

# Réforme du droit du travail

## Des critiques aux « remèdes » : l'art de l'embrouille (1)

par Patrick HENRIOT,  
Secrétaire national du Syndicat de la magistrature

### PLAN

- I. Un droit dissuasif ?
- II. Un droit illisible ?
- III. Un droit rigide ?

**À l'heure où le projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs » est discuté au Parlement, nous sommes à ce moment particulier où se donne à voir le cheminement qui a conduit des virulentes critiques adressées au droit du travail à sa réforme, de l'inspiration du projet de loi à sa formulation normative. Ces critiques sont évidemment connues de longue date. Ressassées sans relâche, elles font depuis longtemps le fonds de commerce de tous ceux qui, hybridant l'objet du droit du travail pour y intégrer un objectif d'efficacité économique, militent pour un rétrécissement de son contenu, le tout prenant, bien entendu, les traits avantageux d'une « modernisation ». Mais au moment où le projet de loi dévoile l'armature de ce droit du travail « rénové », l'occasion est offerte d'évaluer à nouveau la pertinence de ces critiques, non plus seulement, cette fois, quant à leur valeur intrinsèque, mais aussi, et surtout, comme justifications avancées des dispositions législatives qui en seraient les « remèdes ». La question est, en quelque sorte, de comprendre comment la réforme nous est « vendue ».**

L'exercice apparaît d'autant plus nécessaire que la sincérité de l'argumentaire du Gouvernement suscite d'emblée le doute. Voici, en effet, un projet de loi qui se donne pour objet, selon l'exposé des motifs, rien moins que de « *parachever les fondements d'un nouveau modèle social* » en « *favorisant une culture du dialogue et de la négociation* », mais qui n'a été précédé, avant une pitoyable séance de rattrapage, d'aucune consultation des interlocuteurs sociaux. La réforme du temps de travail, qui en constitue une part substantielle, ne relève-t-elle pas, pourtant, du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle qui la rendait éligible à cette consultation ? En dépit du sort peu glorieux qui a été finalement réservé aux principes essentiels du droit du travail (2) élaborés par la commission *Badinter* (3), cette méthode à la hussarde en inaugurerait curieusement l'article 51 (4). Au dialogue social, sacralisé à l'article L.1 du Code du travail auquel il fait écho, ont, en effet, été préférées la consultation d'un aréopage d'experts, puis l'annonce cinglante de l'intention d'user de l'article 49-3. Et même s'il n'en est plus question aujourd'hui, le train d'enfer imposé

aux parlementaires pour examiner ce projet de loi asphyxie tout aussi efficacement le débat.

Si ce hiatus manifeste entre l'emballage promotionnel de la réforme et la procédure adoptée pour mener l'entreprise a bien fait peser le lourd soupçon d'une mystification organisée, il incite du même coup à tenter de décrypter plus avant la rhétorique au moyen de laquelle des critiques récurrentes du droit du travail ont été mobilisées pour en justifier la réforme. Trois émergent plus particulièrement : le droit du travail serait dissuasif, inintelligible et rigide à l'excès. On laissera de côté, en revanche, le trop commode fourre-tout que constitue l'accusation d'archaïsme, à laquelle renvoie la volonté affichée de le « moderniser ». Par sa généralité et sa subjectivité, elle relève avant tout de la posture et ne peut évidemment être corrélée à aucune réforme spécifique susceptible d'en constituer le remède évident. Au contraire, elle pourrait tout aussi bien les justifier toutes, sans que la boussole de la modernisation puisse constituer un repère certain.

(1) Cet article constitue le prolongement d'une intervention à une table ronde qui se tenait le 21 mars 2016 à l'Université de Paris 1 sur le thème « Le droit du travail en procès ».

(2) A l'heure où ces lignes sont écrites la commission des lois de l'Assemblée nationale les a passés par pertes et profits.

(3) Sur les travaux de cette commission, v. les contributions publiées au Dr. Ouv. mars 2016.

(4) « *Tout projet de réforme de la législation du travail envisagé par le gouvernement qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les partenaires sociaux en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation.* »

## I. Un droit dissuasif ?

C'est la thématique du droit du travail « frein à l'embauche » qui est ici à l'œuvre. Elle vise plus particulièrement le régime du contrat de travail et, plus singulièrement encore, celui de sa rupture. Il n'est sans doute pas nécessaire de consacrer de longs développements à la critique de ce poncif éculé qui fait des contraintes du droit du licenciement autant de verrous à la création d'emplois. Une récente analyse éclaire suffisamment sur l'absence de vérification objective de la théorie (et sur son inspiration néolibérale). Ses auteurs écrivent en effet : « *On ne dispose pas d'évaluation de l'impact sur l'emploi des réformes françaises qui ont contribué à flexibiliser les contrats de travail, mais les études comparatives menées, y compris par les institutions à la pointe du néolibéralisme comme l'OCDE, ne permettent pas de mettre en évidence un effet bénéfique. En 1994, l'OCDE plaidait dans ses « Perspectives de l'emploi » pour la mise en place de réformes structurelles, un mot doux pour parler de l'assouplissement du droit du travail en matière d'embauche et de licenciement. Dix ans plus tard, l'institution était plus nuancée, constatant que si les indicateurs de protection de l'emploi s'étaient « améliorés » (le niveau de protection s'étant réduit) dans la plupart des pays, il n'était possible d'en inférer aucun effet sur le niveau du chômage : « il est encore difficile de déterminer si les réformes structurelles ont induit une régression durable du chômage ». C'est dire si le niveau du chômage et les créations d'emploi dépendent d'autres facteurs que du droit du travail ! » (5).*

On relèvera, en revanche, que, loin d'affecter l'ensemble du droit du travail dans ses caractéristiques intrinsèques, la critique qui lui attribue le pouvoir de « freiner l'embauche » n'appellerait, selon ceux qui la brandissent, que des mesures ponctuelles, ciblées. En témoignaient, hier, les offensives tendant à introduire le contrat « première embauche » ou le contrat « nouvelles embauches ». En témoignent, aujourd'hui, les deux dispositions en forme d'excroissances introduites dans l'avant-projet de loi : le plafonnement des dommages et intérêts et la redéfinition du licenciement économique. En concentrant l'attention médiatique, elles l'ont d'ailleurs efficacement détournée du cœur du projet : la promotion des accords d'entreprise, les modalités de leur conclusion, leur nouvelle articulation tant avec les normes supérieures qu'avec le contrat de travail et l'illustration paroxystique de leurs méfaits que constituent les accords dits « offensifs ». Aussi critiquables soient-elles, ces attaques concentrées sur quelques dispositions particulières du Code

du travail ne postulent donc la nécessité d'aucune refonte d'ensemble. En revanche, elles fonctionnent comme une sorte de leurre, détournant précisément l'attention des bouleversements dont la substance du projet de loi est porteuse.

Pour autant, les justifications avancées au soutien de ces quelques dispositions « correctrices » ne sont pas exemptes d'ambiguïtés. Selon les tenants de la réforme, l'objectif de fluidification du marché de l'emploi, aujourd'hui assigné au droit du travail, devrait, en effet, garantir la prévisibilité des obligations contractées par l'employeur. Pourtant, la sécurité juridique que celui-ci attend du droit du licenciement paraît moins se heurter au droit lui-même que, en creux, aux marges d'appréciation qu'il laisse au juge, à l'étendue de l'aléa judiciaire qu'il ménage, aux incertitudes qu'il nourrit : le juge reste l'arbitre tant de la réalité du motif économique invoqué que du niveau de l'indemnisation auquel le licenciement abusif ouvre droit. Si bien que les dispositions destinées à restaurer la prévisibilité du droit du licenciement paraissent, finalement, procéder d'une ambiguïté soigneusement entretenue, qui mêle indistinctement critique du droit et critique du juge. Car si le droit n'est pas en cause, encore faudrait-il que ceux qui entendent mettre les employeurs à l'abri de l'aléa judiciaire expliquent pourquoi et démontrent en quoi les juges du licenciement seraient plus imprévisibles que ceux qui œuvrent dans d'autres domaines du droit de la responsabilité.

L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi entretenait soigneusement cette confusion en présentant le plafonnement des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il précisait ainsi que le but était de « *réduire l'insécurité juridique liée à un éventuel contentieux sur la rupture du contrat de travail* ». Pourtant, contrairement à ce que cet exposé laisse entendre, l'imprévisibilité affectant l'issue du contentieux sur la rupture, autrement dit l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement propre au droit du travail, est parfaitement distincte de celle que le plafonnement des dommages-intérêts entendait réduire, à savoir l'imprévisibilité affectant le montant de la réparation. Or, l'aléa qui affecte l'évaluation par le juge du préjudice subi par le salarié, une fois la rupture jugée abusive selon des critères propres au droit du travail, procède des principes du droit de la responsabilité qui ne sont en rien spécifiques au droit du travail.

(5) Anne Eydoux et Anne Fretel, « *Réformes du marché du travail : des réformes contre l'emploi* », Les économistes atterrés, janvier 2016, [www.atterres.org](http://www.atterres.org).

C'est en s'accommodant, encore, des mêmes ambiguïtés que le Conseil constitutionnel a, d'ores et déjà, validé le principe du plafonnement des dommages-intérêts. Après avoir érigé « *la levée des freins à l'embauche* » en but d'intérêt général, il a, en effet, approuvé la démarche du législateur qui, dans ce but, « *aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée* » (6). Comment admettre, pourtant, que le plafonnement des dommages-intérêts modifierait « *les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée* », alors qu'il n'en modifie que les conséquences ? Le soupçon est fort, dans ces conditions, que la confusion entre des dispositions propres au droit du travail, d'une part, et l'usage que fait le juge du principe de réparation intégrale du préjudice, qui lui est extérieur, d'autre part, n'est entretenue que pour « habiller » la justification d'une mesure qui consacre, au profit des employeurs, un privilège indu. Impré-

sions et amalgames fonctionnent parfaitement et, en visant le droit, on atteint efficacement le juge.

Pourtant, là n'est pas l'essentiel du projet de loi et, s'appesantir sur les critiques fortes et légitimes qu'appellent ces dispositions spécifiques, le risque serait de valider, en creux, le dispositif central de la réforme qui se déploie dans les titres 1 et 2. Prétendant corriger des défauts du droit du travail, non plus particuliers mais bel et bien « systémiques », ce nouveau dispositif normatif a lui-même une ambition et une portée systémiques. Il ne s'agit plus de gommer ou raboter telle ou telle disposition « irritante », mais bien de réaménager l'architecture même du droit du travail en modifiant substantiellement l'articulation des normes, leur combinatoire. Et pour justifier cette « refondation », les critiques qui en dénoncent la complexité et la rigidité s'entrecroisent et s'intriquent dans la même confusion.

## II. Un droit illisible ?

Pour suggérer que le droit du travail serait devenu inaccessible à ceux-là mêmes dont il régit les relations, le reproche lui est fait d'être à ce point complexe qu'il en serait devenu illisible. La forme la plus grossièrement ramassée de cette critique, qui installe une relation ambiguë entre complexité et illisibilité, est évidemment celle qui accuse le Code du travail d'obésité. L'amalgame est pourtant trompeur, tant il est vrai que ce qui est complexe n'est pas nécessairement obscur. On observera, pour s'en convaincre, qu'une réforme destinée à simplifier le droit du travail – passant donc par un dégonflement de sa substance normative, puisque l'obésité suggère la nécessité d'une cure d'amaigrissement – n'en rendrait pas, *ipso facto*, le contenu nécessairement plus lisible. Car il serait bien naïf de penser que la clarté et l'intelligibilité des règles qu'il édicte seraient directement corrélées à leur volume. On admettra, à l'inverse, qu'un droit du travail qui demeurerait objectivement complexe – à raison de la multiplicité des situations qu'il entendrait régir par des dispositions distinctes, mais cependant nécessairement intriquées – pourrait néanmoins être rendu lisible par l'effet d'une réorganisation formelle de ce contenu, d'un réagencement de sa présentation et d'une clarification de ses énoncés.

C'est pourtant au prix d'arguments sommaires, faisant l'économie de ces distinctions, que la réforme est justifiée : l'illisibilité du droit du travail est

convoquée pour appeler à en simplifier le contenu et, pour le simplifier, à l'alléger d'un certain nombre des contraintes qu'il impose aux employeurs. Les approximations d'un raisonnement qui emprunte l'image d'un impénétrable maquis de règles pour accréditer la critique de la complexité du droit du travail et, ainsi, le vider de son contenu protecteur, sous prétexte de le simplifier, se donnent à lire crûment dans l'exposé des motifs relatifs aux nouveaux accords d'entreprise, dits « offensifs », et aux conséquences du refus du salarié de s'y soumettre : « *l'accord collectif ainsi relégitimé pourra, lorsque l'emploi est en cause, conduire à des modalités simplifiées de gestion des refus de modification du contrat de travail* ». Ainsi, l'une des dispositions les plus nocives du projet de loi, directement corrélée à l'objectif de flexibilité qui en sous-tend l'essentiel, se trouve-t-elle cyniquement validée par le recyclage – totalement inadapté, mais très opportuniste – du postulat de la complexité du droit du travail et de sa nécessaire simplification. Plutôt que de resservir ce poncif à tort et à travers, il serait pourtant plus conforme à la réalité d'admettre, une fois pour toutes, que la complexité du droit du travail lui est consubstantielle et que, comme telle, elle est irréductible. Non seulement parce que, comme n'importe quelle branche du droit – dont il a été amplement souligné qu'elles sont toutes nécessairement complexes (7) – il combine des sources différentes,

(6) N° 2015-715 DC du 5 août 2015.

(7) Que dire, pour rester dans le champ des entreprises, des arcanes du droit de la concurrence ? De la subtilité du droit des sociétés

ou du droit des marchés boursiers ? Que dire encore des sûretés dont les déclinaisons (garanties, cautions, porte-fort, etc.) sont multiples et les frontières incertaines ?

lesquelles déterminent leur hiérarchie et leur force impérative. Mais aussi parce que cette combinatoire est encore compliquée, au cas particulier, par les deux facteurs que sont l'introduction du droit négocié – lui-même articulé avec les différentes sources du droit légiféré – d'une part, et l'hétérogénéité des entreprises, d'autre part, justifiant d'importantes différenciations des règles applicables.

À bien y regarder, aucun remède spécifique à la complexité, ainsi entendue, du droit du travail n'est d'ailleurs proposé par le projet de loi. Au contraire, le droit négocié continue de voisiner avec l'ordre public dans une alchimie complexe intégrant dorénavant la catégorie du droit supplétif, à quoi s'ajoutent encore des applications différenciées selon la taille des entreprises. Toute autre, en revanche, est la question de la lisibilité de cette architecture réaménagée : l'option consistant à généraliser la supplétabilité de la loi et à réorganiser en conséquence l'énoncé des catégories de règles applicables (avec le séquençage ordre public/champ ouvert à la négociation/dispositions supplétives) illustre bien la distinction : ce nouvel

ordre normatif reste objectivement complexe, au moins pour le non-juriste, auquel on prétend pourtant restituer la maîtrise du droit du travail, mais la lisibilité en sera sans doute améliorée pour les commentateurs et les praticiens.

Ces distinctions sont importantes si l'on veut appréhender les voies par lesquelles les confusions et les amalgames sont mis au service de la promotion d'une certaine réforme du droit du travail. Car si l'on veut bien admettre que sa complexité est irréductible, et s'il ne s'agissait que de s'attacher à une meilleure lisibilité, ce n'est alors qu'à un travail de présentation, de réorganisation formelle qu'il suffirait de s'atteler. Autant dire que l'objectif ne requiert aucun travail sur le fond et qu'il pourrait, au contraire, être entièrement atteint à droit constant. Or telle n'est évidemment pas la démarche du projet de loi : comme un train peut en cacher un autre, l'objectif affiché de simplifier le droit du travail – au besoin en mobilisant la grossière image de l'obèse – travestit et dissimule la recherche de la flexibilité.

### III. Un droit rigide ?

En empêchant les employeurs d'adapter l'organisation du travail et le volume du personnel aux à-coups du marché, le droit du travail « plomberait » la compétitivité des entreprises. Ainsi que l'écrivaient, il y a quelques années, les auteurs d'une analyse dont le projet de loi ravive l'actualité, « *Ce discours, manifestation de la doctrine économique libérale, met en avant la protection qu'offre le droit du travail, et plus largement le droit social, pour en souligner l'inefficacité économique* » (8). Aux fondements de cette doxa figure, en effet, en bonne place, la double fonction – protection des salariés et efficacité économique – que les tenants de la flexibilité assignent au droit du travail. Surtout, ces auteurs pointaient alors les orientations de rapports récents qui, pour atteindre ce double objectif, mettaient l'accent « *sur le nécessaire développement de la négociation collective comme remède au déséquilibre structurel du marché du travail* », ajoutant qu'« *un tel changement de remède, un tel glissement n'est que la conséquence d'une autre conception de la relation du droit du travail avec son environnement économique, mais aussi de la dialectique protection-efficacité économique* ». Le remède à l'inefficacité économique d'un droit jugé insuffisamment adaptable au marché – parce que protecteur

à l'excès – résiderait donc dans la promotion du droit conventionnel, singulièrement des accords d'entreprise, ainsi élus meilleur gage de la flexibilité. C'est bien l'option que privilégie le projet de loi, dont l'exposé des motifs annonce clairement « *Une place sans précédent est donnée à la négociation collective. ... De vastes espaces d'adaptation aux besoins économiques sont ainsi ouverts aux branches professionnelles et aux entreprises* ».

Mais ce projet ne se contente pas de promouvoir la négociation d'entreprise, d'en fixer le cadre et les modalités ; il en installe deux applications emblématiques, qui la désignent d'emblée comme l'instrument privilégié de toutes les régressions à venir : les accords « offensifs » et la flexibilisation du temps de travail. Il ne s'agit donc pas « seulement » d'un nouveau coup de rabot, d'une nouvelle érosion du niveau des protections individuelles ou collectives. Il s'agit, d'abord et surtout, d'ancrer de nouvelles modalités d'articulation entre droit légiféré et droit négocié qui banalisent les exceptions au principe de faveur, au point de le vider de ses effets utiles et d'ouvrir ainsi largement la porte à une négociation non plus d'acquisition, mais de régression des droits individuels et collectifs.

(8) Elsa Peskine, Jérôme Porta, Tatiana Sachs et Cyril Wolmark, « Protection et efficacité économique, un couple dans la crise », Dr. Ouv. février 2012, n° 763.

Ainsi se mesure l'écart entre la portée du projet de loi et celle d'une réforme qui n'aurait été destinée qu'à rendre le droit du travail plus lisible, intelligible, accessible. Et pourtant, c'est encore et toujours l'argument de la nécessaire intelligibilité du droit du travail qui est avancé par l'exposé des motifs pour justifier la nouvelle ingénierie juridique au moyen de laquelle la flexibilité est introduite : « *La capacité des entreprises à s'adapter, dans des conditions négociées avec les organisations syndicales, a été renforcée. ... Mais face à l'ampleur des transformations, il est nécessaire d'aller plus loin. Nos modes de régulation des relations de travail, héritées de l'ère industrielle, ont été réformées à de multiples reprises, mais sans jamais être véritablement refondées. La cohérence initiale s'est perdue, les dérogations au principe se sont multipliées, le sens du droit s'est obscurci.* ».

La formule contient une pirouette si habile qu'elle forcerait l'admiration si elle ne concentrait pas, du même coup, une bonne dose de cynisme. Pour la décrypter, il faut commencer par se souvenir que, s'agissant de l'articulation des sources du droit du travail (celle qui, « *héritée de l'ère industrielle* », permet d'y intégrer les fruits des négociations avec les organisations syndicales), c'est bien le principe de faveur qui en fondait la fameuse « *cohérence initiale* ». Et il faut se souvenir également, pour en souligner la force structurante, qu'il avait été consacré comme principe général du droit par le Conseil d'État en 1973 (9), puis comme principe fondamental du droit du travail par la Cour de cassation en 1980 (10) et, enfin, par le Conseil constitutionnel en 1989 (11). Or, si la cohérence qui fonde ce principe « *s'est perdue* », c'est précisément sous l'effet des « *ondes de choc* » (12) des facultés de dérogation successivement introduites par la loi du 13 novembre 1982 (13), puis par celle du 4 mai 2004 (14). Permettant la multiplication et l'empilement de ces dérogations, elles sont, au surplus, devenues, au fil de l'eau, « *de moins en moins exigeantes et/ou de moins en moins précises* » (15). De sorte que si « *le sens du droit s'est obscurci* », c'est bien par l'effet de cette multiplication des dérogations au principe de faveur. Et si bien que c'est à la restauration de ce principe qu'il faudrait s'attacher pour restituer au droit du

travail sa « *cohérence initiale* ». C'est pourtant au résultat exactement inverse que tend le projet de loi, en développant les outils de la flexibilité que constituent les accords d'entreprise dérogatoires et en instituant une nouvelle architecture qui leur confie un rôle central dans la production normative. La perte de cohérence du droit du travail résultant d'une multiplication des dérogations au principe de faveur est donc finalement convoquée pour en justifier ... l'abandon et ce, par une rhétorique qui détourne l'argument de l'obscurité du droit pour y introduire ... de la flexibilité. Chapeau l'artiste !

Il faut dire que le terrain avait été assez bien préparé par l'article 55 des incertains « *principes essentiels* » (16) de la commission *Badinter*, qui érige précisément en principe essentiel la faculté de dérogation à la norme supérieure dans les champs préalablement définis par le législateur. Contredisant l'objectif annoncé d'un travail à droit constant, il consacre ainsi, avec l'article 57 (17) qui en constitue le complément, l'abandon d'un principe structurant du droit du travail et prétend énoncer un principe qui n'est, en réalité, que la généralisation d'exceptions précédemment apportées à celui dont il se fait le fossoyeur.

S'il n'a jamais été question de prendre pour argent comptant les critiques dont le droit du travail est gratifié, nombreux sont donc les indices permettant de penser que, pour justifier des mutations considérables, elles ont été instrumentalisées dans une rhétorique qui emprunte plus à la stratégie de communication qu'à la rigueur du raisonnement. Et, en y regardant d'un peu plus près, il se confirme que les critiques adressées au droit du travail et la présentation des voies choisies pour le réformer s'articulent dans un agencement qui se révèle finalement plus opportuniste que rigoureux. De sorte que les approximations et la confusion qui entourent cet argumentaire sont à la source de troublantes incohérences, s'agissant de l'adéquation des remèdes imposés pour guérir des maux prétendus. Ainsi se dévoile l'art de l'embrouille qui préside à la promotion de ce projet de loi.

**Patrick Henriot**

(9) Avis du Conseil d'État, 22 mars 1973, Dr. Ouv. 1973, p. 190.

(10) Cass. Soc. 26 mars 1980, Bull. Civ. V, n° 298.

(11) C. Cons. 25 juillet 1989, Dr. Soc. 1989, p. 627.

(12) Mireille Poirier, « *Négociation collective : arrêter le massacre* » Dr. Ouv. février et avril 2013, et notamment : « *Première partie : La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail* », p. 78.

(13) Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail.

(14) Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

(15) Mireille Poirier, « *Négociation collective : arrêter le massacre* » Dr. Ouv. février 2013, préc.

(16) « *La loi détermine les conditions et limites dans lesquelles les conventions et accords collectifs peuvent prévoir des normes différentes de celles résultant des lois et règlements ainsi que des conventions de portée plus large* ».

(17) « *Les clauses d'une convention ou d'un accord collectif s'appliquent aux contrats de travail. Les stipulations plus favorables du contrat de travail prévalent si la loi n'en dispose pas autrement* ».