

## ORDONNANCES MACRON LIBERTÉ CONTRACTUELLE : EL DORADO OU FAR WEST ?

Conclusion : la cavalerie est de retour

# La ruée vers l'or(dre néolibéral) Sur un western juridique moderne...

par Patrice ADAM, Professeur à l'Université de Lorraine

### PLAN

- I. Il n'était pas une fois la révolution (libérale) ?
- II. Une bible et un fusil
- III. Mon nom est confiance
- IV. La charge héroïque

**Les ordonnances Macron : il était une fois la révolution (néolibérale) ? Il faut résister à la tentation facile de l'affirmer. Il est vrai que la « révolution », le mot et l'idée, présente un grand attrait pour ceux qui en usent pour la promouvoir ou la combattre. Elle fédère et permet de mobiliser ses partisans en faisant naître chez eux un grand espoir de changement (et de progrès) ou, au contraire, en dessinant un avenir sombre, plein d'affliction et de peine. Elle exalte les passions et radicalise les positions. Mais ici, le révolutionnaire (1) est d'opérette. C'est que sa « révolution » ne marque aucun changement brusque et violent dans la structure sociale et politique de notre État. Bien au contraire, elle en consolide l'armature, en resserre les boulons. En effet, la réforme qui se pare du séditeux vêtement n'est que le prolongement d'une certaine politique économique et (anti-) sociale déjà longue de plusieurs années (2). La porte du paradis (libéral), promis à quelques-uns et fermé à tous les autres, ne s'est pas déverrouillée le 22 septembre 2017 (3).**

## I. Il n'était pas une fois la révolution (libérale) ?

À vrai dire, les ordonnances *Macron* s'inscrivent dans un inexorable mouvement politique (post-démocratique (4)) et idéologique engagé il y a bien longtemps (5). Il n'est point utile ici de se perdre dans le labyrinthe des origines des phénomènes sociaux pour tenter de lui attribuer une date de naissance précise (on se reportera aux éclairantes analyses de Dominique Méda dans ce numéro). Disons, à gros traits, que ce mouvement a trouvé dans les impitoyables politiques libérales – nourries, entre autres, des nouvelles méthodes des économistes libéraux – d'inspiration hayekienne du début des années 1980 en Angleterre (avec Margaret Thatcher)

et aux États-Unis (avec Ronald Reagan), moment décisif, sinon fondateur (6). Depuis lors, on se dirige inéluctablement vers le gouffre néolibéral (7). Qu'on y aille en courant (et en chantant), en reculant (et en le niant) ou en marchant (« *les plus grandes catastrophes s'annoncent souvent à petit pas* » (8)), dans tous les cas, on finira – plus ou moins vite – par y tomber. Où pensez-vous que soit passée la « Gauche de gouvernement », cette Gauche qui a « *renoncé à l'émancipation sociale et se contente d'aménager une infirmerie pour accueillir le blessé de la guerre économique* » (9) ? « *Nous sommes au bord du gouffre, avançons donc avec résolution* » (Sully Prudhomme) ! D'aucuns jugeront,

(1) E. Macron, *Révolution*, XO, 2016.

(2) T. Sachs, C. Wolmark, « Les réformes de 2017 : quels principes de composition ? », *Dr. Soc.* 2017. 1008 : « *Hormis quelques notes dissonantes, l'ensemble des réformes menées depuis une vingtaine d'années joue une pièce composée de plusieurs motifs qui reviennent alternativement, à chaque fois modifiés ou amplifiés* ».

(3) B. Teyssié, « Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales », *JCP S*, 26 sept. 2017. 15 (pour l'auteur, les ordonnances *Macron* s'inscrivent dans le prolongement de précédentes réformes).

(4) G. Gourgues, K. Yvon, « Démocratie, le fond et la forme », *RDT* 2017. 626.

(5) Comp. G. Gourgues, K. Yvon, art. préc., p.626 : « *Si les ordonnances s'inscrivent dans une continuité forte, c'est qu'elles prolongent et durcissent une tendance à la « dépolitisation » et à la « technicisation » des réformes portant sur le Code du travail (...). Plus largement, on retrouve les signes d'une aspiration « technocratique » de la pensée néolibérale (...)* ».

(6) Ch. Laval, *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, 2007.

(7) S. Tournaux, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », *Dr. Soc.* 2017. 688 : « *les réformes du droit du travail des trente dernières années sont marquées du sceau du libéralisme* ».

(8) E. Vuillard, *L'ordre du jour*, Actes sud, 2017, p. 26.

(9) Ph. Cohen, *Protéger ou disparaître*, Gallimard, 1999.

sans doute, la dénonciation facile... et le propos aussi vague que le terme (néolibéralisme) qui en constitue le principal ressort. Il est vrai, ne le nions pas, que le vocable est souvent anathème commode, moyen de condamner sans appel (et sans procès) les évolutions qui se le voient accoler.

Que veut-on, pour notre part, et dans le cadre de ce très modeste article, signifier en usant de cette idée d'une marche à pas cadencés au rythme d'un air libéral ? Tout simplement, qu'un *certain modèle* de droit du travail – saisi comme une construction socio-politique – depuis une quinzaine d'année (un peu avant, peut-être ? Mais peu nous importe ici...) a été, comme nombre de vieilles bâtisses (dont les contemporains ne cessent de souligner l'inadaptation à l'architecture moderne (10) et le manque de modularité de son agencement intérieur (11)), l'objet d'infiltrations qui ont conduit, peu à peu (la rupture conventionnelle (12), dix ans déjà...), à son écroulement et à la construction d'un nouvel édifice, d'un *autre* modèle. « *L'histoire se [charge] avec une rigueur impitoyable non seulement de préparer du nouveau, mais de réduire à néant tout ce passé éphémère qui se confondait avec nous* » (13). Ces dévastatrices infiltrations ont pris la forme d'évolutions normatives donnant corps juridique à un courant d'idées philosophiques, politiques et économiques prônant la dérégulation des marchés, la réduction du rôle de l'Etat et de la dépense publique, la baisse du coût du travail, la valorisation sans limite (ou presque (14)) de la liberté individuelle – voire son institution comme principale valeur éthique (c'est-à-dire comme instance suprême d'évaluation du Juste) –, la sacralisation du contrat (fut-il « collectif » lorsque les exigences de flexibilisation l'imposent, *V. infra*) comme mode de régulation sociale et une conception a-histo-

rique et décontextualisée de l'individu souverain, seul responsable de ses réussites (*self made man*) et de ses échecs (15) (conception que quelques libéraux conséquents, pourfendeurs d'une certaine orthodoxie hypermarchéiste, se plaisent cependant à amender à la marge... La notion de « capacités » servant souvent de support à ce travail de réforme (16)). Bien entendu, dans ce fatras de normes en (constant) mouvement, il en est sans doute qui s'inscrivent à contre-courant, portant toujours l'empreinte des temps anciens. Mais ces quelques fausses notes ne suffisent pas à changer la mélodie du temps.

L'individualisme triomphe, comme pratique et comme mode de représentation du monde (*me, myself, and I*) ; le narcissisme (17) (excité, exacerbé, par les réseaux sociaux) se répand comme une traînée de poudre (aux yeux) ; le matérialisme consumériste et impatient (cette impatience qui a chassé les hommes du paradis, selon Kafka (18)) consume les âmes et le temps (chacun exigeant la satisfaction de ses désirs immédiats, quoiqu'il en coûte à ceux qui sont en charge de la lui procurer) ; une « marchandisation incontrôlée » (19) transforme les Valeurs en simples valeurs d'échange ; le goût du lucre met le monde en nombres et transforme les travailleurs en marchandises... Le travail n'est plus qu'un coût, toujours trop élevé ; une charge invariablement trop lourde. Et le droit du travail – « managérisé » (20) – lui-même n'est plus saisi, par ces bâtisseurs d'un nouveau monde (qui semble déjà si vieux... (21)), que comme un entrelacs de règles techniques, simples éléments de plomberie du Marché (du travail), dont la violation a un prix (mis en barème ! C. trav., art. L. 1235-3) – n'a qu'un prix – que l'on souhaite le plus bas possible. Où l'on contemple, pétrifié, des « *machines à calculer aux portes de l'enfer* » (22).

(10) G. Gourgues, K. Yvon, « *Démocratie, le fond et la forme* », RDT 2017. 628 : « *face à l'exacerbation de la concurrence internationale, à la pression du chômage et à la crise de l'État-providence, les régulations traditionnelles du travail et de l'emploi sont réputées inadaptées* ».

(11) F. Géa, « *Un changement de paradigme ?* », Dr. Soc. 2017. 999 : « *Il nous semble, en tout cas, que cette réforme procède d'une mise en cause du droit du travail auquel sont reprochées, d'une part, son inefficacité (essentiellement économique) et, d'autre part, son inadaptation (y compris une insuffisante adaptabilité)* ».

(12) V. Valentin, *Les conceptions néolibérales du droit*, Economica, 2002, p. 232 : « *D'un point de vue moral, est condamnable le fait que l'individu ne s'appartienne pas, prisonnier d'une réglementation qui lui impose un comportement* ».

(13) J. d'Ormesson, *Je dirai malgré tout que cette vie fut belle*, Gallimard, 2016, p. 66.

(14) Un système pouvant être plus ou moins libéral selon la surface de ce « presque ».

(15) V. la justification des politiques de culpabilisation des chômeurs, toujours soupçonnés d'être responsables de leur sort et de s'y complaire. D'où le renforcement prôné des contrôles (S. Belouezzane, « *Contrôle des chômeurs : la proposition de Gattaz fait polémique* », Le Monde, 18 oct. 2017) et des sanctions (« *Le Gouvernement préparait un contrôle plus sévère des chômeurs* », le monde.fr, 26 déc. 2017) ; Ch. Lasch, *La culture du narcissisme*,

Flammarion, 2006, p. 59 : « *Les classes dirigeantes ont toujours cherché à ce que les individus qui leur sont subordonnés se sentent coupable, personnellement, de leur exploitation et de leurs privations matérielles, tout en se persuadant elles-mêmes de ce que leurs propres intérêts coïncident avec ceux du genre humain* ».

(16) A. Laurent, *La philosophie libérale. Histoire et actualité d'une tradition intellectuelle*, Les Belles Lettres, 2002, pp. 263 et s.

(17) Ch. Lasch, op.cit.

(18) F. Kafka, *Réflexions sur le péché, la souffrance, l'espérance et le vrai chemin*, (trad. Bernard Paustrat), Éd. Payot et Rivages, coll. Rivages poche, Petite bibliothèque, 2001, p. 30.

(19) D. Lefay, *Pour une véritable communauté humaine*, L'aube, 2017, p. 15.

(20) G. Gourgues, K. Yvon, art. préc., p. 631.

(21) A. Supiot, « *Et si l'on refondait le droit du travail...* », Le Monde diplomatique, oct. 2017, p. 22 ; M. Jantet-Hidalgo, « *Motivation de la lettre de licenciement : quand le nouveau monde emprunte à l'ancien* », Dr. Ouvr. 2018, p. 17.

(22) E. Vuillard, op. cit., p. 26 ; O. Favereau, « *Conclusion. La fin de l'entreprise privée* », in *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, sous la dir. d'A. Supiot, Dalloz, 2015, p. 311 : « *L'homo economicus, froide et inusable machine à calculer* ».

Le droit du travail n'est plus que désert axiologique aride ; la Raison plus qu'un simple calcul (23). Et peu importe que l'OCDE insiste aujourd'hui sur la nécessité de ne pas évaluer la situation du marché du travail à l'aune des seuls taux d'emploi et de chômage (mais d'intégrer dans l'évaluation la qualité des emplois et le caractère inclusif du marché du travail) (24). Ils n'en ont que faire. Pour quelques dollars de plus, on est prêt à vendre l'humanité en solde. Désormais, chacun, même le plus faible, le moins robuste, est tenu de danser avec les loups (de Wall Street) – « *le monde est plein de mâchoires* » (25) – peu importe que ces derniers ne connaissent d'autres pas que ceux d'une danse macabre qui met en musique les mots d'Henri Cazalis (Égalité – Fraternité, 1875).

*Zig et zig et zig, quelle sarabande !  
Quels cercles de morts se donnant la main !  
Zig et zig et zag, on voit dans la bande  
Le roi gambader auprès du vilain !  
Mais psit ! tout à coup on quitte la ronde,  
On se pousse, on fuit, le coq a chanté.  
Oh ! La belle nuit pour le pauvre monde !  
Et vivent la mort et l'égalité !*

Pauvre monde... monde des pauvres qui ne connaît – dans un univers financiarisé, temple d'une société hénocéphale ayant érigé le Marché en Dieu des dieux – de l'égalité que celle dans le malheur et dans la mort (26). Jupiter n'est que simple dévot ; l'homme des hautes plaines est d'abord prêtre des basses besognes. Ce dernier propage, avec application, et non sans audace (il en faut un minimum pour faire passer pour nouvelles les recettes rances du libéralisme économique et le projet d'un droit sans État dont la confection est toute

entière abandonnée à la société civile (27), ici incarnée par les « partenaires sociaux », la parole divine. Il n'est point le seul, évidemment. La CJUE a largement pris sa part (comme les instances politiques européennes ou le FMI ont pris la leur à travers l'injonction à l'austérité). En mobilisant avec force les libertés économiques (liberté d'établissement ; libre prestation de service) – c'est aujourd'hui l'article 16 (Liberté d'entreprise) de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui est souvent mis à contribution –, elle a activement participé à l'entreprise de fragilisation des « acquis sociaux » dans nombre d'États de l'Union (on trouverait quelques troublantes ressemblances entre les évolutions du droit français du travail et celles du droit grec...).

Analyse excessive et simpliste nous dira celui qui voit au-delà de l'horizon (« *La clarté n'est jamais qu'une étape : sa perfection relève d'une insuffisance à voir ce qu'il y a derrière l'horizon* » (28)) ! Les choses sont infiniment plus complexes... À ce moment précis, on ne peut pas ne pas penser à Noam Chomsky, évoquant le « problème des intellectuels » : « *prendre ce qui est plutôt simple et le faire passer pour très compliqué et très profond (...)* » (29). Ici, la seule chose vraiment profonde, c'est le gouffre vers lequel les politiques (ultra-) libérales nous entraînent. On ne contestera pas que le chemin qui y conduit n'est pas rectiligne, qu'il connaît des sinuosités ; qu'il est même particulièrement accidenté. On ne doutera pas non plus que tous ceux qui s'y sont engagés ont parfois cherché à en détourner le sens, à tracer et à suivre une autre direction, à poser des barrières... sans guère de succès. Le gouffre est comme un trou noir. Il attire à lui, irrésistiblement, tous les promeneurs.

## II. Une bible et un fusil

De cette ruée vers l'or(dre) néolibéral, les ordonnances *Macron* sont donc une nouvelle étape. Sans doute pas la dernière. C'est que, déjà, certains appellent à aller plus loin ; à frapper plus fort ; à détruire plus vite ! Et si, dans cinq ans, le chômage n'a pas reculé, que dira-t-on ? Non pas que le remède (libéral) prescrit était inefficace, mais que la posologie

n'était pas la bonne ; qu'il faut augmenter la dose ; encore et encore...

Dans ce vieux-nouveau monde, le droit du travail est accusé d'être un hérétique malfaisant, faiseur de chômage, frein à la compétitivité et à l'innovation. Il est sommé d'expié ses péchés et d'opérer, rapidement, sa conversion. L'acte d'accusation,

(23) Ch. Lasch, *La culture du narcissisme*, Flammarion, 1979, 2006 (réédition) : « *Dans une société qui réduirait la raison à un simple calcul, celle-ci ne saurait imposer aucune limite à la poursuite du plaisir, ni à la satisfaction immédiate de n'importe quel désir, aussi pervers, fou, criminel ou simplement immoral qu'il fût. En effet, comment condamner le crime ou la cruauté, sinon à partir de normes ou de critères qui trouvent leurs origines dans la religion, la compassion ou dans une conception de la raison qui rejette des pratiques purement instrumentales ? Or, aucune de ces formes de pensée ou de sentiment n'a sa place logique dans une société fondée sur la production de marchandises* ».

(24) OECD, *Employment outlook 2017*.

(25) Y. Haenel, *Tiens ferme ta couronne*, Gallimard, 2017, p. 229.

(26) Lire, vite, le Rapport sur les inégalités mondiales 2018, 14 déc. 2017.

(27) V. Valentin, op.cit., p. 14 : « Le néolibéralisme repose sur la possibilité d'un droit sans l'État, c'est-à-dire affranchi du politique ».

(28) Y. Haenel, op.cit., p. 61.

(29) Cité dans N. Baillargeon, *Petit cours d'autodéfense intellectuelle*, Lux éditeur, 2006, p. 45.

dressé par de doctes inquisiteurs, est aussi fourni que les faits qui les étayent sont inconsistants (se contentant d'établir quelques sommaires corrélations, sans jamais être capable d'établir des causalités là où ils se veulent, pourtant, incarnation de la « vérité savante » (30)). Disons que ces faits relèvent d'abord du registre de la foi ; de la croyance dans les indépassables vertus de la religion qu'ils servent et de la bible (celle écrite par l'économie libérale et orthodoxe) qui en constitue le livre sacré. Aussi est-il de peu d'importance qu'un faible nombre d'entreprises voit dans le droit du travail un frein réel à l'embauche... (Note de conjoncture de l'INSEE, juin 2017). La foi a sa propre vérité ; elle est sa propre vérité. Ne pas la partager, c'est être un apostat, un incompetent ou un escroc (31) ! Peut-être même les trois... Armés d'une bible et d'un fusil (à balles rhétoriques), les missionnaires évangélisent les âmes perdues, oubliant Pascal (« *le contraire d'une vérité n'est pas une erreur, mais une vérité contraire* ») ou donnant raison à Marx (« *désormais, il ne s'agit plus de savoir si tel théorème est vrai, mais s'il est bien ou mal sonnante, agréable ou non à la police, utile ou nuisible au capital* » (32)).

Il s'agit désormais d'être réaliste, de s'adapter au monde tel qu'il est, au monde tel qu'il va ! Comme si ce monde était autre chose que la représentation qu'en livrent ceux qui le dirigent. « *Agir sur le réel par le biais des représentations du réel* », disait Bourdieu (33). Or, ces représentations du monde – cet « imaginaire » (34) – enferment la réflexion dans un cadre étroit qui en conditionne le déploiement et en limite les potentialités. Ce cadre asphyxie la réflexion par les présupposées qu'il contraint, insidieusement, à intégrer. Les ordonnances du 22 septembre 2017 reposent ainsi sur une certaine (et aussi bruyante que silencieuse) représentation du monde dont elles véhiculent les conceptions structurantes et le vocabulaire qui s'y attachent. Nos collègues Tania Sachs et Cyril Wolmark en ont livré, avec précision et talent, un saisissant et complet (complexe)

tableau (35). Qu'il nous soit permis d'y renvoyer. Disons seulement que, dans ce monde, les mots du passé se déforment, se défigurent et se reforment, dotés d'une signification nouvelle. Le « modèle historique de droit du travail » (celui d'avant les infiltrations... cf. *supra*), s'était construit sur les idées de sécurité (du travailleur, de son corps laborieux et de ses revenus), d'émancipation et de liberté (du travailleur et de l'Homme au travail), d'égalité (entre les parties au contrat individuel, introuvable et donc à compenser au niveau collectif), de solidarité (le droit du travail mettant en scène des travailleurs mus par un intérêt collectif et l'organisant à travers des formes de représentation collective). Les mots sont toujours là ; leur sens, lui, n'est plus le même. La sécurité n'est plus celle des travailleurs, mais celle de l'employeur qu'il faut protéger (du juge et des aléas du contentieux judiciaire) ; la liberté qui, désormais, commande et domine toutes les autres est celle d'entreprendre (36) ; l'égalité n'est plus celle qu'il faut instaurer entre l'employeur et le salarié, mais celle qu'il s'agit de rétablir entre salariés – il a pu être affirmé, sans ciller, que le plafond d'indemnisation assure « *une plus grande équité pour les salariés* » (37) –, entre *outsiders* (hier, les chômeurs ; aujourd'hui, les précaires) et *insiders* (38), quête justifiant l'assouplissement des protections attachées à la rupture du CDI (et voilà, le contrat de chantier ou d'opération qui connaît une vigueur nouvelle, C. trav., art. L. 1223-8) (39). Mais d'autres mots ont également fait leur apparition : la simplicité (qui se réduit à l'allègement des obligations patronales) ; la flexibilité (qui est celle du travail et de ceux qui le fournissent) ; la compétitivité (simple synonyme de baisse des coûts du travail). Et cet « imaginaire marchand » (40) tourne sur un axe : la lutte contre le chômage ; le combat pour l'emploi. Au nom de l'emploi, les régressions sociales deviennent le plus sûr chemin du progrès social ! Moins de droits pour les salariés, moins de garanties de stabilité de l'emploi, plus de libertés pour l'employeur, c'est, en réalité – dans cette (re) construction de la réalité – faire œuvre moderne

(30) G. Gourgues, K. Yvon, « *Démocratie, le fond et la forme* », RDT 2017. 627 : les auteurs évoquent l'édification du Marché comme régime de vérité savante.

(31) J. Barthélémy, G. Cette, « Ordonnance « Travail » : un grand pas dans la bonne direction », *Telos-eu.com*, 19 sept. 2017.

(32) Citation reproduite dans la préface de Jean-Claude Michéa à l'ouvrage (préc.) de Ch. Lasch, p. 19.

(33) P. Bourdieu, « Les rites comme acte d'institution », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, n° 43, p. 58.

(34) T. Sachs, C. Wolmark, art. préc., p. 1009.

(35) *Ibid.*, p. 1008.

(36) F. Géa, art. préc., p. 1003 : « *Si révolution il y a, nul doute qu'elle procède d'un réordonnement du droit du travail autour de la liberté, et plus particulièrement de la liberté d'entreprendre* ».

(37) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 ; D. Chassaing (groupe Les Indépendants – République et territoires), Sénat, séance du 23 janvier 2018, compte rendu intégral des débats : « *La mise en place d'un barème des indemnités prud'homales pour l'ensemble du pays est aussi une mesure d'équité* ».

(38) L. Simar, « Le modèle des *insiders-outsiders* : entre théorie et pratique, Reflets et perspectives de la vie économique, 2003/4 (Tome XLII), p. 144 : « *La théorie « insiders-outsiders » tente d'expliquer pourquoi les salaires ne diminuent pas, voire continuent d'augmenter, en présence d'un chômage important* ».

(39) T. Sachs, C. Wolmark, art. préc., p. 1011 : « *L'invocation de l'égalité vient bien justifier une entreprise de sape du CDI* ».

(40) *Ibid.*

de protection du travail et du travailleur (41) ! C'est promouvoir la justice sociale (41 bis).

Et la solidarité alors ? Il n'y en aurait aucune trace dans les ordonnances (42). On ne partage pas, cette fois, l'analyse. L'idée de solidarité est bien présente... quoique déformée, elle aussi. Elle est justification de la « primauté » (c'est bien de cela qu'il s'agit, même si la technologie juridique met en œuvre un processus de camouflage) accordée, en certains cas, à l'accord collectif sur le contrat individuel de travail (réduit à l'état de réceptacle de tous les égoïsmes). Ainsi, devant la violente tempête des accords liés aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise (C. trav., art. L.2254-2), le contrat individuel de travail n'est plus qu'un « virevoltant » (*tumbleweed*)... Si le contrat individuel et la force obligatoire qui s'y attache (43) doivent s'effacer devant l'accord collectif, mettre genou à terre sous les néons blafards de Pôle Emploi, c'est que l'intérêt individuel doit plier devant la solidarité des travailleurs (dans le malheur) qui, dans la norme conventionnelle, trouve support et incarnation. La solidarité est alors caution morale du sort peu enviable réservé à ceux qui refusent de se plier à la discipline collective. On ne peut admettre de sacrifier l'avenir de tous sur l'autel des désirs et des caprices de quelques-uns !

Que le discours gallo-libéral se fasse le chantre de l'accord collectif (autrefois considéré comme le parangon de la soumission de l'individu au groupe) et l'ennemi du contrat individuel (auparavant jardin d'Eden de l'émancipation individuelle), le défenseur de la solidarité et le pourfendeur de l'individualisme ne manque pas de piquant. La situation, cocasse, ne donne pourtant guère envie de rire. Et voilà donc la

solidarité mobilisée pour briser le contrat individuel, dernier empêchement de flexibiliser par voie conventionnelle le rapport de travail (44). Faire plier le contrat individuel devant la norme collective (45), faire plier l'intérêt individuel devant l'intérêt collectif, était devenu un impératif pour les politiques de flexibilité à marche forcée (46). Encore fallait-il, pour en assurer « l'acceptabilité sociale », que l'accord collectif de régression soit perçu comme la mise en normes d'un destin commun et librement choisi par la collectivité de travail à qui des sacrifices sont demandés ! Il était indispensable, pour le dire autrement, que le salarié se pense comme l'auteur – le co-auteur, plus justement – de la norme discutée et la pense comme exprimant l'intérêt véritable de la collectivité dont il est et se reconnaît membre. À cette exigence, la règle majoritaire (C. trav., art. L.2232-12) – faussement majoritaire (mais peu importe, le symbole des 50 % est assez puissant pour que l'esprit occulte les questions d'assiette de calcul...) – a donné corps. Et la chambre sociale d'en livrer remarquable expression en jugeant que les conventions et accords collectifs sont « négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote » (46 bis). Comment mieux signifier, en effet, que l'accord trouve profondes, solides racines dans la collectivité de travail et qu'il en exprime l'intérêt ? Comment ne pas voir que ce « cap majoritaire » a pour fonction de disqualifier, *a priori*, toute tentative de résistance d'individus incapables de penser plus loin que le petit bout de leur « soi » (47) ? Peu important – c'est même l'une des conditions de son efficacité – que ce récit occulte la part de fatalité inhérente à un

(41) Il a, dans le même esprit, été soutenu qu'alléger l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur dans le champ du harcèlement moral (Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juin 2016, n°14-19.702) serait le meilleur moyen de renforcer la protection des salariés en favorisant les actions patronales de prévention ; plus récemment, le renforcement du contrôle des chômeurs devient, dans un document d'orientation envoyé à la mi-décembre 2017 aux syndicats et au patronat par le ministère du Travail, la solution pour un meilleur accompagnement des personnes privées d'emploi (Le monde.fr, 26 déc. 2017) ; Ch. Fournier (groupe Union centriste), Sénat, séance du 23 janvier 2018, compte rendu intégral des débats : « *Les prérogatives de chacune de ces institutions ne seront pas réduites ; il s'agit au contraire de les renforcer grâce à une plus forte visibilité* ».

(41 bis) Cl. Malhuret (groupe Les Indépendants – République et territoires) : « *Nous soutenons ce texte [Projet de loi de ratification] qui apportera aux 18 millions de salariés, aux 3 millions d'entreprises et aux 2,6 millions de demandeurs d'emploi que compte notre pays plus de liberté, de protection et d'égalité des chances* », Sénat, séance du 23 janvier 2018, compte rendu intégral des débats ; P. Schillinger (groupe La République en Marche) : « *reconnaissons que ce texte est inspiré par une philosophie progressiste* », Sénat, séance précitée.

(42) T. Sachs, C. Wolmark, art. préc., p.1012.

(43) Voir le numéro spécial de Droit ouvrier, « Négociation collective et contrat de travail : un pour tous, tout pour un ? », avr. 2015, pp.212 et s.

(44) J.-E. Ray, *La mobilité du salarié*, Wolters Kluwer, coll. Droit vivant, 2014, p. 188 : « *Qualifié de « permis de chasse » en 1925, le brave petit contrat individuel, que la jurisprudence a érigé en donjon, se révèle être un efficace rempart contre la flexibilité ayant envahi le droit conventionnel* ».

(45) F. Favennec-Hery, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », Sem. Soc. Lamy, n°1643, 15 sept. 2014.

(46) Pas seulement, il est vrai ! La loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail avait également assuré la primauté de la norme conventionnelle sur le contrat individuel de travail (C. trav., art. L.1222-7). Primauté destinée non pas à favoriser une flexibilisation des conditions d'emploi, mais à faciliter la mise en œuvre de la politique de réduction (et de partage) du temps de travail alors impulsée par la majorité socialiste. Notons que le refus du salarié n'autorise pas, en ce domaine, l'employeur à se situer sur le terrain disciplinaire (C. trav., art. L.1222-8).

(46 bis) Cass. soc. 27 janv. 2015, n°13-22179.

(47) J.-Y. Frouin : « *il est permis de se demander s'il est encore légitime que le salarié puisse toujours valablement, dans la plupart des cas, opposer son contrat de travail à l'accord collectif venu le modifier* » (Sem. Soc. Lamy, n°1649, 27 oct. 2014).

rapport de forces souvent peu favorable à la « partie salariée », voire totalement « déséquilibré » (48) ; peu important que, dans nombre de cas, la norme conventionnelle soit habit de camouflage du pouvoir patronal.

Et le droit du travail d'en ressortir « sens dessus-dessous » (*upside down* (49)), certaines de ses catégories fondamentales, forgées par l'histoire, déstabilisées, renversées, retournées... L'illustration la plus spectaculaire se trouve sans doute dans la figure de « l'accord collectif » dessinée par les articles L. 2232-21 et L. 2232-22 du Code du travail. Un accord collectif... sans négociation (collective) (50) ! Voilà qui prend l'histoire de cette catégorie à revers et en sape les fondements constitutionnels (principe de participation). Que cette opération d'escamotage se fasse sous l'étendard du « *renforcement de la négociation collective* » (titre de l'ordonnance n° 2017-1385) laisse proprement stupéfait. Autre retournement bouleversant : le retour en grâce de la volonté individuelle (« *Au sein de la société française, nous assistons à un bouleversement des équilibres. Auparavant, le collectif faisait l'individu ; désormais, l'inverse prévaut* » (51)), à tout le moins lorsqu'elle n'est pas de nature à entraver les politiques – conventionnelles – de flexibilisation de l'organisation du travail (cf. *supra*) ; là, elle perd toute sa grâce (et la gracile danseuse se transforme en pachyderme). Longtemps suspecte (au temps ancien où l'on considérait encore que la volonté du salarié exprimée dans un fort contexte d'inégalités économiques et juridiques ne pouvait être reçue par le droit positif

qu'avec extrême prudence et grande méfiance), cette volonté individuelle, désormais portée au pinacle, est d'abord celle de quitter l'entreprise – tout en la mettant à l'abri de recours judiciaires trop nombreux – en s'engageant dans les liens d'une convention individuelle de rupture (C. trav., art. L. 1237-11) ou en se portant « volontaire » à un départ organisé dans le cadre d'un dispositif collectif de réduction d'emplois (la rupture conventionnelle collective, dont l'avenir semble radieux (52) ; C. trav., art. 1237-19). Où l'on comprend que les règles du licenciement (personnel ou économique) sont solubles dans la volonté individuelle du travailleur.

Chamboulé, le droit du travail n'en est pas pour autant détruit. Le prétendre supposerait d'adhérer à une vision *essentialiste* (et *jusnaturaliste*) de cette matière de l'ordre juridique (53) qui n'est point la nôtre. En fait, le droit du travail est reconstruit, par l'effet et l'action de forces subversives, sur des plans et des fondations nouveaux. Ce qui agonise n'est pas le droit du travail, mais un certain *modèle* de droit du travail. C'est ce modèle qui rejoint le rayon des « *choses-en-train-de-finir* » (54). Le droit du travail change de finalité, de fonction (55) : il n'est plus ce lieu d'équilibre entre le Marché et les travailleurs ; il n'est plus qu'un instrument de compétitivité de l'entreprise dans un marché mondialisé. Il est simple mise en normes d'un ordre « concurrentiel » (56). Il n'est plus ce qu'il était ; mais il est toujours. Reste qu'on peut ne pas aimer ce qu'il est devenu... Modèle déformé plus que réformé.

### III. Mon nom est confiance

De ce western moderne qu'est devenu le droit du travail, il est possible déjà de livrer un bref état des premiers linéaments du scénario qui s'écrit. Il est un personnage qui n'y trouve pas sa place (ou, disons, qui y occupe une place de plus en plus limitée) : le juge(-sheriff), à qui il a été demandé de quitter promptement la ville. On trouve nombre de dispositions

nouvelles (même si le mouvement est plus ancien ; on se souvient, pour ne citer que ces exemples, des débats sur et autour de la nouvelle définition de la cause économique introduite par la loi « Travail » du 8 août 2016 ou de la jurisprudence relative à la règle d'égalité de traitement dans le champ conventionnel (57)) qui en organise le retrait ou la mise à

(48) E. Dockès, « Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel », Dr. Ouvr. 2015, p. 256.

(49) « Le monde à l'envers », tel que le donne à voir une série télévisée à succès comme « *Stranger things* » (série créée par Matt et Ross Duffer), pourrait être image suggestive des évolutions actuelles du droit du travail...

(50) P. Adam, « la négociation (collective) sans la négociation », Sem. Soc. Lamy, 17 nov. 2017, suppl., p. 52.

(51) D. Lafay, *Pour une véritable communauté humaine*, L'aube, 2017, p. 17.

(52) A. Ruello, « La rupture conventionnelle fait ses premiers adeptes », Les Échos, 28 déc. 2017.

(53) A. Jeammaud, « Ne rêvons plus de démocratie « économique » ou « industrielle », ne parlons plus de « démocratie sociale » », RDT 2017. 580.

(54) Ch. Lasch, op. cit., p. 29.

(55) F. Géa, art. préc., p. 1002 : « *la conception qui sous-tend cette réforme tend à réordonner tant les fonctions que les finalités du droit du travail* ».

(56) A. Lyon-Caen, « Réforme 2017 », RDT 2017. 573.

(57) A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, «seuls juges» du principe d'égalité », Dr. Soc. 2015, p. 237 ; J.-E. Ray, « Juge judiciaire et accords collectifs de travail », JCP G, 23 mars 2015, doct., 345 : Voilà revirement qui mettrait fin à une intenable contradiction entre la logique sous-tendant « *la loi fondatrice du 20 août 2008 re-légitimant acteurs et accords collectifs et l'arrêt Pain [du 1<sup>er</sup> juillet 2009, n°07-42675] considérant les accords signés comme, a priori, suspects s'ils évoquaient des différenciations catégorielles* ».

l'écart (raccourcissement des délais de prescription en matière de contestation judiciaire de la légitimité d'un licenciement ou d'action en nullité d'une disposition conventionnelle, C. trav., art. L.1471-1 al. 2 et L.2262-14) ! C'est que, dans ce Far West, du juge (facteur d'insécurité et toujours suspect de ne point aimer l'économie de marché) l'on a plus vraiment besoin. La confiance a pris sa place ; toute la place (58).

Confiance d'abord et avant tout dans l'accord collectif pour édifier un droit du travail nouveau, efficace, adapté aux réalités du terrain et aux difficultés concrètes qui s'y manifestent (59). Le contrat de travail doit s'incliner, le juge se retirer, la loi se replier. La loi n'a plus sa place ou du moins n'a plus que place marginale (à travers quelques règles d'ordre public) ou supplétive (avec les ordonnances du 22 septembre 2017, de nouveaux pans du droit du travail – en matière de contrat à durée déterminée, par exemple – basculent dans le champ du « supplétif »)... Vieil outil de régulation (uniforme, faite par des technocrates sans connaissance des réalités du terrain...), elle serait inadaptée à un univers économique en constant changement qui suppose des normes souples (tant dans la contrainte qu'elle impose aux détenteurs du capital que dans ses modalités d'adoption et de révision).

Cette confiance dans la norme conventionnelle, le droit d'aujourd'hui la place d'abord dans la norme négociée au niveau de l'entreprise. Négocier au plus près des « réalités du terrain » est devenu l'obsession des architectes modernes du droit du travail (et pas seulement en France). La « règle de faveur », longtemps mode principal d'articulation des normes conventionnelles de branche et d'entreprise, a connu ces dernières années un brutal recul, même si des mécanismes légaux (dispositif de sécurisation issu de l'article 45 de la loi du 4 mai 2004) ou conventionnels (clauses de verrouillage ; ordre public conventionnel, qui a fait un petit tour (60) et s'en est allé...) ont permis

de la maintenir (temporairement) « en vie ». Les ordonnances *Macron* en signent l'acte de décès (C. trav., art. L.2253-3), l'abrogation immédiate de l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 conduisant à soumettre au régime de la primauté de l'accord d'entreprise (61) le stock ancien de normes conventionnelles (62). Et même là où la branche prime désormais, elle peut se voir mise à l'écart par un accord d'entreprise prévoyant des « garanties au moins équivalentes » (C. trav., art. L.2253-1, dernier alinéa ; L.2253-2) ! La branche comme « loi de la profession » recule, agonise. Elle ne sombre pas totalement, il est vrai, mais se transforme en simple « prestataire de service » au bénéfice des TPE/PME (63) (« l'accord type » est l'une de ces offres de services, C. trav., art. L.2231-10-1). Cependant, tout entiers à leur dévotion pour l'entreprise, les bâtisseurs du temps semblent avoir oublié le rôle central de la branche comme outil de régulation de la concurrence entre entreprises d'un même secteur d'activité ; la branche n'est plus, désormais, appréhendée que comme sourde menace pour la libre concurrence (l'extension est désormais un mécanisme sous « contrôle concurrentiel » ; C. trav., art. L.2261-25) (63 bis). Or, plus la puissance normative de la branche décroît et plus le risque d'une mise en concurrence généralisée des salariés s'accroît. Dumping social ? Non pas, affirmeront sans ambages les thuriféraires du monde nouveau. Seulement un réagencement technique, facteur de compétitivité et d'attractivité des capitaux internationaux. Reste que cette mise en retrait de la branche risque de créer de nouvelles inégalités dans un pays où elles ne cessent de se creuser. Jusqu'à prendre le risque démocratique ultime (64)... lorsque, semblables, des individus ne le sont plus assez pour faire, entre eux, une société politique et pacifique (on ne soulignera jamais assez l'apport du modèle historique de droit du travail à la démocratie et à l'institution du travailleur-citoyen).

La « démocratie sociale » (65), autre nom du processus de conventionnalisation du droit du travail

(58) L. Thomas, « Confiance », RDT 2016. 754 ; P. Henriot, « Les fonctions et les mots. Confiance dans et de l'entreprise », RDT 2016. 761.

(59) Si, techniquement, l'article L.2262-13 du Code du travail ne sert à rien, reproduisant une règle probatoire de droit commun, il n'est point sans utilité. Il inscrit dans la lettre du code et instille dans l'esprit de ceux qui l'utilisent une marque de confiance dans le produit normatif de la négociation collective.

(60) C. trav., art. L.2232-5-1-2<sup>o</sup> anc. (dans sa rédaction issue de la loi « Travail » du 8 août 2016).

(61) C. trav., art. L.2253-3.

(62) Sur cette nouvelle articulation, G. Auzero, « Conventions d'entreprise et conventions de branche », Dr. Soc. 2017. 1018.

(63) P. Adam, « L'accord de branche », Dr. Soc. 2017, p. 139.

(63 bis) Mécanisme de l'extension dont on n'hésite plus à envisager la disparition... B. Retailleau, (groupe Les Républicains), Sénat, séance du 23 janvier 2018, compte rendu intégral des débats :

*« Si votre ministère renonçait à ce mécanisme d'extension généralisée, cela marquerait une véritable rupture et permettrait au paritarisme de se réorganiser profondément. Cela inciterait en outre les partenaires sociaux à améliorer la qualité des conventions collectives qu'ils élaborent, afin d'amener davantage d'entreprises à y adhérer. Les choses pourraient alors réellement changer ».*

(64) Inégalités. Une menace planétaire, Le Monde, Éco & Entreprise, 15 déc. 2017.

(65) M. Le Friant, « La démocratie sociale, entre formule et concept », regards (revue du CNESSS), janv. 2001, pp.39 et s. : « Plus concrètement, [la démocratie sociale] désigne une organisation qui combinerait participation des travailleurs dans l'entreprise et participation aux résultats, institutionnalisation de la négociation collective entre patronat et salariés, représentés selon des modalités leur permettant de peser sur le choix de leur représentants, mais aussi gestion de la protection sociale par les intéressés ou, du moins, par des organisations représentatives de ces derniers ».

– c'est-à-dire de l'extension de l'empire de « *l'autonomie des partenaires sociaux* » (66) –, est ainsi nouvel Eldorado. Cette montée en puissance de la valeur d'autonomie (des partenaires sociaux) traduit un paysage idéologique dont la géographie s'organise autour de deux axes. Le premier donne à voir une société apaisée, où les antagonismes, tempérés, n'excluent pas, ou plus, une certaine représentation commune des nécessités de notre temps (la formation commune des acteurs de la négociation collective instituée par la loi du 8 août 2016 (67) s'inscrit dans cet œcuménisme horizon, comme certains dispositifs de valorisation des parcours syndicaux (68)), un champ d'action commun en vue de répondre à des contraintes et à des objectifs largement partagés (rapp. la notion de « diagnostic partagé » apparue, ces dernières années, dans la texture des normes positives (69)) (70) : mondialisation, compétitivité, sauvegarde de l'emploi... C'est ainsi « *à la condition qu'ils participent à légitimer les stratégies de l'entreprise par leur engagement dans la négociation collective que les syndicats sont reconnus et valorisés* » (71). Et ce premier axe se déploie en résonance avec le second : ces antagonismes ne sont plus perçus comme animés par des rapports de pouvoirs ou par le jeu de puissance inégale. L'autonomie des partenaires sociaux postule une égalité de force de ceux qui négocient et s'engagent (et engagent les travailleurs).

Pourtant, tout fait d'équilibre, il est des risques que le processus de négociation (collective) ne le soit pas vraiment ; pas toujours (pas souvent ?). Or, l'accord collectif sera, en grande partie, le reflet de cette négociation (possiblement bancaire) (72). Que fait le droit pour s'assurer de cette égalité des « puissances en négociation » ? Et bien, finalement, peu de choses (73), comme si la « solidification » des

conditions de validité de l'accord pouvait suffire à en assurer le juste équilibre. Comme si la signature « majoritaire » de l'accord gommait toute trace des rapports de pouvoir (social) qui en constituent l'invisible soubassement (74). Alors que la loi cherche à assurer l'intégrité de la volonté du salarié de rompre son contrat de façon amiable (la fameuse rupture conventionnelle ; C. trav., art. L. 1237-11), en imposant aux parties le respect d'une procédure, point de règles de ce type lorsque la négociation s'organise au niveau collectif... L'onction électorale, comme par magie, en dispense. Pis encore, nombre d'évolutions législatives récentes paraissent, directement ou indirectement, de nature à affaiblir, à fragiliser encore la position des représentants salariés dans la négociation (la mise à mort de la règle d'intégration des avantages individuels acquis en cas de dénonciation/mise en cause de l'accord collectif (75) ôte, par exemple, aux représentants salariés, un levier de négociation de l'accord de substitution ; le mécanisme de sauvetage par référendum de l'accord minoritaire ; la possibilité pour l'employeur, dans nombre de cas, de suppléer l'absence d'accord collectif par une simple décision unilatérale...). Et dans le champ de la négociation alternative (sans délégué syndical) – dont la configuration n'a eu de cesse de se modifier depuis la séminale loi n°96-985 du 12 novembre 1996 – les garanties prévues à l'article L.2232-29 du Code du travail semblent bien plus nous parler des risques qui pèsent sur les négociateurs salariés qu'offrir des moyens réels de les combattre. Et l'on ne parle même pas (plus) ici de la négociation sans négociation instaurée par les articles L.2232-21 et L.2232-22 du Code du travail...

Certes, la loi « Travail » du 8 août 2016 a institué des « accords de méthode » (dont la négociation semble obligatoire au niveau de la branche et facul-

(66) L'autonomie collective renvoie à un certain type de rapport entre l'ordre juridique étatique et l'espace conféré par cet ordre aux partenaires sociaux pour créer/interpréter des normes juridiques (dites « conventionnelles ») ou pour « s'évader » de ses prescriptions (pour le dire d'une autre façon, pour faire autrement que la loi... qui n'est plus, à l'égard de l'action des partenaires sociaux, que supplétive). Plus cet espace de liberté normative est étendu, moins la pression législative le comprime et plus « l'autonomie des partenaires sociaux » est assurée ; M. Le Friant, A. Jeammaud, « Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective » ?, in *Droits du travail, Emploi, Entreprise*, Mélanges F. Gaudu, IRJS Éd. – Paris I Sorbonne, 2014, pp. 133 et s ; C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux : essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, T. 43, 2006.

(67) C. trav., art. L.2212-1.

(68) Comp. G. Gourgues, K. Yvon, « *Démocratie, le fond et la forme* », RDT 2017. 630 : « *En proposant parfois des formations associant représentants du personnel et managers, ces dispositifs [accords de valorisation des parcours syndicaux] visent à faire « comprendre » [aux syndicalistes] les contraintes de l'entreprise dans l'objectif d'améliorer le dialogue social en proposant aux*

*grand élus une sorte de pacte social qui les inscrit dans un horizon d'attentes et d'intérêts identiques à celui de leur direction* ».

(69) C. trav., art. L.2254-2 anc. (dans sa version issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016)

(70) M. Moreau, *L'autonomie des partenaires sociaux. Les litiges nés de l'interprétation des conventions collectives en droits québécois et français*, LGDJ 1998, Bibliothèque de droit social, T. 31, p. 1.

(71) G. Gourgues, K. Yvon, art. préc., p. 630.

(72) Le Friant, A. Jeammaud, art. préc., p. 149 : « *Si substituer l'accord à la loi est concevable, voire souhaitable en un temps de puissance à peu près égale des parties potentielles, un tel bouleversement opéré aujourd'hui équivaudrait à consacrer « l'autonomie des entreprises » plutôt que celle des partenaires sociaux* ».

(73) P. Adam, « La négociation des conventions et accords collectifs de travail. À propos de la gestation des volontés collectives », RJS juin 2016, p. 403.

(74) P. Adam, « Loi « Travail » : vers une négociation (collective) plus souple et plus loyale ? », Sem. Soc. Lamy, 31 oct. 2016.

(75) Mise à mort qui ne laisse subsister que le maintien de la rémunération perçue (C. trav., art. L.2261-13).

tative dans l'entreprise) devant permettre à la négociation de se dérouler dans des conditions de loyauté et de confiance (la revoilà !) mutuelle entre les parties (C. trav., art. L. 2222-3-1 et s.). Mais faut-il accorder à ce mécanisme tant de crédit qu'il serait désormais malhonnête de nourrir encore, à l'endroit du processus de négociation, quelques craintes ? Non pas. La garantie, en réalité, semble bien fragile (factice ?). C'est que le « déséquilibre » qu'elle cherche à conjurer peut se retrouver au stade de la négociation de l'accord de méthode lui-même. La confiance que produit « l'accord préparatoire » ne vaudra que dans la limite de celle que l'on a placée dans sa négociation ! L'accord de méthode ne peut créer de la confiance que si lui-même n'est pas objet de méfiance. Or, il est douteux que sa conclusion modifie le déséquilibre des forces qui a pu en être le contexte. Il aurait, en fait, fallu confier à la loi le soin d'outiller sérieusement les « négociateurs salariés ». Comment ? En renforçant la formation des négociateurs salariés (syndiqués ou non). Il est en effet douteux que les « formations communes » – qui s'effectueront dans le cadre du congé de formation économique, sociale et syndicale (76) (dont on sait

que seuls les salariés syndiqués profitent, en réalité) ou du plan de formation de l'entreprise (il est tout de même étrange de laisser à l'employeur l'initiative de former ou non ses interlocuteurs) – créées par la loi « Travail » du 8 août 2016 (cf. *supra*) soient à la hauteur de l'enjeu (77). Par ailleurs, il est nécessaire, pour rétablir un semblant d'égalité dans le processus de discussion, que les représentants salariés puissent être assistés, s'ils le souhaitent (et non pas, comme aujourd'hui, si un accord de méthode le prévoit (78)...), d'un expert payé par l'entreprise (et oui, le « dialogue social » a un coût !). Car est-ce autre chose qu'une mystification que de laisser croire que les représentants salariés pourront négocier (ou même seulement émettre un avis éclairé dans le cadre des procédures d'information/consultation du CSE...), avec (égale) compétence, sur tous les sujets désormais ouverts (sans le filet protecteur de la loi ou de la branche) à l'aventure conventionnelle ? Or, comme il a été justement noté, « *les règles faisant assumer une plus grande partie du coût des expertises du CSE (79) risquent plutôt de restreindre l'accès des salariés à cette ressources* » (80).

#### IV. La charge héroïque

Suffira-t-il d'un retour de la cavalerie, d'une chevauchée fantastique, d'une charge héroïque, pour éviter le pire, pour éviter la chute dans un gouffre sans fond ? Admettons d'abord qu'il ne sert à rien de se lamenter, de « pleurnicher » (pour employer un verbe souvent entendu lors de ce colloque), sur les évolutions en cours. C'est que l'on n'a jamais fait dérailler un train avec des larmes ! Mais il est vrai qu'on ne l'a jamais arrêté non plus avec des balles (judiciaires). Pour être nécessaire, utile, le combat juridique est très largement insuffisant. Il ne peut, à lui seul, être l'aiguillage qui mettra le train libéral, lancé à vive allure, sur de nouveaux rails. Depuis trente ans, la mobilisation militante du droit en a parfois entravé l'avancée. Elle n'en a jamais empêché, au long court, la progression. Que l'on se souvienne seulement du rapport de Virville de janvier 2004, « Pour un code du travail plus efficace ». Pour beaucoup, les propositions qu'il contenait semblaient alors relever de la science-fiction ; treize ans plus tard, elles paraissent moment

préhistorique... Le train des réformes (libérales) est allé si vite !

Faut-il alors se résigner, abandonner le Far West des relations de travail aux chercheurs d'or(dre) libéral ? Non pas. Seulement, la lutte suppose que d'autres fronts s'ouvrent, sur différents terrains : social, politique, philosophique, éducatif, médiatique... Le défi est immense : élaborer un nouveau projet politique, une vision alternative de l'avenir, dans lequel l'entreprise serait appréhendée non plus comme une entité socio-économique produisant seulement des profits au bénéfice des propriétaires du Capital, mais comme un lieu de production de l'humain et du lien social. Repenser l'entreprise est sujet central d'aujourd'hui (80 bis) et de demain. Les juristes progressistes (mais aussi des sociologues, des philosophes, des économistes, entre autres...) devraient y consacrer large part de leur énergie. Il s'agit de dénoncer d'abord les apories de la théorie de l'agence (81) et d'inventer

(76) C. trav., art. L. 2145-5 et s. ; depuis l'ordonnance n°2017-1718 du 20 déc. 2017, « le salarié bénéficiant du congé de formation économique, sociale et syndicale a droit au maintien total par l'employeur de sa rémunération » (C. trav., art. L. 2145-6).

(77) G. Gourgues, K. Yvon, « *Démocratie, le fond et la forme* », RDT 2017. 629 : « *L'essor de la négociation collective accroît les exigences cognitives associées à cette activité* ».

(78) C. trav., art. L. 2222-3-1.

(79) C. trav., art. L. 2315-80.

(80) G. Gourgues, K. Yvon, art. préc., p. 629.

(80 bis) M. Léon, F. Lellouche, E. Durlach, « *Repenser l'entreprise* », RDT 2018.21.

(81) O. Favereau, « *Conclusion. La fin de l'entreprise privée* », in *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, sous la dir. d'A. Supiot, Dalloz, 2015, p.305.

ensuite de nouvelles formes de gouvernance des entreprises – l'entreprise sociale et solidaire pouvant nourrir l'inspiration (82) – et d'un régime économique écolo et socio-responsable. Il s'agit donc de repenser l'entreprise comme « objet » intrinsèquement politique (83) et le travail comme facteur d'identité (individuelle et sociale), d'émancipation et opérateur de santé (84). Il s'agit de sortir d'une gouvernance par les nombres (85), de « réencastrier l'économie » (86), pour retrouver le chemin de l'Humain (87). Le droit du travail doit évidemment être le matériau juridique d'un tel projet. Mais d'autres « branches » de l'ordre juridique doivent également y prendre leur part : le droit fiscal, le droit des sociétés (il conviendra, par ex., de réécrire l'article 1832 du code civil), le droit de l'environnement ou le droit des contrats (en intégrant, à sa structure profonde, le solidarisme contractuel... déconsidéré, avec vigueur, par les chantages du libéralisme contractuel). Une stimulante proposition de loi (« Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances ») enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 décembre 2017 s'inscrit dans cet horizon. Son « exposé des motifs » l'énonce avec force : « l'entreprise, en tant que forme sociale permettant l'organisation collective de la production et de l'innovation, doit être regardée comme un bien commun. Son efficacité participe de l'intérêt général. La juste détermination de ses droits, de ses devoirs, de ses pouvoirs et de sa gouvernance intéresse les salariés et, au-delà, l'ensemble des citoyens ». Et si le sort législatif de cette initiative parlementaire est plus qu'incertain, elle n'en trace pas moins vivifiantes perspectives (et, ce faisant, elle rejoint les rives accueillantes de la « responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise » tout en s'éloignant de la *soft law* qui lui donne généralement forme et qui, en contraignant peu, peine à modifier les comportements et les structures d'exercice du pouvoir (87 bis)). A tout le moins, contribuera-t-elle, et c'est heureux, à nourrir le débat, la réflexion, non point sur ce qu'est l'entreprise (il n'en est pas d'essence), mais sur ce que l'on souhaite qu'elle soit ou qu'elle devienne. Reste que ce combat ne peut être mené dans le seul cadre national. Il doit trouver relais aux niveaux européen (des institutions de l'Union européenne) et interna-

tional, l'OIT devant en être un acteur central. Utopie ? Bien entendu... Mais de celles dont est fait l'espoir. L'histoire des Hommes n'est pas linéaire ; il n'est rien d'inéluctable à ce que le tracé du chemin de fer le soit...

Et en attendant... le droit offre déjà des moyens de « résistance ». Il confère des moyens d'action et de réaction (même si certains d'entre eux passent par la voie de l'exception... d'illégalité ; par ex., devant le juge prud'homal pour faire écarter des débats une clause conventionnelle illégale et dont il est trop tard (88) pour demander l'annulation par voie d'action) !

La détonation de ses canons pourrait ainsi rappeler à chacun que si le droit est la mise en œuvre d'un projet politique, un projet politique doit aussi se plier aux exigences du droit et aux valeurs fondamentales qu'il imprime et exprime. Le droit n'est pas seulement outil d'organisation des échanges économiques, mais aussi système de valeurs ! Face à la brute et au truand, il faut en appeler au (bon) droit. Et si le droit ne peut arrêter le train ou lui faire changer de voie (cf. *supra*), il peut, à tout le moins, tenter d'en freiner la course folle. L'important colloque du Syndicat des Avocats de France, dont les actes sont publiés dans ce numéro de la revue « Le Droit Ouvrier », a ouvert des pistes, tracé des chemins, entretenu l'espérance... Celles d'abord du droit supra-national (88 bis). La convention de l'OIT n° 158 (89), la Charte sociale européenne révisée, la Convention européenne des droits de l'Homme (à travers la notion d'espérance légitime), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le pacte des droits économiques et sociaux... Les uns et les autres ont soulevé, avec talent et conviction, les problèmes internationaux que posaient, selon eux, les ordonnances nouvelles. Mais c'est aussi dans les règles constitutionnelles (le principe de participation en tête !) qu'ont été repérés des outils de lutte, des armes rhétoriques. La question prioritaire de constitutionnalité sera, à n'en pas douter, un obstacle posé sur la voie ferrée.

D'autres traverses, encore, s'y ajouteront. Faisons confiance à l'imagination rigoureuse (ou à la rigueur

(82) D. Hiez, « L'entreprise sociale et solidaire, une source d'inspiration pour le droit de l'entreprise ? », in *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, op.cit., p. 269.

(83) O. Favereau, art. préc., p. 311.

(84) N. Chaignot Delage, Ch. Dejours (sous la dir.), *Clinique du travail et évolutions du droit*, PUF, 2017.

(85) A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

(86) D. Hiez, art. précité, p. 277 : « Ce réencastrement consiste, au plan théorique, dans une redéfinition de l'économie qui établit des liens avec les autres disciplines et réintroduit la décision politique au cœur de l'économie ».

(87) D. Lafay, *Pour une véritable communauté humaine*, L'aube, 2017.

(87 bis) Sur la RSE et ses outils, C. Vanuls, *Travail et environnement. Regards sur une dynamique préventive et normative à la lumière de l'interdépendance des risques professionnels et environnementaux*, PUAM 2014, p. 137 et s.

(88) C. trav., art. L. 2262-14.

(88 bis) V. aussi, le colloque organisé par l'Université Paris 8, le 12 décembre 2017, sur « Les ordonnances Macron et les normes supra-légales » (Lexradio.fr).

(89) CE, 7 déc. 2017, n° 408.379 (l'article L. 2254-2 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, n'est pas contraire à la convention n° 158).

imaginative) des juristes en charge de la défense des intérêts des salariés pour les y déposer. Ils devront, pour ce faire, mobiliser toutes les ressources de l'interprétation pour faire barrage – autant que faire se peut – aux dispositifs les plus dangereux. Ainsi, la notion de « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* », dont use l'article L.2254-2 du Code du travail, devra, par exemple, être « travaillée » avec application pour contenir l'extension sans limite des accords collectifs que le texte supporte. Un investissement lourd devra également être fait sur le terrain de la catégorie « libertés fondamentales », dont on sait qu'elle permet d'échapper à la prison du barème. En revanche, il faudra sans doute éviter (pour s'évader de la geôle) de gonfler artificiellement les catégories de harcèlement moral ou sexuel, sauf à prendre le risque de jeter sur elles (et sur ceux qui en sont les victimes) un voile insupportable de suspicion... C'est le droit de la responsabilité civile qui devra aussi, sans doute, être mobilisé pour tenter d'organiser la grande évasion de la geôle tarifée (90). La Chambre sociale de la Cour de cassation, elle-même, a montré la voie dans ses importants arrêts du 21 septembre 2017 (n° 16-20.103 et n° 16-20.104) (91) (appliquant par anticipation les règles nouvelles issues de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations). C'est qu'on peut voir, dans ce retour à l'orthodoxie juridique – dont la réforme du droit des contrats semble, en réalité, plus prétexte qu'impérieuse raison – et au droit de la responsabilité extracontractuelle, le moyen pour la Haute juridiction de libérer l'appréciation judiciaire du préjudice subi par le salarié victime d'une rétraction précipitée (avant le terme fixé dans l'offre ou avant la fin d'un délai raisonnable de la proposition patronale (92)) d'une offre d'embauche des rigueurs du barème (93) (mais non sans priver le salarié, ayant par exemple démissionné de son précédent emploi, de ses allocations chômage). Rigueurs auxquels l'ancienne position jurisprudentielle (94) (l'offre de contrat – dans une version relativement édulcorée – vaut contrat de travail et, par contrecoup, la rétractation de l'offre s'analyse en un licenciement) l'aurait irrémédiablement soumis.

Ce pourrait également être l'occasion de remettre en discussion judiciaire, la position – aussi ancienne

qu'étrange – de la Chambre sociale de la Cour de cassation selon laquelle le licenciement du salarié malade n'est point discriminatoire (et donc nul), alors même que l'employeur ne peut faire état d'un trouble au fonctionnement de l'entreprise et d'une nécessité de remplacement définitif (95). D'autres notions, classiques, pourraient également être réinvesties pour s'opposer aux aspects les plus régressifs des réformes en cours. On pense, évidemment, en différents champs, à la notion de fraude. Il conviendrait sans doute d'explorer plus avant la notion de déséquilibre significatif, dont on sait qu'elle s'est évadée du droit de la consommation et du droit commercial pour faire son apparition dans le droit commun des contrats (C. civ., art. 1171). Certes, sa mobilisation suppose le constat préalable d'un contrat d'adhésion... Mais n'est-ce point, par exemple, ce qu'est exactement l'accord collectif dans les entreprises de moins de 11 salariés (C. trav., art. L. 2232-21) ?

Arrêter le train.... Il le faut. Non pas pour sauver le droit du travail ou, du moins, un certain droit du travail ; mais pour sauver la dignité de l'Homme au travail. La sauver avant que le train fou n'entraîne tous ses passagers, et l'Humanité – leur Humanité – au fond du gouffre !

**Patrice Adam**

(90) B. Bauduin, J. Dubarry, « Fallait-il lire les promesses d'embauche au prisme du nouveau droit commun des contrats », D. 2017. 2289 : « peut-être le juge sera-t-il tenté d'admettre la réparation, sur ce fondement [celui du droit de la responsabilité civile], de préjudices distincts de la perte de l'emploi, qui étaient antérieurement considérés comme étant réparés par le versement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

(91) G. Loiseau, « Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail », JCP S, 14 nov. 2017, 1356 ; L. Malegat, « La fin de la promesse d'embauche valant contrat de travail : retour précipité à l'orthodoxie civiliste », Dr. Ouvr. 2018, p. 30.

(92) C. civ., art. 1116.

(93) Il résulte cependant de l'article 1116, alinéa 3 du Code civil la réparation du préjudice ne saurait englober « la perte des avantages attendus du contrat ».

(94) Cass. Soc. 15 déc. 2010, n° 08-42.951, RDT 2011. 108, n. G. Auzero.

(95) Cass. Soc. 16 juill. 1998, n° 97-43.484 ; Cass. Soc. 27 janv. 2016, n° 14-10.084.