

Exit le droit du travail... place à la loi de l'entreprise !

(Réflexions à propos des ordonnances du 22 septembre 2017)

par Philippe MASSON,
collectif « Droits et Libertés » de l'UGICT-CGT

PLAN

I. L'accord collectif en majesté

- A. Quand le législateur se déclare incompetent...
- B. Branche et entreprise : un équilibre en trompe-l'œil
- C. L'accord collectif hors d'atteinte ?
- D. Dialogue social : le déséquilibre organisé

II. Continuité ou rupture ?

- A. Quand on a passé les bornes, il n'y a plus de limites
- B. Un changement de perspective
- C. Le travail dévalorisé

III. Et maintenant ?

Le 22 septembre 2017, quatre mois après son investiture, Emmanuel Macron convoquait la presse pour signer publiquement cinq ordonnances, 159 pages modifiant en profondeur le droit de la négociation collective, le droit du licenciement, l'organisation et le fonctionnement des institutions représentatives du personnel, et qualifiait lui-même cet acte de « *réforme sans précédent depuis le début de la V^{ème} République, menée dans un temps record* ». Tout est dit en une phrase : l'ampleur des modifications apportées, leur brutalité, la volonté de « *changer la philosophie, l'état d'esprit des relations sociales* » (1), le tout fièrement assumé. Cet article n'a pas l'ambition d'en faire une présentation exhaustive (2), mais d'en dégager la logique d'ensemble qui se manifeste à la fois par une remarquable cohérence et par un diabolique souci du détail (I.). On s'interrogera ensuite sur le degré d'innovation de cet ensemble de mesures. S'agit-il d'une simple (!) amplification des lois régressives qui ont marqué le précédent quinquennat, de la loi de « *sécurisation de l'emploi* » de 2013 à la « *loi travail* » de 2016 ? Ou d'un changement radical de la fonction du droit du travail (II.) ? Il n'y a pas là qu'une question doctrinale et elle concerne directement les syndicalistes soucieux d'anéantir ces ordonnances : si elles comportent des éléments qualitativement inédits, si l'ordre public social n'est pas seulement affaibli, mais remplacé par tout autre chose, on ne peut réagir efficacement par les seuls modes d'action traditionnels. L'examen lucide de ces ordonnances vise donc aussi à dégager des pistes de résistance (III.).

I. L'accord collectif en majesté

« *La régulation des relations de travail, c'est-à-dire la fixation des règles dont les parties se dotent pour régir la relation contractuelle, les conditions du travail et les multiples événements qui émaillent au quotidien l'activité de travail et appellent des adaptations de l'organisation du travail, a toutes les chances d'être appropriée et équitable si elle est décidée localement, au plus près du terrain, dans un cadre de concertation et de négociation propice et loyal* » (3). La promotion de l'accord collectif comme principale source normative en matière sociale est bien le cœur du dispositif. Elle est réalisée en quatre volets complémentaires : la loi et le règlement sont réduits à un rôle supplétif (A), le cadre de l'entreprise est privilégié (B), le contrat individuel et le juge sont mis à l'écart (C) et le déséqui-

libre de la négociation est organisé par un affaiblissement conjoint des syndicats et des IRP (D).

A. Quand le législateur se déclare incompetent...

« *L'empreinte législative et réglementaire du droit du travail est lourde et mal adaptée à la réalité des entreprises, confrontées à la rapidité de la mouvance de leurs organisations productives, aux évolutions du travail accélérées par les transformations numériques, à la variété des configurations juridiques. La vocation protectrice et régulatrice des règles peut être interrogée au plan social et jugée inefficace au plan économique* » (4). Ainsi, le pouvoir d'État admet son incapacité à réguler les relations sociales. Il délègue

(1) Les passages en italique sont extraits de la déclaration du Président lors de la signature des ordonnances.

(2) On trouvera divers exposés et fiches-argumentaires sur les sites de la CGT et de l'UGICT.

(3) Étude d'impact du projet de loi d'habilitation, p. 5, réalisée par les services ministériels et publiée le 27 juin 2017.

(4) *Ibid.*, p. 5.

même aux partenaires sociaux la capacité de définir les règles de la négociation. Ce qui reste d'ordre public s'imposant à tous est réduit à la portion congrue. Et l'essentiel des textes législatifs et réglementaires devient supplétif au sens propre du terme : loin de définir des garanties minimales indérogeables, ils ne sont applicables qu'en l'absence d'accord collectif.

L'ordonnance « relative au renforcement de la négociation collective » (5) en est une saisissante illustration : l'ordre public impose uniquement aux chefs d'entreprises de négocier au moins une fois tous les quatre ans sur le thème des salaires réels et de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (6), ainsi que sur la GPEC (7). Le choix d'éventuels autres thèmes, la périodicité, le calendrier et les modalités de toute nature relèvent de l'accord d'entreprise (8). C'est seulement en son absence que s'appliqueront les dispositions supplétives longuement détaillées par l'ordonnance et reprenant, pour l'essentiel, les contenus et périodicités jusqu'alors obligatoires. La violation du maigre ordre public résiduel sera punie par une « pénalité plafonnée à un montant équivalent à 10 % des exonérations de cotisations sociales » en cas de défaut de négociation sur les salaires effectifs (9). Mais le même article tempère ce sévère châtement : « lorsque l'autorité administrative compétente constate le manquement mentionné au premier alinéa, elle fixe le montant de la pénalité en tenant compte, notamment, des efforts constatés pour ouvrir les négociations, de la situation économique et financière de l'entreprise, de la gravité du manquement et des circonstances ayant conduit au manquement, dans des conditions fixées par décret ».

L'organisation de la négociation de branche (10), tout comme les modalités de mise en place et de fonctionnement des institutions représentatives (11), relèvent du même schéma. On verra ci-dessous que l'encadrement des accords collectifs, notamment

d'entreprise, disparaît de fait, y compris dans des domaines vitaux pour les salariés.

L'effacement de la représentation nationale, élue au suffrage universel et garante de l'intérêt général, devant des « partenaires sociaux » est stupéfiant, car ce sont des organismes (12) de droit privé, dont les adhérents le sont sur la seule base du volontariat et dont les objectifs statutaires sont la défense des intérêts de leurs membres. Leur légitimité proviendrait de leur connaissance irremplaçable des « réalités du terrain » et, s'agissant de la partie salariée, de la représentativité acquise lors des élections professionnelles. Nous ne ferons pas ici la critique détaillée de ces deux arguments. Disons simplement qu'il est paradoxal de constater la complexité de l'activité des entreprises, leur interdépendance et l'imbrication des enjeux économiques, sociaux et environnementaux et, « en même temps », de nier le besoin d'une vue d'ensemble et de laisser carte blanche à des acteurs qui seront nécessairement tributaires de conditions locales et/ou professionnelles. L'habilitation à édicter des normes qui serait conférée aux syndicats du fait de leur représentativité électorale est tout aussi discutable (13) : accorder son suffrage à un syndicat une fois tous les quatre ans est, certes, la preuve d'une certaine confiance, mais pas un mandat de décider en son nom de dispositions pouvant gravement obérer sa situation personnelle. Confier à des délégués le droit constitutionnel de participer « à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises » n'a de sens que s'il s'agit de mettre en œuvre, dans chaque situation précise, des droits établis par la loi ou le règlement.

Ce transfert du pouvoir normatif est d'autant plus grave qu'il privilégie le niveau de l'entreprise, ce qui amplifie l'incidence des conditions et rapports de force locaux et incite à des pratiques de dumping social destructrices, y compris dans le domaine de l'efficacité économique (14).

(5) Ordonnance n° 2017-1385, JO du 23 septembre 2017.

(6) Art. L. 2242-1. Toutes les références données sans précision sont relatives au Code du travail issu de la version des ordonnances signées le 22 septembre. Elles diffèrent souvent de la numérotation figurant dans les textes présentés le 31 août.

(7) Art. L. 2242-2 applicable aux seules entreprises de plus de 300 salariés.

(8) Art. L. 2242-10 et suivants.

(9) Art. L. 2242-7. Certes, l'article L. 2242-8 prévoit qu'en l'absence d'accord ou de plan d'action unilatéral décidé par l'employeur sur l'égalité professionnelle, la pénalité sera portée « au maximum à 1 % des rémunérations versées [pendant la période de carence] »... mais seulement dans les entreprises de plus de 50 salariés.

(10) Art. L. 2241-1 à L. 2241-19.

(11) Ordonnance n° 2017-1386, JO du 23 septembre 2017 (cf. § D *infra*).

(12) Dans le meilleur des cas. Comme on le verra plus loin, la négociation peut aussi être menée par des individus sans aucun support syndical.

(13) Cf. Ph. Masson, « Égalité de traitement : l'accord collectif au dessus de tout soupçon », Droit Ouvrier n° 802, mai 2015.

(14) La critique des ordonnances d'un point de vue économique n'entre pas dans le cadre de cet article. Pour un exposé simple et argumenté, v. le *Petit guide de résistance à la loi travail XXL* réalisé par ATTAC et les Économistes Atterrés. Pour une étude détaillée, v. Simon Deakin, Jonas Malmberg, Prabirjit Sarkar, « How do labour laws affect unemployment and the labour share of national income ? The experience of six OECD countries, 1970-2010 », *International Labour Review*, mars 2014. À partir de données statistiques portant sur six pays (France, Allemagne, Suède, Grande-Bretagne, Japon, États-Unis), cette étude montre que les lois qui protègent le travail n'ont aucun impact négatif sur l'emploi ni à court terme, ni à long terme. Elle constate même que les lois relatives à la réduction du temps de travail aboutissent à une baisse significative du chômage et que les lois qui protègent le travail ont aussi pour effet d'augmenter la part des salaires dans la valeur ajoutée et de réduire les inégalités salariales.

B. Branche et entreprise : un équilibre en trompe-l'œil

Contrairement aux multiples déclarations gouvernementales, c'est bien l'accord d'entreprise qui a la primauté. Certes, l'article L.2253-1 énumère treize domaines dont peut (*sic*) traiter la négociation de branche et pour lesquels « *les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes* » (15). Treize domaines sanctuarisés au lieu de six actuellement, quelle avancée ! Sauf que les domaines rajoutés relevaient, pour l'essentiel, de dispositions légales, par exemple la durée et les conditions de renouvellement des CDD et des missions de travail temporaire ; et qu'une des nouveautés concerne la mise en place généralisée des contrats de chantier ! Les négociateurs de branche peuvent aussi décider que dans quatre autres domaines (16), « *la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ne peut comporter des stipulations différentes de celles [de la convention de branche], sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes* ». Mais cette énumération est limitative.

Dans toutes les autres matières et quelle que soit la volonté des partenaires sociaux au niveau de la branche, on applique le nouvel article L.2253-3 : « *Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L.2253-1 et L.2253.2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche s'applique* ». Et dans son souci du détail, l'article 16 de l'ordonnance a prévu que « *les clauses des accords de branche, quelle que soit leur date de conclusion, cessent de produire leurs effets vis-à-vis des accords d'entreprise à compter du 1^{er} janvier 2018* », sauf pour les treize domaines sanctuarisés d'office. Pour les quatre « facultatifs » existant éventuellement dans un accord de branche, un avenant devra confirmer leur prééminence avant le 1^{er} janvier 2019.

Ainsi, la prime d'ancienneté, les congés supplémentaires pour événement familiaux ou l'indemnisation des frais de déplacement existant dans de nombreuses branches pourront être modulés ou supprimés (17).

La place exorbitante conférée aux accords d'entreprise tient aussi dans le nouvel article L.2254-2 qui fusionne divers dispositifs (accords de maintien de l'emploi (AME) et accords de mobilité interne de la loi « de sécurisation de l'emploi », « accords en faveur de la préservation et du développement de l'emploi » (APDE) de la loi *El Khomri*).

Son paragraphe I est ainsi rédigé :

« *Afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi, un accord d'entreprise peut :*

- *aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;*
- *aménager la rémunération au sens de l'article L.3221-3 (18) dans le respect du salaire minimum interprofessionnel de croissance et des salaires minima conventionnels (...);*
- *déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise* ».

Plus besoin d'invoquer l'existence ou la prévention de difficultés économiques, ni de « *diagnostic partagé* » avec les syndicats (19), plus de trace d'un quelconque engagement en matière d'emploi, plus de limites à l'étendue de la mobilité, ni aux éléments de rémunération éventuellement concernés. C'est l'ensemble de la rétribution et des conditions de travail qui se trouve ainsi menacé. Comme on le verra ci-dessous, un tel accord prime sur le contrat individuel de travail et le refus de son application est un motif de licenciement.

Mais pour bien apprécier ce que signifie cette nouvelle répartition des sources normatives, il faut aussi s'interroger sur le terme « entreprise ». L'ordonnance précise uniquement que l'accord d'entreprise réfère « *soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement* » (20). Cependant, elle conserve soigneusement les dispositions de la loi *El Khomri* (21) permettant aux accords de groupe ou aux accords signés dans un regroupement d'entreprises, constituant ou non une unité économique et sociale, de

(15) Cette notion imprécise de « *garanties équivalentes* » va contribuer à affaiblir la portée des accords de branche et générera nécessairement de nouveaux contentieux.

(16) Art. L.2253-2. Il s'agit de la prévention de certains facteurs de risques professionnels ; de l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés ; de l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, de leur nombre et de la valorisation de leur parcours syndical ; des primes pour travaux dangereux ou insalubres.

(17) On en trouvera de nombreux exemples dans le « *décryptage* » en ligne sur le site de l'UGICT-CGT.

(18) Selon cet article, « *Constituent une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ».

(19) Anciens art. L.2254-2 pour les APDE et L.5125-1 à 7 pour les AME.

(20) Art. L.2232-11.

(21) Art. L.2253-5 à 7, inchangés par les ordonnances du 22 septembre.

primer sur un accord d'entreprise. C'est donc la liberté totale, pour les employeurs, de choisir le périmètre de négociation qui leur sera le plus favorable, en fonction, notamment, du contexte syndical. Évidemment, cela concerne peu les véritables TPE ou PME, censées pourtant être au centre de la réforme du droit du travail !

Pour donner toute sa puissance à l'accord collectif, il faut aussi écarter les sources de droit qui pourraient lui faire ombrage.

C. L'accord collectif hors d'atteinte ?

Évidemment, les possibilités élargies d'accords touchant au noyau dur du contrat individuel de travail entraînent un sérieux conflit de normes. L'ordonnance y apporte une solution radicale en énonçant, au paragraphe III de l'article L.2254-2 : « *Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.* » Même « simplification » quant au sort des salariés qui refuseraient la modification de leur contrat de travail : « *Si l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié ayant refusé l'application de l'accord mentionné au premier alinéa, ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Ce licenciement est soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L.1232-2 à L.1232-14, ainsi qu'aux articles L.1234-1 à L.1234-11, L.1234-14, L.1234-18, L.1234-19 et L.1234-20* » (22). Pour bien affirmer le caractère « normal » d'un tel licenciement, l'ordonnance prend soin de supprimer l'information annuelle qui devait être donnée au comité d'entreprise « *sur les conséquences pour les salariés de l'accord conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi* » (23). Dans la même logique, les dispositifs particuliers d'accompagnement et la contribution de l'employeur sont supprimés et remplacés par un abondement du compte personnel de formation du salarié.

L'intervention du juge est également réduite, mais de manière plus subtile. Dans la version définitive, la disposition prévoyant que « *les conventions ou accords collectifs répondant aux règles de validité applicables à la date de conclusion sont présumés négociés et conclus*

conformément à la loi » a été supprimée (24). Reste un simple rappel : « *Il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent* », visant peut-être à éviter qu'un juge soulève d'office une atteinte évidente à l'ordre public.

Mais il y a deux innovations redoutables :

– l'article L.2262-14 prévoit que « *Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter [de sa notification]* ». Ce délai, nouveau dans son principe, est extrêmement court au regard de la complexité du droit conventionnel ;

– même si le juge reconnaît l'illégalité d'un accord, il est invité à en modérer les conséquences. Selon l'article L.2262-15, « *En cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement* ».

Une ordonnance complémentaire a précisé les modalités d'extension d'un accord de branche par le Ministère du travail (25). D'une part, elle autorise le ministre à étendre les clauses d'une convention de branche incomplète au regard des dispositions légales, sous réserve que des compléments soient prévus par un accord d'entreprise, ce qui dévalorise encore un peu plus cette convention. D'autre part, il peut « *exclure de l'extension les clauses de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence, compte tenu des caractéristiques du marché concerné ou pour des motifs d'intérêt général* ». Afin d'apprécier cette éventuelle atteinte, il peut « *saisir un groupe d'experts* ». Il est clair que les conséquences d'un accord collectif sur la « libre concurrence » sont à prendre beaucoup plus au sérieux que leurs incidences sur l'emploi, le salaire et les conditions de travail d'un simple salarié...

(22) Paragraphe V du nouvel article L.2254-2. Les modalités et conditions évoquées sont celles du licenciement pour motif personnel (procédure, entretien préalable, préavis et indemnité de licenciement). C'est donc le salarié qui est responsable de la perte de son emploi, du fait de son refus. On notera que l'employeur peut sélectionner, parmi les salariés refusant la modification de leur contrat, ceux ou celles qu'il licencie.

(23) Ancien alinéa 2 de l'art. L.2323-15. Toujours le diabolique souci du détail !

(24) Les rédacteurs ont sans doute eu peur d'être accusés de valider d'anciens accords, illicites mais non encore contestés, tant cette formulation était générale. Mais la formule figure toujours dans le rapport au Président de la République publié au JO en même temps que l'ordonnance.

(25) Ordonnance n° 2017-1388 (JO du 26 septembre 2017), notamment les articles L.2261-25 et L.2261-27-1.

D. Dialogue social : le déséquilibre organisé

Cette réforme repose sur un postulat : la négociation collective serait spontanément « sérieuse et loyale ». En faire la première source de création normative serait simplement « faire confiance aux entreprises et aux salariés en leur donnant la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon simple, rapide et sécurisée » (26). Comme si la négociation, en particulier en entreprise, était un processus exempt de tout élément conflictuel, associant des interlocuteurs libres, égaux en droits et en moyens, respectueux les uns des autres. Comme si n'existaient ni l'état de subordination, ni la crainte pour son emploi, ni, dans un très grand nombre de cas (27), la pression des actionnaires ou des donneurs d'ordre ! La CGT est aussi très demandeuse de sérieux et de loyauté dans les rapports sociaux. Mais cet objectif nécessite des règles qui s'imposent aux deux parties, un socle de garanties assez consistantes pour inciter à la recherche de compromis raisonnables et des juges ayant une capacité d'intervention suffisamment dissuasive.

Cependant, il faut croire que les employeurs étaient en état de faiblesse, puisque les ordonnances se sont brutalement attaquées aux capacités de négociation des salariés et de leurs représentants. Deux méthodes sont mises en œuvre : le contournement des syndicats et l'affaiblissement des IRP.

Dans la première rubrique, nous trouvons l'extension du recours au référendum dans le cas d'un accord rejeté par des organisations syndicales réunissant au moins 50% des suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs, mais signé par des organisations ayant reçu 30% de ces voix. Il suffit maintenant qu'une d'entre elles, ou même l'employeur (sauf si toutes s'y opposent), réclame l'organisation du référendum pour qu'il ait lieu (28). Dans ces conditions, l'avancement au 1^{er} mai 2018 de la généralisation du principe de la signature majoritaire à tous les types d'accords perd beaucoup de son sens.

La même défiance vis-à-vis des syndicats se retrouve dans les nouvelles modalités de négociation en l'absence d'un délégué syndical : jusqu'à un effectif

de vingt salariés, s'il n'y a pas d'institution représentative du personnel (IRP), un projet d'accord pourra être soumis directement au personnel et ratifié à la majorité des deux tiers. Dans les TPE (entreprises de moins de 11 salariés), la négociation avec un salarié mandaté par un syndicat disparaît. De 11 à 49 salariés, la négociation peut avoir aussi lieu sur tous les thèmes avec un élu mandaté ou non. Dans ce cas, la validation reposera sur les seuls résultats électoraux, un vote à la majorité des salariés n'étant requis que si l'accord est négocié par un salarié mandaté, mais non élu du personnel. Il semble que le choix de négocier avec un élu ou avec un mandaté soit laissé au bon vouloir de l'employeur. En revanche, dans les entreprises d'au moins de 50 salariés, la négociation avec un mandaté ne sera possible que si aucun élu n'accepte de la mener. Dans ce cas, la validation se fera par référendum (29).

S'agissant des IRP, l'ordonnance n° 2017-1386 « relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales » satisfait une très ancienne revendication du Medef : la fusion des trois IRP, délégués du personnel, comité d'entreprise et CHSCT, en un « comité social et économique » dans toutes les entreprises de plus de onze salariés (30). Les moyens et modalités de fonctionnement de cette instance dépendront en grande partie des décrets non publiés au jour où nous rédigeons cet article.

Mais l'ordonnance révèle déjà l'ampleur du recul opéré dans la représentation des personnels (31) :

- si les compétences actuelles des délégués du personnel et des comités d'entreprise sont à peu près maintenues, il n'en est pas de même pour les CHSCT ; ce n'est que dans les entreprises de plus de 300 salariés ou dans les établissements classés « Seveso » qu'une commission « Santé, sécurité, conditions de travail » sera obligatoire ; de plus, elle sera présidée par l'employeur ou son représentant et ne pourra décider seule de recourir à une expertise ;
- conformément au schéma décrit ci-dessus, l'essentiel des modalités de fonctionnement sera fixé par accord collectif (périodicité des réunions, des « consultations récurrentes » (32), organisation des

(26) Dossier de presse ministériel du 31 août 2017. On a renoncé à compter le nombre des références au sérieux et à la loyauté des négociations, tant dans les ordonnances que dans l'étude d'impact.

(27) S'agissant des « vraies » TPE ou PME indépendantes, alibi bien commode pour justifier la dérégulation, la CGT a présenté de nombreuses propositions pour leur accès au droit et au conseil et pour une transformation des commissions régionales en outils opérationnels d'aide au dialogue social.

(28) Art. L. 2232-12.

(29) Art. L. 2232-21 à 26. Rappelons que, dans les pays scandinaves et en Allemagne, dont les modèles sociaux sont si souvent invoqués, la négociation se fait toujours avec des syndicats, dont les prérogatives sont beaucoup plus importantes qu'en France.

(30) Cette fusion est imposée, y compris dans les entreprises où les partenaires sociaux sont satisfaits de l'organisation actuelle.

(31) L'ordonnance remplace la totalité des titres I^{er} et II du livre III de la deuxième partie du Code du travail par deux titres nouveaux, le premier traitant de tous les aspects du comité social et économique, le second du conseil d'entreprise.

(32) Orientations stratégiques de l'entreprise, situation économique et financière, politique sociale, conditions de travail et emploi.

« consultations ponctuelles », contenu des informations transmises au comité - y compris de la fameuse « base de données unique » -, délais pour rendre un avis, mise en place de commissions, etc) ; les dispositions d'ordre public prévoient seulement six réunions annuelles (dont quatre traitant des questions de santé et sécurité) et une périodicité de trois ans au plus pour les consultations récurrentes ; la plupart des dispositions actuelles deviennent supplétives ; en cas d'absence de délégué syndical, l'accord sera négocié par le comité lui-même.

– la désignation des experts et l'exercice de leur mission sont soumis à des procédures complexes, favorisant les contestations patronales ; de plus, le comité devra financer les expertises à hauteur de 20 %, sauf pour l'examen de la situation économique et de la politique sociale ou en cas de risque grave ou d'élaboration d'un PSE ;

– peu de précisions sont apportées sur la notion d'établissement servant de cadre au comité, le nombre de salariés et le périmètre devant être fixés par accord ou, à défaut, par décision de l'employeur, « *compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement* », l'autorité administrative intervenant en cas de litige ; il est probable que le périmètre du comité sera beaucoup plus large que celui actuellement retenu pour les délégués du personnel ou les CHSCT ; un accord pourra éventuellement mettre en place des « représentants de proximité », aux prérogatives mal définies et sans aucune obligation ; la nouvelle instance sera donc plus éloignée des salariés, plus tournée vers le « dialogue » avec l'employeur que vers l'expression des besoins des salariés et, par conséquent, peu propice au développement d'un syndicalisme de proximité.

L'ordonnance fait aussi un pas vers la « super-unification » qui regrouperait représentation du personnel et négociation d'entreprise. Il est en effet possible, par accord d'entreprise (ou par accord de branche étendu

dans les entreprises dépourvues de délégué syndical), de transformer le CSE en un « conseil d'entreprise » qui en exerce l'ensemble des attributions et « *est seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement, à l'exception des accords qui sont soumis à des règles spécifiques de validité* [protocole électoral, gestion des PSE par accord collectif] ». En échange de cette fusion, l'avis conforme du conseil sera nécessaire en matière de formation professionnelle et dans d'autres domaines fixés par l'accord constitutif. Détail curieux, cet accord serait à durée indéterminée, contrairement à la quasi-totalité des accords collectifs, maintenant assortis d'une limite de durée.

Signalons enfin deux « détails diaboliques » dans cette réforme des IRP :

– les travailleurs mis à disposition par des entreprises extérieures, qui pouvaient être éligibles comme délégués du personnel, mais pas comme membres du comité d'entreprise, ne le seront plus dans la nouvelle instance ; c'est un contournement évident de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait reconnu leur éligibilité à la délégation unique du personnel (DUP) (33) ;

– le comité pourra décider de transférer le reliquat de son budget de fonctionnement sur celui des activités sociales et culturelles ; aurait-il encore trop de moyens pour connaître et contester la politique économique et sociale de l'entreprise ?

Nous avons donc affaire à un ensemble cohérent de mesures qui instaurent des normes éclatées, régissant localement l'emploi et les conditions de travail des salariés, ainsi que leur représentation et leurs capacités d'influer sur la marche de l'entreprise ; normes dont la détermination résulte d'une négociation particulièrement déséquilibrée et protégée des contestations ultérieures. Les risques d'abaissement global des garanties collectives et de creusement des inégalités sont immenses.

II. Continuité ou rupture ?

Cette « *nouvelle organisation du dialogue social et économique* » est-elle vraiment nouvelle ? Une rapide comparaison avec les mesures prises ces dernières années apporte une première réponse (A). Mais au-delà de la mise en cause de droits essentiels des salariés, les ordonnances révèlent un changement de perspective dans les objectifs du droit social (B). En filigrane, on discerne un inquiétant mépris pour le travail salarié (C).

A. Quand on a passé les bornes, il n'y a plus de limites

Les ordonnances du 22 septembre n'ont pas inventé le triptyque « *dispositions d'ordre public, champ de la négociation collective, dispositions supplétives* », qui étaient la base de la réécriture du droit du temps de travail par la loi *El Khomri* et devait inspirer une refonte de l'ensemble du Code du travail. La loi *Rebsamen* du

(33) Cass. Soc. 5 décembre 2012, pourvoi n° 12-13.828, Dr. Ouv. 2013, p. 217, n. C. Lévy.

17 août 2015 prévoyait déjà l'adaptation par accord collectif des règles de fonctionnement et de consultation des IRP et de larges possibilités de les fusionner. Le licenciement pour refus de modification de son contrat de travail est apparu dans la loi « relative à la sécurisation de l'emploi » du 14 juin 2013 et la loi *El Khomri* en a élargi les possibilités. On peut même considérer que les premières mesures dérogatoires prises en 1982, peu à peu étendues dans le domaine de la durée et de l'aménagement du temps de travail, puis les accords de méthode de la loi *Borloo* du 18 janvier 2005, les ANI de 2008 et 2013 et leur transcription législative dessinent un mouvement continu de transfert du pouvoir normatif vers l'accord collectif, théorisé par de malencontreux ouvrages doctrinaux et par les travaux de la mission *Combrexelle* (septembre 2015) et du comité *Badinter* (janvier 2016) (34). Alors, continuité ?

Un premier élément de rupture pourrait résulter de l'ampleur et de la convergence de mesures édictées toutes ensemble le 22 septembre, car une accumulation quantitative de ce niveau peut être, en soi, un saut qualitatif.

Mais l'essentiel n'est pas là. La loi *Rebsamen* et même la loi *El Khomri* comportaient des dispositions d'ordre public, certes insuffisantes, mais encore conséquentes. Les atteintes au contrat de travail n'étaient prévues que pour des accords particuliers, directement liés à la situation de l'emploi et relativement limitées (35). Les mesures antérieures ont ouvert de larges brèches et la responsabilité de leurs auteurs et défenseurs ne saurait être sous-estimée. Mais, avec ces ordonnances, c'est toute la digue qui a été dynamitée.

En fait, on passe d'un système de dérogations de plus en plus sévères à l'abandon de principes qui ont structuré le droit du travail, voire à leur remplacement (36).

Quand un accord auquel on demande simplement qu'il « réponde aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » substitue « de plein droit » ses dispositions aux clauses incompatibles du contrat de travail,

que reste-t-il, dans les faits, de l'article L. 2254-1, selon lequel « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables » ?

Quand la primauté de l'accord d'entreprise devient la règle et les domaines réservés à la branche des exceptions limitativement énumérées, qui peut encore disserter sur la hiérarchie des niveaux de négociation ?

Quand la réorganisation des IRP torpille les CHSCT, dont le rôle a été essentiel pour imposer la prise en compte des questions de santé en matière de temps et de charge de travail, de procédés d'évaluation, de modes de management et même de restructuration, où sont le droit à la santé et les obligations de l'employeur pour le préserver ?

Quand on plafonne l'indemnisation d'un licenciement illicite, c'est-à-dire d'un acte qui viole ouvertement la loi, avec des conséquences graves pour le salarié licencié, quand on considère que les irrégularités dans la procédure de licenciement sont des erreurs négligeables, quand on impose au salarié d'écrire à son ex-employeur pour demander des précisions sur les motifs de son licenciement, où est le droit élémentaire de se défendre, où est la réparation intégrale du préjudice subi (37) ? Ces principes sont remplacés par une nouvelle règle : tout employeur doit avoir l'assurance de pouvoir licencier à tout moment pour un coût prévisible. Une fois rassuré, il pourra éventuellement songer à embaucher (38).

B. Un changement de perspective

Ainsi, des principes de base du droit civil, comme le respect des « conventions légalement formées entre les parties » ou la réparation d'un dommage par celui qui en est la cause, ne s'appliqueraient pas au salarié. Extraordinaire renversement après plus d'un siècle de construction d'un ordre public social visant à protéger le salarié, reconnu partie faible au contrat de travail, complétant et adaptant les dispositions du droit commun à la spécificité de sa situation (39).

(34) I. Meyrat, « La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ou l'histoire d'une réforme au long cours », Dr. Ouv. 2016, p. 689.

(35) Même les accords « offensifs » de la loi *El Khomri* (ancien art. L.2254-2) étaient précédés d'un diagnostic partagé, comportaient un préambule justificatif (à peine de nullité), préservaient la rémunération mensuelle et devaient comporter des mesures concernant l'atteinte à la vie personnelle ou familiale.

(36) Sur la « perversion des droits fondamentaux du travail » par les mesures-phares des ordonnances, v. l'article de Marie-Laure Morin dans le n° 831 (octobre 2017) du Droit Ouvrier.

(37) Dispositions issues de l'ordonnance n° 2017-1387 (JO du 23 septembre 2017) « relative à la prévisibilité et la sécurisation

des relations de travail », qu'il ne nous est pas possible de détailler plus longuement. Rappelons que le précédent Gouvernement avait renoncé au plafonnement des indemnités prud'homales et qu'une jurisprudence constante considère que les aspects procéduraux du licenciement constituent des garanties de fond.

(38) Cette « argumentation » n'a aucun fondement. Selon la note de conjoncture de l'INSEE (20 juin 2017), les freins à l'embauche mis en avant par les entreprises sont : l'incertitude sur la situation économique (28%), la difficulté à trouver la main-d'œuvre compétente (27%), le coût du travail trop élevé (23%). La réglementation du marché de l'emploi n'arrive qu'en 4^{ème} position, citée par 18% des employeurs interrogés.

(39) Cf. Alain Supiot « Pourquoi un droit du travail ? », Dr. Soc. n° 6, juin 1990. Un texte ancien d'une saisissante actualité.

Certes, le droit du travail est basé sur une conciliation entre les besoins, les droits et libertés de l'individu et le caractère collectif de la production, l'entreprise devant être dirigée et son fonctionnement efficace assuré. Mais le principe qui a été peu à peu dégagé, puis formalisé par la loi du 31 décembre 1992 (40), est que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché. » Autrement dit, les sujétions imposées au salarié sont des exceptions à l'exercice de ses droits et doivent donc être rigoureusement encadrées. C'est aussi l'approche retenue en matière sociale par les conventions et déclarations internationales dont la France est signataire. Évidemment, la mise en œuvre effective de ce principe de protection a toujours été variable selon les lieux et les périodes, et dépendante du rapport des forces en présence.

Bien sûr, la présentation des ordonnances insiste sur « l'équilibre » entre réponse aux besoins des entreprises et amélioration des droits des salariés (41). Mais la réalité est tout autre. L'objectif est que les entreprises puissent « anticiper et s'adapter rapidement aux évolutions à la hausse ou à la baisse du marché par des accords majoritaires simplifiés sur le temps de travail, la rémunération et la mobilité » (42). Les conséquences sur les salariés deviennent une question... subsidiaire. Et la « confiance dans les capacités des partenaires sociaux » ne va pas jusqu'à permettre un débat « sérieux et loyal » sur la réalité, la nature et les causes de ces « évolutions », ni sur les choix stratégiques qui permettraient d'y faire face.

Le droit du travail à visée protectrice cède la place à la loi de l'entreprise, ou plutôt à la loi du chef d'entre-

prise, seul juge de ce qui est nécessaire à son fonctionnement.

C. Le travail dévalorisé

« Libérer les énergies », « permettre à ceux qui créent, inventent, innovent, entreprennent de réaliser leurs projets » sont des phrases récurrentes des discours présidentiels et gouvernementaux. Mais de qui parlent-elles ? Qui sont ces entrepreneurs ? À bien écouter ces déclarations, y sont inclus les dirigeants d'entreprise, les investisseurs, les indépendants, à la rigueur les salariés dynamiques et motivés, ceux qu'évoque cet ahurissant extrait du dossier de présentation des ordonnances : « Concrètement, dans une entreprise où la réussite est portée par l'innovation et l'engagement des salariés, il sera possible de remplacer une prime d'ancienneté imposée par la branche [sic] par un système plus attractif, pour subventionner par exemple la garde d'un jeune enfant ou la rémunération des inventions ». Mais certainement pas la masse des salariés, puisque leur emploi, leur salaire, leurs conditions de travail sont considérés comme des variables d'ajustement aux fluctuations des marchés ; et à qui on reproche de manquer d'ambition, de ne pas comprendre le monde d'aujourd'hui, de camper sur leurs acquis. Il y a là un mépris de millions d'hommes et de femmes de toutes qualifications, qui travaillent avec intelligence et dévouement dans des conditions souvent difficiles, dont l'activité n'est pas spectaculaire, mais néanmoins indispensable, y compris dans des entreprises de haute technologie. La préférence pour un salariat « low cost », la non-reconnaissance du travail, le refus d'associer réellement les salariés à la marche de l'entreprise, laissée au seul bon vouloir des détenteurs de capitaux : telle est la redoutable démarche portée par les ordonnances.

III. Et maintenant ?

Ni la promulgation des ordonnances, ni l'examen parlementaire de la loi de ratification, ni la détermination affichée par le Gouvernement ne vont clore le dossier. L'action syndicale de grande ampleur, la recherche audacieuse de toutes les convergences possibles avec les organisations politiques, associatives, professionnelles qui n'admettent pas ce renversement de l'ordre public social sont les éléments essentiels de la riposte.

L'action juridique en est une composante à part entière et revêt plusieurs aspects. Le combat doctrinal est plus que jamais nécessaire et nous souhaitons que davantage de voix s'élèvent pour condamner ces ordonnances avec la clarté et la vigueur qu'elles méritent.

La mobilisation du droit international est indispensable ; c'est pourquoi la CGT l'a engagée dès

(40) Créant l'art. L. 120-2 du Code du travail, devenu L. 1121-1.

(41) Ce qui conduit parfois à un discours surréaliste, en prétendant, par exemple, que le plafonnement des indemnités prud'homales en cas de licenciement illicite « permettra de garantir une plus grande équité également pour les salariés, qui, à préjudice équivalent, bénéficient aujourd'hui de dommages et intérêts

allant du simple au triple, voire quadruple, en fonction des conseils de prud'hommes saisis » (extrait du rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance n° 2017-1387).

(42) Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance n° 2017-1385.

maintenant en saisissant le Conseil d'État (43). Les mesures-phares des ordonnances font en effet bon marché de plusieurs conventions de l'OIT, de la Charte sociale européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (44). Il y a aussi lieu de préparer dès maintenant, avec les juristes et les avocats qui le souhaitent, les contentieux que ne manquera pas de soulever cet ensemble de dispositions complexes, non exemptes d'imprécisions et que nombre de magistrats, conscients de leur portée, devraient examiner sans complaisance.

Mais un tel bouleversement des normes sociales nécessite avant tout une prise de conscience de la société tout entière, car il ne s'agit ni de questions conjoncturelles, ni de problèmes corporatistes. La conception de l'entreprise, la reconnaissance du travail, la régulation des rapports sociaux concernent toutes les catégories et tous les âges. La récente bataille contre la loi *El Khomri* a été l'occasion de

débats sans précédent sur la place, et les principes directeurs du droit du travail et la démonstration que ces questions ne sont pas réservées à des spécialistes. Toutes les occasions sont donc à saisir pour « sonner le tocsin » (45), combattre la désinformation, s'agissant notamment des résultats obtenus dans d'autres pays ayant mis en œuvre des dispositions comparables, dénoncer le contenu et les conséquences des ordonnances, au fur et à mesure de leurs manifestations dans la vie quotidienne des salariés, mais surtout ses ressorts profonds.

La préoccupation première des syndicats n'est pas de discuter la légitimité du gouvernement à prendre ces mesures, question sérieuse, mais qui ressort du débat politique et des choix futurs des électrices et des électeurs. En revanche, les syndicats sont pleinement légitimes à les contester, à y résister, à les combattre jusqu'à leur abrogation.

Philippe Masson

(43) Tant que la loi de validation des ordonnances n'a pas été votée, elles ont un statut réglementaire et peuvent être déferées au Conseil d'État. Contrairement au Conseil constitutionnel, qui se refuse à tout examen de la conformité des lois avec les traités et conventions signés par la France, le Conseil d'État reçoit les arguments de conventionalité. Cela avait, par exemple, permis la suspension d'une des ordonnances de *Villepin* du 2 août 2005 qui excluait les salariés de moins de 26 ans du calcul des effectifs des entreprises.

(44) Pour un examen détaillé de ces violations et des possibilités de les combattre, v. l'article de Marie-Laure Morin cité *infra*, n. 36. L'État finlandais a été récemment condamné par le Comité européen des Droits sociaux pour sa législation limitant les indemnités pour licenciement injustifié à 24 mois de salaire (cf. Jean Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des Droits sociaux », *Dr. Soc.* 2017, p. 745).

(45) Au sens original de l'expression : alerter la population d'un danger grave et imminent et l'appeler au rassemblement pour l'affronter.



Editions Dalloz – 1650 pages
2018 – 50 euros

DROIT DU TRAVAIL - Édition 2018 Gilles Auzero, Dirk Baugard et Emmanuel Dockès

Ce Précis présente l'ensemble du droit du travail. Outre l'énoncé pédagogique des solutions du droit positif, il prend le temps de replacer les règles dans leur contexte social et d'éclairer les réflexions doctrinales, multiples et divergentes, qui agitent la matière. La richesse de ses développements et de ses références en ont fait un classique de la matière.

La présente édition est à jour de la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, dans sa version définitive adoptée par le Parlement le 2 août 2017. D'importantes modifications ont en outre été apportées en raison, notamment, de la loi *El Khomri* du 8 août 2016 et de la réforme de la procédure prud'homale.

La jurisprudence, toujours aussi foisonnante et capitale pour la compréhension du droit du travail, a conduit, elle aussi, à d'importantes évolutions.

Destiné avant tout aux étudiants, cet ouvrage est devenu, au fil des éditions, un précieux instrument de travail pour les conseillers prud'homaux, les magistrats, les avocats et tous les praticiens du droit du travail.

Gilles Auzero est professeur à l'Université de Bordeaux.

Dirk Baugard est professeur à l'Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis.

Emmanuel Dockès est professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.