2007.

l'amélioration de la compétitivité ou de la rentabilité de l'entreprise, mais seulement par la sauvegarde nécessaire à la compétitivité de celle-ci ». En novembre 2004, une autre partie des plaignants obtient non seulement la nullité des licenciements mais aussi la réintégration dans l'usine… qui a été détruite deux ans plus tôt. Ce sera au sein du groupe. Le fond n'est pas discutable, mais la forme, déjà, montre combien la procédure est longue et coûteuse pour l'entreprise, en plus d'avoir une issue incertaine (les délais aux Prud'hommes sont en moyenne de 10 mois). C'est surtout que les principes guidant les tribunaux sont flous, le fait qu'une entreprise juge un licenciement nécessaire n'étant pas un motif suffisant. Comment alors ne pas comprendre la crainte des entreprises quand elles doivent faire face à de telles situations incertaines !

La question de la rupture du contrat de travail est la préoccupation première de tous les acteurs du monde économique : c'est la justification de l'introduction du contrat nouvelle embauche (CNE), destiné aux petites entreprises de moins de 20 salariés, qui aurait dû augmenter les embauches (70 000 emplois supplémentaires d'après Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo [28]) mais aussi le nombre de licenciements en fluidifiant le marché du travail ; mais c'est aussi la raison pour laquelle ce même CNE ne rencontre pas le succès annoncé car il semble augmenter l'insécurité juridique de la procédure de licenciement[30]. Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo proposent aussi de compléter la réforme par une réduction sensible du coût du licenciement compensée par des indemnités plus généreuses en montrant que cela créerait à terme 250 000 emplois. Le même problème du licenciement est soulevé par les débats autour du **contrat de travail unique (CTU)** (voir encadré page suivante), dont l'idée a été reprise par l'OCDE dans son objectif croissance 2006. Le CTU devait constituer l'aboutissement de la démarche « nouveaux contrats », commencée par le CNE puis le CPE (Contrat première embauche), interrompant brutalement sa course suite aux violentes manifestations que l'on sait en février et mars 2006. En fait nous rejoignons la position de Barthélémy, Cette, Verkindt (2006) [15] lorsqu'ils défendent la **conservation de la dualité CDD et CDI** car il s'agit là d'un besoin des entreprises (le CDD est l'une des seules sources de flexibilité du droit français, qui plus est judiciairement très sécurisée) et parfois d'une attente des salariés.

---

[30] Le CNE ne représente au premier semestre 2007 que 10% des embauches dans les entreprises concernées, soit 4 points de moins par rapport à 2006 ; la crainte principale étant l'insécurité juridique liée aux règles de rupture souples (en particulier l'absence de motif) pendant les deux premières années, le CNE « *paraît mal barré juridiquement* » selon les propos cinglants d'un artisan rapportés par Le Monde, le 31 juillet 2007. Ils reflètent l'opinion appréhensive de nombreux employeurs.

« Le principal risque d'une telle réforme est que cette réforme risque d'être perçue comme LA réforme prioritaire et universelle du droit du travail français. Or [...] le contrat unique est orthogonal à la résolution des réelles inadaptations de notre droit du travail. Par ailleurs, les évènements récents illustrent que la capacité d'absorption, par la société française, de réformes du marché du travail n'est pas immense. [...] La priorité première nous semble donc être la contraction du droit réglementaire et, simultanément, le développement du droit conventionnel, pour aboutir à une flexibilité négociée, gérée par les partenaires sociaux eux-mêmes » [15]

LE CONTRAT DE TRAVAIL UNIQUE, DIFFERENTS RAPPORTS

Blanchard et Tirole (2003) [16] p. 11 : « 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) [18] 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'intègreraient 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) [17] p. 145 : « 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 ».

En fait, la problématique soulevée par le CTU est cachée par son expression : **les difficultés du marché du travail français ne sont pas liées au contrat à proprement parler, mais à la rupture du contrat**, en particulier à cause de son coût important.

UNE RUPTURE QUI A UN COUT REEL IMPORTANT

On entend souvent qu'il est coûteux de licencier en France. Pourtant très peu de données sont disponibles pour mesurer cette assertion. En fait les indemnités légales sont relativement faibles (voir encadré), il semble que ce soit le coût administratif et juridique qui est évoqué.

ARTICLE R122-2 :
INDEMNITES MINIMUM DE LICENCIEMENT

« [...] Pour un licenciement fondé sur le motif prévu à l'article L. 321-1 [*licenciement pour motif économique*], cette indemnité [*prévue à l'article L. 122-9*] ne peut être inférieure à deux dixièmes de mois de salaire par année d'ancienneté. A partir de dix ans d'ancienneté, cette indemnité minimum est de **deux dixièmes de mois de salaire plus deux quinzièmes de mois par année d'ancienneté au-delà de dix ans**.
Pour un licenciement fondé sur un motif autre que celui visé à l'alinéa précédent [*licenciement pour motif personnel*], cette indemnité ne peut être inférieure à un dixième de mois de salaire par année d'ancienneté. A partir de dix ans d'ancienneté, cette indemnité minimum est de **un dixième de mois de salaire plus un quinzième de mois par année d'ancienneté au-delà de dix ans**. [...] »

Francis Kramarz et Marie-Laure Michaud [31] ont étudié de façon statistique le coût réel du licenciement dans les grandes entreprises : ils le modélisent selon un coût fixe (variable selon l'entreprise, avec de fortes variations, moyenne : 870€) et un coût marginal (**14 mois du salaire médian, soit 17 500€**) par salarié, au milieu des années 90, ce qui est beaucoup plus que les indemnités légales. Il regroupe les indemnités légales, conventionnelles ou transactionnelles ainsi que les frais de reconversion et d'avocats. Ce coût varie selon le niveau de qualification : selon eux, licencier un cadre coûterait dix fois plus cher que licencier un ouvrier.

Une étude mise en ligne, menée par des syndicats d'EDS, compare neuf plans de sauvegarde de l'emploi dans le secteur informatique en 2002-2003. Ils montrent que les coûts par salarié représentent alors **entre 8 mois et plus de trois ans de salaire mensuel brut**. On trouvera un résumé de ces études par exemple dans le rapport d'étape du Conseil d'orientation pour l'emploi (COE) [5].

Sur la page 81 figure également le résultat d'une étude menée par Romain Mélot [33] sur le montant obtenu par les transactions après le licenciement. Ici encore les montants sont très supérieurs aux indemnités légales.

Toutes ces études montrent que les employeurs paient souvent des indemnités bien plus importantes que les indemnités légales ou conventionnelles. **Pourquoi les employeurs paient-ils des indemnités si élevées ?**

Sans doute une partie de ces indemnités supplémentaires est-elle simplement due à l'existence d'un « **contrat implicite** » d'usage (selon l'expression utilisée par le COE [5]), fruit des rites de l'entreprise. C'est d'ailleurs ce qui nous a été rapporté lors de nos entretiens à travers des propos tels que « *moi, de toute façon, je sais que si je suis viré je partirai avec deux ans de salaire* ».

Peut-être aussi est-ce dû aux montants obtenus devant les prud'hommes. Pourtant, d'après l'étude menée en 2000 pour le compte du ministère de la Justice [23], si les demandes s'élèvent en moyenne à 17 300 €, elles sont déboutées dans 1/3 des cas et si le demandeur obtient satisfaction, ce n'est en moyenne que 6 700€, soit 4,3 mois de salaire moyen. Donc le montant obtenu devant les prud'hommes n'a rien d'excessif et ne peut justifier à lui seul les montants accordés par les entreprises.

Mais ce que cette étude montre aussi, c'est la longueur des procédures lorsqu'elles vont au jugement : 17% se terminent au bureau de conciliation (en moyenne 2 mois), 54% au bureau de jugement (13-14 mois), 25% font l'objet d'un recours devant deux juridictions (+ de 18 mois) et 4% trois juridictions (+ de 20 mois). C'est ce **coût indirect qu'implique la crainte de procédures judiciaires longues, incertaines et coûteuses** qui est pris en compte par les entreprises lorsqu'elles acceptent de payer si cher le licenciement.

DES CONTOURNEMENTS FREQUENTS DU DROIT

En effet, la crainte soulevée par nombre d'experts, en particulier le juriste Jean-Emmanuel Ray, est que, « *destiné à simplifier les procédures de licenciement, le contrat unique [développe] l'effet inverse, à savoir la judiciarisation des ruptures* »[31]. Et c'est ce qui nous faut à tout prix éviter… « *Si le droit du licenciement est une source d'insécurité juridique, il faut s'attaquer au droit du licenciement, et non la nature des contrats ! On ne règle pas un problème en le contournant* » a estimé Paul-Henri Antonmattéi (université de Montpellier-I) lors d'une rencontre avec

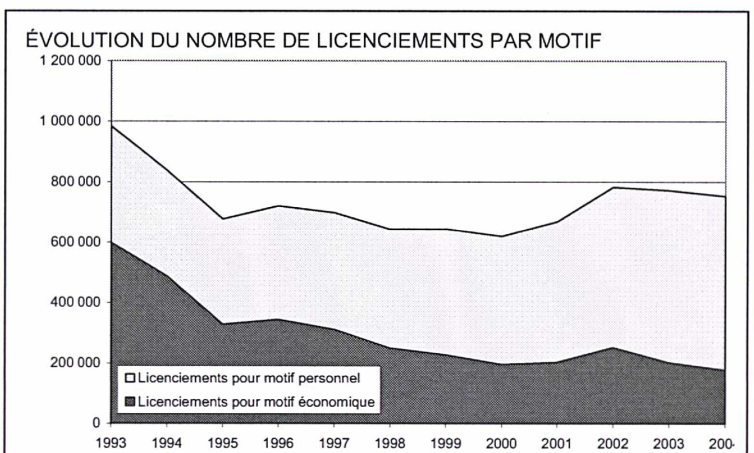
---

[31] Les Échos, 9 janvier 2007.

l'Association des journalises de l'information sociale (AJIS) le 27 février 2007[32].

En effet, **l'insécurité juridique est la première cause qui donne lieu à un fréquent contournement du droit**. Un de nos interlocuteurs nous confiait à l'occasion d'un entretien : « *la France ne peut être victime de son droit du travail, il y a tant de manières de le contourner* ». C'est vrai en particulier sur le droit du licenciement, où nombreux sont les interlocuteurs qui nous ont confié une pratique fréquente de la négociation des effets du licenciement : **la pratique de la transaction se répand**, souvent avant la notification du licenciement (ce qui est tout à fait illégal), sécurisant ainsi pour les deux parties la procédure, et évitant la longueur des recours devant les prud'hommes (la durée moyenne des affaires avec jugement au fond est de 13,8 mois).

D'abord la pratique de la transaction peut se dérouler dans un cadre tout à fait légal : en 2003, un quart des procédures devant les prud'hommes se terminent par un acte impliquant un accord (procès verbal de conciliation, accord homologué, transaction, acquiescement). Et la moitié des affaires s'achèvent sans décision statuant : c'est qu'il y a alors négociation employeur / salarié [23].



Source : ANPE, voir également DARES [7]

[32] Les Échos, 28 février 2007.

En outre, on observe une **augmentation significative du nombre de licenciements pour motif personnel** par rapport à ceux pour motif économique[33] (voir graphique précédent) : de 39% en 1993, ils représentaient 76% en 2004 du total des licenciements. Cette augmentation des licenciements pour motif personnel suggérerait une augmentation de la négociation au niveau individuel. « ***20% des licenciements pour motif personnel sont négociés en accord avec le salarié pour qu'il puisse toucher l'allocation chômage*** » selon Paul-Henri Antonmattéi[32]. Les entreprises préfèrent payer plus cher un licenciement, en échange de la sécurisation de la procédure, pour « *acheter la paix sociale* » nous avoue l'un de nos interlocuteurs. Cette protection économique du licenciement est d'ailleurs l'idée centrale du rapport Blanchard et Tirole au Conseil d'Analyse Économique [16], qui suggère l'instauration d'un principe de « licencieur-payeur » : « *si l'entreprise est prête à payer les taxes et indemnités de licenciements, nous ne voyons pas le rôle que le processus judiciaire a à jouer* ». Mais le rôle du juge n'est dans leur argumentation réduit que dans le cas des licenciements économiques. Et le Conseil Constitutionnel a indiqué dans sa décision du 30 mars 2006 : « *Le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire* » : au minimum donc une convocation et un entretien préalable. « *Même si le législateur souhaite déblayer demain le terrain devant le CUT* [Contrat unique de travail, terme retenu à la place du CTU] *en supprimant du Code tout le chapitre relatif au droit disciplinaire, il encourt la censure* » (J.-E. Ray, [35]). D'une manière générale, l'idée que le salarié renonce au recours du juge dans le cadre de la rupture de la relation de travail se heurte à l'article L.122-14-7 du code du travail qui stipule que les parties au contrat de travail ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir du droit de licenciement, tant en ce qui concerne le respect des procédures qu'en ce qui concerne l'indemnisation [15]. Il nous semble donc, puisque le rôle du juge ne saurait être contesté, en particulier dans le cas des licenciements pour des motifs personnels, que cela ne résoudrait pas les contournements si fréquents du droit et nous préférons analyser la possibilité de donner un cadre légal à la rupture par transaction.

C'est donc **au niveau individuel qu'aujourd'hui se joue l'enjeu de l'évolution du droit du travail**. Cela semble suggérer l'émergence d'une nouvelle pratique de contournement de la procédure de licenciement, plus contraignante pour un motif économique. Et cette pratique, hors du cadre

---

[33] Le motif personnel fait référence au comportement de l'employé. L'employeur doit alors apporter la preuve de l'existence d'une faute sérieuse. Le motif économique est lié à la situation de l'entreprise.

légal, se déroule, de l'aveu des entreprises, de manière très fréquente : il s'agit de la transaction avant même le licenciement. Il est difficile de juger de l'ampleur de l'usage de ces transactions mais elles semblent loin d'être marginales. **Il nous apparaît donc indispensable de donner à ces transactions un cadre légal.**

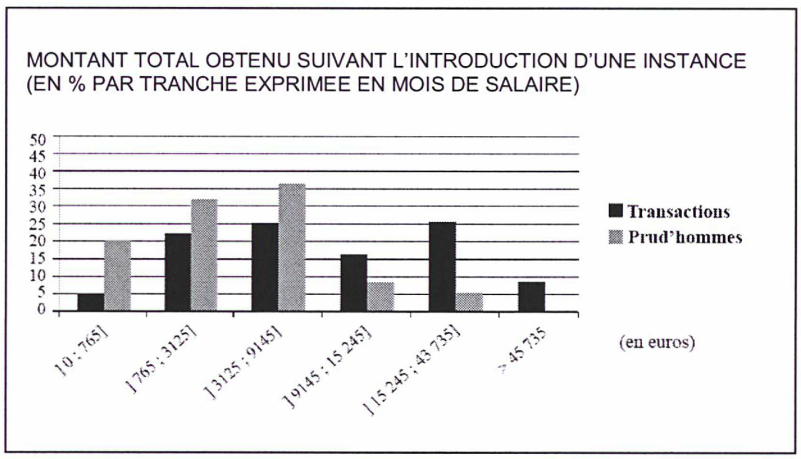
ENTRE LICENCIEMENT ET DEMISSION, CE QUI EXISTE DEJA

Entre le licenciement et la démission, on peut imaginer une forme de **séparation à l'amiable**, comme le propose le livre blanc du MEDEF [43]. Le rapport Virville précédemment cité [22] proposait déjà « *la mise en place d'un cadre juridique spécifique à la rupture négociée, avec une indemnisation des salariés et le versement d'une contribution par les employeurs adaptés, afin d'éviter les détournements de procédure* ».

Voyons ce qui existe déjà aujourd'hui :

- **la résiliation conventionnelle** (article 1134 du Code civil) : il s'agit d'« *une convention par laquelle, pour convenance personnelle, les parties déclarent mettre fin d'un commun accord au contrat qui les lie, moyennant le versement par la société d'une somme forfaitaire* ». « *Le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou une démission, mais encore du commun accord des parties* » (Cour de Cassation, chambre sociale, 2 décembre 2003, n°01-46.176). Mais comme l'a encore rappelé la Cour de Cassation le 13 juillet 2004, « *elle suppose l'absence de litige* » : sinon il s'agit d'une transaction, nulle puisque signée avant notification de la rupture (CS, 13 avril 2005). Traditionnellement en France, on dissocie la façon de nouer une relation de la façon de l'interrompre.
- **départ à la retraite anticipé :** le droit du travail a créé ce mode autonome de rupture qui n'est pas vraiment un licenciement.
- **la transaction post-rupture** (article 2044) : il ne s'agit pas d'un mode de rupture. La transaction doit porter sur les conséquences d'une rupture établie. « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née (montant de l'indemnité de licenciement), ou préviennent une contestation à naître* » (art. 2044 du Code civil). En pratique, le salarié peut renoncer à exercer une action en justice en échange d'autre chose de l'employeur (ex. non-application de la clause de dédit-formation, clause parfois rédigée dans ce but) : on peut donc sécuriser par ce biais le licenciement. Mais le juge est très exigeant quant aux conditions de la validité de la transaction. En effet, « *la transaction a entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elle ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de*

lésion » (art. 2052). En particulier il ne peut s'agir d'une transaction que sur les conséquences et non les causes du licenciement : les « *causes réelles et sérieuses* » doivent être ; en outre, le juge est attentif au fait qu'existent des **conditions réciproques**. Ce n'est pas un achat du départ du salarié à la mode anglo-saxonne. Mais il peut aussi arriver que le vrai motif du licenciement ne soit pas inscrit dans le licenciement et que, par exemple, un cadre supérieur signe une transaction d'un montant ridicule : le juge casse la transaction. Pourtant il peut s'agir d'une concession implicite et indicible, une faute que l'employé ne veut pas voir figurer sur la transaction. Bien que celui-ci l'ait signée, elle apparaît nulle. Il y a donc là place à une nouvelle insécurité juridique, que l'on cherche précisément à fuir.



L'intérêt d'une transaction entre l'employeur et l'employé est double :

- pour l'employé : une étude auprès d'un cabinet d'avocats [34] a montré que la pratique des transactions donnait lieu à des indemnités supérieures à celles obtenues devant les prud'hommes (voir ci-dessus). Mais ces transactions assistées par des avocats seraient de mise avant la notification du licenciement, sans qu'aucune trace écrite de la main du salarié ne soit conservée, car cela est tout à fait illégal. Encore une source de litiges : la transaction ne peut aujourd'hui avoir lieu avant la notification du licenciement. Non seulement l'employé peut obtenir des compensations supérieures à celles prévues par la loi, mais il peut entrer dans une logique constructive en imaginant des compensations spécifiques et adaptées que la loi ne peut prévoir dans son cadre général d'application (par exemple paiement d'une formation) ; il ne faut pas oublier que le but d'une procédure de séparation ne doit pas être d'en freiner la venue inexorable, mais

de préparer l'employé à un autre emploi dans les meilleures conditions ;

- pour l'employeur : la pratique de cette transaction permet de sécuriser le licenciement et d'en réduire les coûts : il s'agit de limiter la menace de recours devant les prud'hommes, l'incertitude d'une jurisprudence qui évolue et le coût lié aux délais induits par la machine juridique.

UNE VRAIE TROISIEME VOIE

On pourrait ainsi imaginer une vraie troisième voie, entre le licenciement et la démission : une transaction qui soit un mode de rupture, qui ait l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Pour cela il faut s'assurer de la présence d'un syndicat ou d'un avocat aux côtés du salarié qui garantisse qu'il connaisse ses droits et qu'il n'y ait pas de pressions exercées par l'employeur sur son employé, ce à quoi le Droit du travail doit tenter de pallier. En outre, les ASSEDIC (Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce) doivent se joindre au débat pour la mise en place de ce mode de rupture : car personne n'abandonnera les vieilles pratiques de la transaction illégale précédant un licenciement de connivence si l'employé n'a pas, par la voie légale de rupture négociée, droit aux indemnités de chômage. La commission Virville propose par exemple que le versement des prestations d'assurance chômage soit subordonné au versement par l'employeur d'une contribution aux ASSEDIC, selon un montant fixé par la loi, et ce afin de faire face au surcroît de dépenses de l'assurance chômage.

LA QUESTION DES PLAFONDS D'INDEMNISATION

On a parfois entendu que de telles pratiques de négociation du montant des indemnités pourrait être la porte ouverte à une inflation des indemnités appuyée sur une argumentation du type « *si un tel a eu tel montant, pourquoi pas moi* » et donc une telle pratique induirait in fine un coût peu supportable pour l'entreprise. L'idée d'introduire un plafond d'indemnisation paraîtrait alors séduisante et permettrait en outre à l'entreprise de prévoir le coût du licenciement et de voir une embauche comme un véritable investissement dont le coût est connu d'avance.

Une telle prévisibilité du coût n'est pas étrangère au Droit du travail : l'article L.122-9 prévoit que « *le salarié lié par contrat de travail à durée indéterminée et qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement.* » Le taux de cette indemnité dépend de la rémunération brute et est fixé par voie réglementaire (voir encadré page 76). En plus de cette **indemnité de licenciement**, le salarié reçoit une **indemnité de congés payés** et une **indemnité**

compensatrice de préavis. Une convention collective peut prévoir des montants supérieurs aux minimums prévus par la loi. Une faute grave ou lourde permet à l'employeur de refuser le paiement de ces indemnités. Il n'y a donc pas a priori d'incertitude sur le coût d'un licenciement !

Or les entreprises accordent des montants non prévisibles ; comme le juge qui peut demander en plus des indemnités prévues par loi par exemple l'indemnisation du préjudice résultant de l'absence de motif réel et sérieux. Le salarié ne pouvant pas renoncer à son droit à réparation du préjudice subi, il est difficile d'imaginer un plafond.

Par ailleurs, la jurisprudence en matière de réparation des accidents du travail, où avait été instaurée une indemnisation automatique et forfaitaire montre que la tendance est aux tentatives de contournement de cette forfaitisation et à une augmentation du contentieux pour reconnaissance de la faute inexcusable. **La création d'un plafond fait craindre au contraire une recrudescence du contentieux**, ce qu'on cherche précisément ici à éviter.

Finalement, si l'idée d'une transaction de rupture sécurise les deux parties, elle ne garantit pas à l'employeur une prévisibilité du coût du licenciement. En revanche celui-ci sera plus facilement maîtrisable.

EN RESUME....

PROPOSITION N°5 :

- Introduire dans le Code du travail un mode de rupture « à l'amiable », une vraie troisième voie entre le licenciement et la démission.
- Garantir l'égalité de la transaction par la présence obligatoire d'un tiers (avocat ou d'un délégué syndical) aux côtés du salarié.
- Garantir au salarié les indemnités chômages après cette rupture.
- Limiter le rôle du juge dans le contrôle de cette transaction, en particulier quand il ne doit pas se mêler du fond et de l'existence de concessions réciproques.

BIBLIOGRAPHIE

RAPPORTS, ETUDES

[1] AGENCE FRANÇAISE POUR LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX (AFII), « *Le tableau de bord de l'attractivité française, un outil opérationnel face aux classements internationaux de compétitivité* », Edouard Mathieu, décembre 2005.

[2] BANQUE MONDIALE, « Doing business », 2006.

[3] CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION, « Rapport annuel 2006 ».

[4] CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, avis présenté par MM. P. AURELLI et J. GAUTIER, *« Consolider le dialogue social »*, 2006.

[5] CONSEIL D'ORIENTATION POUR L'EMPLOI, « *Rapport d'étape sur la sécurisation des parcours professionnels* », mars 2007.

[6] DARES, « *Mythes et réalités de la syndicalisation en France* », octobre 2004.

[7] DARES, « *Les licenciements en 2003 : trois fois plus nombreux pour motif personnel que pour raisons économiques* », mars 2006.

[8] DARES, « *Les élections aux comités d'entreprise en 2005* », mai 2007.

[9] PROMOTION ROMAIN GARY (2003-2005), *« Les nouveaux enjeux du dialogue social »*, ENA, séminaire relatif au dialogue social, juillet 2004.

[10] EUROPEAN COMMISSION, « *European economy* », Business and Consumer Survey Results, n°1, Supplement B, janvier 2000.

[11] EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, « *Industrial Relations in Europe* », June 2006.

[12] EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY (EIRO), « *Évolution de la syndicalisation de 1993 à 2003* », 2004.

[13] OCDE, *« Perspectives de l'emploi de l'OCDE »*, Chapitre 2, Protection de l'emploi et performance du marché du travail, 2004.

[14] POSITION COMMUNE DU 16 JUILLET 2001 signée par 7 des 8 partenaires sociaux, sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

[15] J. BARTHELEMY, G. CETTE, P.-Y. VERKINDT, *« Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique »*, Rapport au Conseil d'Orientation pour l'Emploi, 26 décembre 2006.

[16] O. BLANCHARD, J. TIROLE, *« Protection de l'emploi et procédures de licenciement »*, rapport au Conseil d'Analyse Économique, La Documentation française. Paris, 2003.

[17] P. CAHUC, F. KRAMARZ, *« 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, 2005.

[18] M. CAMDESSUS, *« Le sursaut – Vers une nouvelle croissance pour la France »*, La Documentation Française, 2004.

[19] J. CHERIOUX, *« Rapport n° 1457 sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle et au dialogue social »*, Sénat, Commission des affaires sociales, janvier 2004.

[20] D.-J. CHERTIER, *« Pour une modernisation du dialogue social »*, Rapport au Premier ministre, avril 2006.

[21] R. HADAS-LEBEL, Président de Section au Conseil d'État, *« Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales »*, Rapport au Premier ministre, mai 2006.

[22] M. DE VIRVILLE, *« Pour un code du travail plus efficace »*, Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, La Documentation française, janvier 2004.

[23] B. MUNOZ PEREZ, E. SERVERIN, *« Le droit du travail en perspective contentieuse 1993-2004 »*, étude menée pour le compte du ministère de la Justice (Direction des Affaires civiles et du sceau, Cellule Etudes et de recherches), novembre 2005.

[24] Sous la direction de BERTRAND DU MARAIS, *« Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business »,* La documentation française, collection Perspectives sur la justice, 2006.

[25] N. MOLFESSIS, *« Rapport sur les revirements de jurisprudence »,* novembre 2004.

ARTICLES

[26] O. BARRAT, C. DANIEL, *« La négociation collective, le statisticien, sa lanterne et le dialogue social »*, Revue de l'IRES, n° 39, février 2002.

[27] P. CAHUC, F. POSTEL-VINAY, « *Temporary jobs, employment protection and labour market performance* », Labour Economics, 2002.

[28] P. CAHUC, S. CARCILLO, « *Que peut-on attendre des Contrats Nouvelle Embauche et Première Embauche?* », février 2006.

[29] G. CANIVET, « *La prise en compte des facteurs économiques par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit du travail - Vaincre les tabous et assumer l'évidence* », Journées de l'AES, Nancy, 7-8 septembre 2006.

[30] S. FOULON, « *Au MEDEF, l'UIMM fait à nouveau la pluie et le beau temps* », Liaisons Sociales, avril 2004.

[31] F. Kramarz, M.-L. Michaud, « The shape of Hiring and Separation Costs », Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit (IZA), discussion paper n°1170, juin 2004.

[32] O. L'HARIDON, F. MALHERBET, « *Protection de l'emploi et performance du marché du travail* », Institut National de la Statistique et des Études Économiques, Série des Documents de Travail du CREST (Centre de Recherche en Économie et Statistique), 2003.

[33] R. MELOT, « *Les transactions lors de ruptures du contrat de travail* », Travail et Emploi n° 104, pp.85-95, octobre - décembre 2005.

[34] H. MUIR-WATT, « *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil* », L'analyse économique dans les pays de droit civil, Cujas 2002, p. 43.

[35] J.-E. RAY, « *La fausse bonne idée du contrat unique de travail* », LSM, juin 2006.

[36] P. ROSANVALLON, « *Une liberté à reprendre. Le droit d'association* », Cadres-CFDT, n° 409, avril 2004.

[37] A. SAPIR, « *Globalisation and the reform of European social models* », Bruegel Policy Brief, 2005.

[38] P.SARGOS, « *L'horreur économique dans le rapport de droit* ».

[39] A. SUPIOT, « *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?* », Droit social, n° 1, janvier 2003.

[40] A. SUPIOT, « *Le droit du travail bradé sur le marché des normes* », Droit social, n°12, décembre 2005.

[41] P. WAQUET, « *Le droit du travail et de l'économie à la Cour de cassation. L'exemple du licenciement pour motif économique* », Le droit du travail confronté à l'économie, sous la dir. A. Jammeaud, Dalloz 2004, p. 117.

LIVRES

[42] J.-E. RAY, « *Droit du travail, droit vivant* ».

[43] L. PARISOT, « *Besoin d'air* », 2007.

[44] P. LANGLOIS, « *Réflexions sur la simplification du droit du travail* », JANVIER 2004.

[45] X. LAGARDE, « Le travail, autrement ».

REMERCIEMENTS

Nous tenons à remercier M. FRANÇOIS LEVEQUE, professeur de droit et d'économie à l'École des Mines de Paris, pour le pilotage de notre mémoire, ainsi que toutes les personnes qui ont pris le temps de nous rencontrer ou de répondre à nos questions, et de nourrir nos réflexions :

ACTEURS DU MONDE JURIDIQUE

M. OLIVIER DUTHEILLET DE LAMOTHE, Membre du Conseil Constitutionnel,

MME MARIE-DAPHNE FISHELSON, avocate d'affaires, Cabinet Lefèvre Pelletier & associés,

M. FREDERIC JENNY, conseiller en service extraordinaire à la Cour de Cassation,

MME SOPHIE DE ROQUIGNY, Stagiaire avocate aux Prud'hommes de Paris,

M. PIERRE SARGOS, Ancien président de la chambre Sociale de la Cour de Cassation,

M. GILLES SOETEMONDT, Président en 2007 des Prud'hommes de Paris,

ENSEIGNANTS, CHERCHEURS, INSTITUTIONNELS

M. OLIVIER J. BLANCHARD, Professeur au Massachusetts Institute of Technology (MIT),

M. JEAN-MARC DANIEL, Professeur d'économie à l'École supérieure de management ESCP-EAP (École supérieure de commerce de Paris - École européenne des affaires),

M. BERTRAND DU MARAIS, Conseiller d'État, Coordinateur scientifique du programme international de recherches sur « L'Attractivité Économique du Droit »,

MME EVELYNE PICHOT, Direction du Dialogue social, Droits sociaux, Conditions de travail, Adaptation au changement, Direction Générale Emploi, Affaires sociales et Égalité des chances, Commission Européenne,

M. JEAN-EMMANUEL RAY, Professeur de Droit à l'université Paris-I,

M. ANDRE SAPIR, think tank Bruegel, Bruxelles,

M. VINCENT SUSPLUGAS, conseiller technique au cabinet du ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement,

M. BERNARD VIVIER, directeur de l'Institut Supérieur du Travail (IST),

ACTEURS DU DIALOGUE SOCIAL

M. JEAN-CHRISTOPHE LE DUIGOU, secrétaire confédéral chargé des questions économiques et des finances à la CGT,

M. DENIS GAUTIER-SAUVAGNAC, Président de l'Union des industries métallurgiques et minières (UIMM) et négociateur au sein du Mouvement des entreprises de France (MEDEF),

M. CHRISTIAN JANIN, CFDT, Service Protection sociale

ENTREPRISES

M. ERIC BEZARD, Directeur administratif et financier, Fermat (SSII développeur en informatique financière, 150 employés)

M. PIERRE-YVES BIGOT, DRH, Solétanche Bachy,

M. PATRICK BOISSIER, PDG d'ALSTOM marine, ancien PDG des Chantiers de l'Atlantique,

M. JEAN-CLAUDE BREFFORT, Directeur Général Adjoint, Saint-Gobain,

M. OLIVIER COSTE, président d'Alcatel Mobile Broadcast,

M. JEAN-PIERRE LAMOURE, PDG, Solétanche Bachy,

M. BERNARD LEMEE, Conseiller de la Direction générale, ancien Directeur des Ressources Humaines, BNP- Paribas,

MME ANNE LESCURE, Responsable des Ressources Humaines, Lafarge Béton Vallée de Seine,

M. RAYMOND H LEVY, Président du conseil de surveillance, Lagardère,

MME GAËLLE MONTEILLER, Présidente, Lafarge Béton Vallée de Seine,

M. PIERRE PRINGUET, Directeur Général, Pernod Ricard,

M. BRUNO RAIN, Directeur des Ressources Humaines, Pernod Ricard,

M. FRANÇOIS SOULMAGNON, Directeur de la formation et des conditions de travail, Direction des relations et des ressources humaines, PSA Peugeot Citroën,

M. CLAUDE TURPIN, chef d'entreprise, Turpin-Longueville (26 employés),

M. MICHEL DE VIRVILLE, Secrétaire Général de Renault, membre du Comité Exécutif, ancien directeur des ressources humaines du groupe, ancien conseiller social de Laurent Fabius.