

ORDONNANCES MACRON

LIBERTÉ CONTRACTUELLE : EL DORADO OU FAR WEST ?

Introduction : Le Code du travail – La ville fantôme

Travail et liberté contractuelle, une mise en perspective

par Marie-Laure MORIN, ancienne Directrice de recherche au CNRS,
ancienne Conseillère à la Cour de cassation

PLAN

I. Contrat individuel de travail, du statut de l'emploi au partage du « risque de l'emploi »

- A. L'histoire : la protection contre le licenciement élément du statut de l'emploi
- B. Les ordonnances, une nouvelle répartition du risque de l'emploi dans le licenciement
- C. Des possibilités d'action juridique

II. La liberté de négociation collective : de l'acte règle à l'acte de gestion

- A. L'histoire, l'accord collectif un acte règle limitant la concurrence sociale
- B. Négociation collective et pouvoir unilatéral de l'employeur : la question du référendum
- C. Les accords de compétitivité-emploi, des accords de gestion

Ce changement se traduit par un ensemble de mesures qui transfèrent une part du risque économique, spécialement le risque de l'emploi, sur les salariés (objectif que le Président de la République, alors ministre de l'Économie, faisait déjà sien en soulignant que les salariés ne prenaient pas assez de risque). On peut, en effet, considérer le régime juridique d'ensemble du contrat de travail comme

constituant, au sens économique du terme, une « convention » de partage de risques (5). La « *législation protectrice de l'emploi* », comme la désigne l'OCDE (6), est évidemment un élément majeur de ce partage entre l'employeur, le salarié, mais aussi la collectivité. Les ordonnances accentuent là, sinon achèvent, le changement engagé par les réformes successives de la négociation collective, donnant

Objectifs des ordonnances

Les ordonnances en cours de ratification ont deux objectifs économiques principaux :

- accroître la flexibilité du marché du travail en facilitant les licenciements, au motif que cela faciliterait les embauches ;
- sous couvert de dialogue social rénové, transférer à la négociation collective des domaines relevant jusque-là de l'ordre public, pour « libérer » les possibilités d'adaptation des entreprises aux réalités du marché par une négociation décentralisée s'imposant au contrat individuel de travail.

L'intervention de D. Méda (1) a souligné les attendus économiques de cette réforme. Ils conduisent, à notre sens, à une transformation du paradigme qui préside à l'ordonnancement juridique des relations de travail (2) (i.e. le droit du travail). Le droit du travail procède traditionnellement de l'inégalité juridique, consubstantielle au contrat de travail subordonné. C'est pourquoi son objet principal est la protection du salarié, assurée par des règles d'ordre public et la reconnaissance de droits collectifs permettant de dépasser cette inégalité. Les ordonnances font du droit du travail un droit prioritairement au service de la compétitivité des entreprises, censée favoriser l'emploi, c'est-à-dire un droit instrumental au service de finalités économiques (3) : « en même temps » qu'il protège le salarié, il légalise, en effet, les conditions économiques et sociales de l'usage de la force de travail (4). Mais le changement de la finalité du droit du travail, dont procèdent les ordonnances, semble faire fi de cette inégalité essentielle du contrat de travail, ce qui a évidemment des conséquences sur les principes fondamentaux qui structurent ce droit.

(1) Dans ce numéro.

(2) M. Le Friant, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, l'ordonnancement juridique des relations de travail. D. 1998, p. 359.

(3) T. Sachs, « La raison économique en droit du travail : la raison pluraliste », RDT, 2011, p. 550 et p. 618.

(4) F. Collin, R. Dhoquois, P. H. Goutierre, A. Jeammaud, G. Lyon-caen, A. Roudil : Le droit capitaliste du travail, PUG, 1980.

(5) Sur cette approche, M.-L. Morin, « Partage des risques et responsabilité de l'emploi », Dr. Soc. 2000, n° 7/8, pp. 730-738.

(6) D. Méda, *ibid.*

progressivement la priorité à l'accord d'entreprise depuis 2004, ainsi que par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 (7) introduisant les premiers accords de préservation de l'emploi.

Travail marchand et principes du droit du travail

Une perspective longue sur les changements du travail et du droit du travail peut permettre d'apprécier les objectifs précis de la réforme et son adéquation à la situation présente. A. Supiot, explorant « Où va le travail » (8), retrace cette perspective ; suivons-le. Rappelons d'abord avec lui que le travail, objet du droit du travail, est le « travail marchand », dont le développement est corrélatif au système capitaliste. Il s'agit du travail « en acte », qui peut faire l'objet d'un contrat libre, alors même qu'il ne peut pas être dissocié de la personne (9), ce qui est la donnée première du droit du travail.

Le capitalisme marchand initial repose, en effet, sur la libération du travail qu'autorise la technique contractuelle ; marqué par la fiction de l'égalité contractuelle, il a toujours utilisé diverses formes de travail au profit d'autrui (louage d'ouvrage, louage de service) (10). À partir de la fin du XIX^{ème} siècle, le développement du capitalisme industriel a été caractérisé, au plan juridique, par la définition de la subordination comme critère du contrat de travail (retenu par opposition à la dépendance économique, parmi les diverses formes de travail au profit d'autrui (11)). L'adoption de ce critère traduit la mise en place progressive d'une organisation productive fondée sur la grande entreprise intégrée qui s'est développée avec le fordisme. Les travailleurs, exerçant leurs fonctions désormais dans l'usine, sont pris dans l'engrenage de la chaîne, sans autonomie individuelle, au sein de collectifs de travail placés sous une direction unique (ce que le droit du travail a dénommé « entreprise »). La protection de l'emploi (compris comme un poste dans une organisation dont le salarié est titulaire et comme l'utilisation de la personne dans ce poste) a alors accompagné la montée de la société salariale (subordination contre sécurité). Parallèlement, l'assu-

rance contre les risques sociaux s'est développée (12) pour faire face à la précarité de la condition salariale. L'ensemble de cette construction s'est faite dans des cadres nationaux.

Le changement en cours depuis 40 ans, à la faveur du tournant néolibéral du début des années 80, a sensiblement bousculé ce modèle. Les facteurs en sont connus : la mondialisation a conduit à la transformation des formes d'organisation d'entreprise (sous-traitance, réseaux etc.) et à l'émergence de groupes multinationaux mettant en concurrence les marchés nationaux ; le développement de la robotisation, et aujourd'hui de l'économie numérique, a modifié les process de travail et fait surgir une économie de service (délocalisable). Enfin, la financiarisation des entreprises, sous l'effet du choc néolibéral a, depuis les années 90, conduit à l'évaluation des entreprises quant à leur valeur de marché sur le marché boursier, en privilégiant la création de valeur pour l'actionnaire ; il en résulte une économie court termiste, déséquilibrée et inégalitaire, sous la menace permanente de marchés boursiers instables, dont la crise de 2008 a montré les dangers. Dans ce contexte, le régime du travail est marqué par des exigences de flexibilité et de baisse des coûts, sinon de dévaluation sociale (13), sans cesse croissantes ; les formes de management mises en œuvre ont pour finalité l'adaptation permanente des entreprises, au prix de restructurations fréquentes et de mises en concurrence internes : définition d'objectifs de travail à atteindre, exigences de compétence et d'autonomie renforcée par des techniques d'incitation et d'évaluation des performances ; le travail est programmé (ou reprogrammé) comme on programme un ordinateur (A. Supiot, préc.)

De nombreuses réflexions sur le devenir du travail « au-delà de l'emploi » (industriel) ont accompagné ces changements depuis le milieu des années 1990 (14). Pour autant, si effectivement le régime de travail tel qu'il s'était développé à l'ère du capitalisme industriel change, son caractère marchand, lui,

(7) Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

(8) A. Supiot, « où va le travail », 18 avril 2016, une conférence proposée par les Amis du Monde Diplomatique <https://www.youtube.com/watch?v=qmBUKqJSFBM> ; et déjà il y a 20 ans : ss la direction de A. Supiot, *Le travail en perspective*, LGDJ 1998.

(9) M. Fabre-Maignan, « Le contrat de travail défini par son objet » in A. Supiot 1998, préc., p. 101.

(10) On retrouve aujourd'hui, à l'heure de « l'ubérisation », des formes de louage d'ouvrage existant au XIX^{ème} siècle, M.-L. Morin : « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », in A. Supiot, 1998, préc., p. 125 B. Gazier, *Tous Sublimes, vers un nouveau plein emploi*, Flammarion, 2003.

(11) M. Fabre-Maignan, préc. Cette auteure relève que la subordination est moins le critère du contrat de travail, que la conséquence de l'obligation de fournir le travail (*prestare*) à autrui, objet du contrat de travail : l'employeur s'appropriant directement les fruits du travail (le travail au profit d'autrui) doit pouvoir diriger celui-ci. Dans l'usine fordiste, cela prend la forme d'ordres et de directives sur la réalisation pratique du travail inséré dans la chaîne. Mais la fourniture de travail au profit d'autrui peut prendre des formes extrêmement diverses.

(12) F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986 ; Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard, 1995.

(13) Pour une analyse des ordonnances comme une politique de dévaluation sociale, A. Lyon-Caen, *Le monde du 2 octobre 2017*, « Les ordonnances portent une profonde dévaluation sociale ».

(14) A. Supiot et a., 2^{ème} éd. Flammarion, 2016.

demeure, de même que le lien juridique qualifié de « subordination » lié au fait que le travail est réalisé au profit d'autrui, même si les vecteurs de la subordination se modifient (15). La déclaration de Philadelphie (1944), incluse dans la Constitution à l'OIT, selon laquelle « le travail ne devrait pas être une marchandise » et qui fonde l'affirmation de droits fondamentaux de la personne au travail, demeure donc toujours actuelle (16). À l'heure où les exigences du « marché du travail » envahissent la définition des politiques publiques, le respect de ces droits, affirmés nationalement ou internationalement, est plus que jamais nécessaire ; ces droits sont d'ailleurs toujours en vigueur.

Or, les ordonnances, loin de répondre aux défis rappelés ci-dessus (17), et faute de prendre réellement en compte l'inégalité du contrat de travail, semblent bien les bousculer. Cinq principes essentiels du droit du travail (tels qu'énoncés en droit français) nous paraissent ainsi mis en cause : la liberté contractuelle (dans le contrat de travail subordonné), le principe de participation (droit à la négociation collective et à la participation à la gestion des entreprises), la liberté syndicale, la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi. En tout cas, l'équilibre entre ces différents droits et libertés est fortement modifié par les ordonnances.

La liberté contractuelle dans les ordonnances

La notion de liberté contractuelle, sous l'égide de laquelle ce colloque est placé, n'apparaît pas comme telle dans cette réforme, tout au moins la liberté contractuelle du droit civil. En revanche, la réforme témoigne d'une étonnante confiance dans les vertus supposées du « contrat » : non pas tant du contrat civil, créateur d'obligations réciproques, que de l'accord entre parties, pris comme modèle de relations sociales, selon le principe libéral « qui dit contractuel dit juste » (18). Or, cette confiance ne peut

être justifiée qu'à condition d'examiner quels sont les acteurs de ces accords et comment l'équilibre de leurs relations s'organise. Or, ici, c'est de relations professionnelles dont il est question, la technique contractuelle n'en est qu'un élément (19).

La liberté contractuelle civiliste ne permet pas, d'ailleurs, de rendre compte des ordonnances :

– la liberté civiliste du contrat individuel de travail est plutôt malmenée, qu'il s'agisse de la modification du contrat par les accords de compétitivité ou de la barémisation des dommages-intérêts pour licenciements sans cause réelle et sérieuse, bien éloignée des principes de la responsabilité contractuelle. En réalité, il y a dans la réforme un silence pesant sur l'inégalité caractéristique du contrat de travail ;

– la confiance des ordonnances s'adresse principalement à l'accord collectif d'entreprise, qu'il s'agisse de la priorité de principe qu'il acquiert dans la hiérarchie des accords, de l'effet des accords de compétitivité sur le contrat individuel ou de la rupture conventionnelle contractuelle. Pour justifier le développement de la négociation d'entreprise, cela fait 30 ans que l'on en appelle à la supériorité du « contrat collectif » sur la loi pour assurer l'adaptation du régime du travail aux transformations contemporaines. Mais le « contrat » dont il s'agit relève précisément du champ des relations professionnelles, qui appelle des approches pluridisciplinaires (histoire, sociologie, économie, droit, sciences politique), par trop ignorées en France (20), et non réductibles à une seule approche, qu'elle soit juridique ou économique. Dans ce champ, la liberté juridique de négociation collective affirmée tant au plan international (21) qu'en droit interne par l'article 8 du préambule de la Constitution, n'est pas une simple liberté contractuelle civiliste. En droit français, notamment, l'accord collectif a une fonction réglementaire (effet impératif sur le contrat de travail, plus effet *erga omnes* dans le champ de l'accord). Bien que la procédure de négociation collective emprunte

(15) C'est la raison pour laquelle A. Supiot propose de retenir aujourd'hui la dépendance économique comme critère du contrat de travail, compte tenu du caractère très étroit de la définition jurisprudentielle de la subordination : A. Supiot, « Et si l'on refondait le droit du travail, Pour une réforme digne de ce nom », le Monde Diplomatique, Octobre 2017 ; E. Dockes, Proposition de Code du travail, Dalloz, 2017.

(16) On peut donc regretter que, lors de la discussion de la loi *El Khomri*, toute référence à ces principes fondamentaux ait disparu.

(17) A. Supiot, 2017, préc.

(18) V. La contribution de P. Lokiec dans ce numéro.

(19) Le concept de « relations professionnelles » est apparu dans les années 50 aux USA. Il a été acclimaté en France, notamment par J.-D. Reynaud : Les syndicats les patrons et l'État, tendance de la négociation collective en France, éd. Ouvrière 1978 ; Les règles du jeu, l'action collective et la régulation sociale, A. Colin, 1989. Il désigne l'ensemble des relations qui se nouent entre

les syndicats et les salariés, le groupement d'employeurs et leurs membres, les relations entre les groupements patronaux et syndicaux et celles de ces groupements avec l'État dans la régulation des relations de travail. Le régime des relations professionnelles est caractéristique de l'état de la démocratie sociale dans un pays donné.

(20) Elles constituent une discipline dans de nombreux pays développés, alors qu'elles demeurent éclatées en diverses disciplines en France, ce qui les marginalise et peut expliquer nombre de difficultés, dont la prédominance aujourd'hui de l'analyse purement économique de ces relations, à l'exclusion de toute autre dimension.

(21) Conventions 87 et 91 de l'Organisation internationale du travail sur la liberté syndicale et la liberté d'organisation collective ; art. 11 de la Conv. EDH. Rappelons que la liberté syndicale et la liberté de négociation collective sont des droits fondamentaux aux sens de la « Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail » de 1998.

des règles importantes à la liberté contractuelle (22), elle obéit, pour cette raison, à des règles propres. La liberté de négociation collective est, dans notre pays, d'abord « une liberté de créer des règles » (23). Cette liberté ne se définit pas tant par opposition à l'ordre juridique étatique qui la reçoit (24) que par rapport au « pouvoir » unilatéral du chef d'entreprise, qu'elle a bien pour objet de limiter par des règles collectives minimales, « *sauf clause plus favorable* » selon le modèle historique français (25).

Or, si les ordonnances manifestent une grande confiance dans la négociation collective, « en même

temps », elles semblent en méconnaître les fondements juridiques et la finalité historique, au risque de fragiliser la confiance que les salariés peuvent placer en elle et dans les syndicats qui en sont les agents.

Dans une perspective historique, et pour apprécier l'importance du changement potentiel apporté par les ordonnances à l'ordonnement des relations de travail et aux principes qui les gouvernent, on examinera donc successivement les transformations qu'elles introduisent dans le droit du contrat individuel de travail, d'une part, et celui de la liberté de négociation collective, d'autre part.

I. Contrat individuel de travail, du statut de l'emploi au partage du « risque de l'emploi »

On présente, à juste titre, le droit de la rupture du contrat de travail comme la pointe de la toupie que forme ce droit (26) ; lorsqu'on évoque la législation protectrice de l'emploi, c'est principalement des modalités de rupture du contrat de travail dont il est question. La réforme a pour objet de la faciliter. Deux points sont principalement en cause : le licenciement et la rupture conventionnelle collective.

Les principes qui gouvernent le droit du licenciement sont, d'une part, la liberté d'entreprendre, d'autre part, le droit à l'emploi que le Conseil constitutionnel ajuste selon la formule aujourd'hui classique (27) : « *Il incombe au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre. Il lui incombe également d'assurer la mise en œuvre de ce droit, tout en le conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.* »

Dans cette difficile recherche d'équilibre, le Conseil constitutionnel admet que le législateur puisse invoquer l'intérêt général (28), qu'il ne contrôle pas.

On sait que la protection contre le licenciement figure aussi dans divers textes internationaux liant la

France, spécialement la Convention 158 de l'OIT et la Charte sociale européenne de 1961 (révisée en 1996), qui pose explicitement le principe de la protection contre le licenciement (29).

A. L'histoire : la protection contre le licenciement élément du statut de l'emploi

Cette protection est devenue un élément du « statut » de l'emploi, au fil d'une histoire assez longue qui a rompu avec la logique contractuelle civiliste initiale.

Le capitalisme marchand

Le Code civil de 1804 ne s'intéressait au contrat de travail que de façon très brève en distinguant, à l'article 1779, le louage d'ouvrage, le louage des gens de service et le louage de voituriers. L'article 1780, relatif à la rupture du louage de service à durée indéterminée, indique qu'il peut cesser par la volonté unilatérale de l'une des parties. Cette règle, commune à tous les contrats à durée indéterminée, est le prix de la liberté des parties, placées sur un pied d'égalité. Une première loi de 1890 a précisé qu'il pouvait y avoir un abus du droit de rupture ; la Cour de cassation en a déduit, de façon civiliste, que le salarié devait apporter la preuve de la faute de l'employeur.

(22) P. Durand, « Le dualisme de la Convention collective de travail », *Rev. Trim. de Dr. Civ.* 1939, p. 353.

(23) Selon la formule lumineuse de J. Rivero, « La convention collective et le droit public français », *Revue économique*, 1951, p. 15.

(24) Par l'effet de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution.

(25) Mais aussi en Allemagne.

(26) Qu'elle ne « tourne plus rond » et la toupie s'effondre. P. Lokiec dans ce numéro.

(27) Employée en dernier lieu dans CC 20 octobre 2017, QPC n° 2017-665.

(28) CC. 5 août 2015, DC 2015-715.

(29) J. Mouly, « Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le comité des droits sociaux », *Dr. Soc.* 2017, p. 745.

Le passage au capitalisme industriel : définition de la subordination et prémisse d'un statut de l'emploi

La loi du 19 juillet 1928 a rendu obligatoire le préavis d'usage et obligé le juge, en cas de litige, à mentionner le motif de la rupture, ce qui n'a rien changé pour la Cour de cassation : il fallait non seulement démontrer que le motif apparent était faux, mais encore que le vrai motif était abusif. Mais ce texte a posé la première pierre du concept d'emploi stable introduisant à l'article L. 23, alinéa 8 du Code du travail (30), l'obligation de maintenir le contrat de travail en cas de changement d'employeur : le contrat de travail, et donc l'emploi du salarié, sont ainsi attachés à l'organisation productive. C'est également en 1928 que seront créées les premières assurances sociales et quelques années après que le critère de la subordination sera dégagé par la Cour de cassation dans un arrêt de 1931 (31).

La construction du droit du licenciement a été ensuite complétée par la loi du 19 juillet 1958 sur le licenciement, obligeant au respect d'un préavis légal de licenciement distinct du préavis de démission (défini par les usages). De cette distinction, G.H. Camerlynck, dans un article séminal en 1958 (32), déduit le passage « *De la notion civiliste de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement* ». Il n'y a plus de réciprocité contractuelle, licenciement et démission ne sont plus équivalents. L'assurance-chômage a été créée dans le même mouvement par une ordonnance de 1958 au profit des seuls salariés privés *involontairement* d'emploi. L'extension de l'assurance-chômage envisagée aujourd'hui au profit des démissionnaires ne signifie-t-elle pas l'affaiblissement de la distinction ? Pour le salarié, qu'il démissionne ou qu'il soit licencié, les conséquences seraient donc désormais les mêmes : dans tous les cas, il devra assumer le risque de l'emploi sur le marché du travail dans des conditions semblables, peu importe qui a pris l'initiative de la rupture du contrat !

L'indemnité légale de licenciement a, pour sa part, été rendue obligatoire par une ordonnance de 1967. Elle était déjà prévue par nombre de conventions collectives. Des discussions de l'époque sur sa nature juridique, on peut lire, dans le traité de Camerlynck

de 1968 (33), qu'il ne s'agit pas d'un salaire différé, mais d'une indemnisation du risque de l'emploi que le licenciement fait peser sur le salarié. Indemnisation forfaitaire, au demeurant fonction de l'ancienneté. La loi du 13 juillet 1973 achèvera la protection du licenciement en imposant une procédure préalable, l'obligation d'énoncer la cause réelle et sérieuse et les modalités du contrôle du juge. La rupture sans cause réelle et sérieuse est le résultat d'une faute de l'employeur qui appelle l'indemnisation du préjudice ; la sanction minimale de 6 mois de salaire correspondait alors à la durée du chômage prévisible ; il s'agissait donc bien à la fois d'une sanction et d'une indemnisation intégrale.

B. Les ordonnances, une nouvelle répartition du risque de l'emploi dans le licenciement

1. La « barémisation » des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (34)

transforme la nature de l'indemnisation. Il ne s'agit plus de dommages-intérêts réparant l'intégralité du préjudice subi du fait de la faute de l'employeur, selon le régime classique de la responsabilité contractuelle.

La ministre du Travail a justifié, en effet, la réforme en soulignant qu'elle conférerait prévisibilité et sécurité à la rupture (pour l'employeur surtout). Ce registre de justification n'est pas celui, juridique, tiré de la réparation de la faute, c'est un registre économique, fondé sur une analyse par ailleurs très critiquée, car jamais démontrée empiriquement (35), selon laquelle l'insécurité (judiciaire) de la procédure de licenciement devant le juge serait une cause du chômage. Même le Conseil constitutionnel s'y est référé pour justifier, au nom de l'intérêt général, le principe du barème qui permettrait d'assurer l'emploi du plus grand nombre (36) ! En réalité, si le barème apporte de la sécurité, comme le relève P. Lokiec, c'est parce qu'il permet de connaître à l'avance le prix de la violation de la loi (37). Il s'agit donc de connaître le prix du risque inhérent à l'acte de licenciement pour lequel l'employeur, titulaire du pouvoir de direction, bénéficie du privilège du « préalable ». Alors que ce privilège impliquerait qu'il en assume la pleine responsabilité, la fourchette d'indemnisation instaure un prix, celui, majoré, à payer par l'employeur qui, en

(30) Devenu L. 122-12, puis L. 1224-1, C. trav.

(31) Cass. Civ. 6 juillet 1931, p. 121, n. Pic.

(32) D. 1958 p. XXX.

(33) G.H. Camerlynck, Traité de droit du travail, T. I, Le contrat de travail, LGDJ 1968, p. XXX.

(34) C. Wolmark, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », Dr. Ouvr. 2017, p. 733 ; P. Adam, Libertés

fondamentales et barémisation, la grande évasion, RDT 2017, p. 643.

(35) V. la contribution de D. Meda dans ce numéro.

(36) CC 5 août 2015, préc. Est-ce à dire que le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé ce qui ne demeure qu'une analyse économique qui, comme toute analyse scientifique, mérite la discussion ?

(37) Selon l'analyse de P. Lokiec.

licenciant, fut-ce au mépris de la loi, veut s'exonérer complètement du risque de l'emploi du salarié, peu important la réalité du préjudice subi. L'indemnité judiciaire a donc, comme l'indemnité de licenciement, pour objet la couverture du risque de l'emploi que l'employeur fait peser (ici injustement) sur le salarié. D'ailleurs, tous les motifs propres à la personne du salarié, indépendants de l'emploi lui-même, sont exclus de l'application du barème, c'est donc bien du risque de l'emploi dont il est question.. Le barème ne relève donc pas de la nécessaire protection du salarié contre le licenciement (qui est celle de l'article 24 de la Charte sociale des droits fondamentaux des salariés). Au contraire, elle incite à licencier plus facilement, et c'est bien son objet. Le risque de l'emploi sera pris par le salarié et la collectivité, selon les règles de l'indemnisation du chômage qui doivent être réformées. Les protections seront-elles à la hauteur des risques pris par les salariés sur le marché du travail ? Pour l'instant, on ne le voit pas.

2. Les ruptures conventionnelles collectives (RCC)

Ce nouveau mode de rupture évite le plan de reclassement dans le licenciement économique, et spécialement le reclassement interne. Il a exactement le même effet : le report du risque de l'emploi sur les salariés « volontaires » pour bénéficier de cet accord.

L'obligation de reclassement a été créée par l'accord interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi du 19 février 1969, ultérieurement modifié. Cette obligation figure dans la directive sur les licenciements économiques de 1975, reprise dans la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998. Elle figure aussi dans les lois françaises sur le licenciement économique depuis les lois du 2 août 1989 et 27 janvier 1993. L'ensemble de ces textes font du licenciement économique un ultime recours après effort de reclassement, d'abord interne, puis externe, pour privilégier la protection dans l'emploi. En écartant le reclassement interne, la rupture conventionnelle collective supprime cette protection.

On sait que la validité du plan de départ volontaire « autonome » a été admis par la Cour de cassation sans que l'employeur soit tenu d'établir un plan de reclassement, mais à la condition que des licenciements économiques ne soient pas envisagés (38). La rupture conventionnelle collective s'inspire de

cette solution jurisprudentielle. Elle doit, par ailleurs, avoir des objectifs assignés en termes de suppression d'emplois, ce dont il résulte que la cause de la rupture du contrat du salarié volontaire est économique (39) ; pour autant, la RCC est exonérée de la procédure de licenciement pour motif économique, sinon du droit de regard du comité social et économique sur l'emploi qui fait partie de ses attributions essentielles. Et il a fallu un amendement à la loi de ratification, telle que votée en première lecture, pour que soit prévue la signature d'une convention individuelle de rupture et un droit de rétractation (40).

C'est donc un élément central du statut de l'emploi (procédure de licenciement pour motif économique et reclassement interne), construit au fil de l'histoire française et européenne, que la RCC écarte, moyennant, seulement une indemnisation financière et des mesures de reclassement externes. Une fois encore, le risque de l'emploi est reporté sur le salarié, moyennant le paiement d'un prix. Mais compte tenu de ses implications en matière d'emploi, la rupture conventionnelle collective est-elle réellement solide au regard des prérogatives des représentants du personnel dans cette matière (41) ?

Rupture conventionnelle individuelle, rupture conventionnelle collective, l'accord individuel ou collectif écarte le statut du licenciement. On ne va plus du droit unilatéral de résiliation au statut, mais du statut à l'accord de rupture

Compte tenu de la situation de subordination persistante du salarié, ce tournant implique que des garanties individuelles entourent le volontariat des salariés et les choix de l'employeur. Certes, il y a ici un contrôle de l'administration sur le contenu de l'accord de rupture conventionnelle collective, et une signature par des syndicats majoritaires est nécessaire, ce qui peut apporter certaines garanties, mais il n'y en a pas sur la mise en œuvre individuelle de cet accord, que le juge doit donc pouvoir contrôler.

C. Des possibilités d'action juridique

On se bornera ici à ouvrir quelques pistes, en attendant l'ensemble des contributions à ce colloque.

Dans le licenciement individuel, les techniques contractuelles de l'abus de droit sont toujours pertinentes, si l'on peut démontrer non seulement l'absence de cause réelle et sérieuse, mais aussi

(38) Cass. Soc. 29 octobre 2010, n°09-15.187.

(39) Au sens du droit européen, puisqu'il ne s'agit pas d'une cause inhérente à la personne.

(40) Projet de loi de ratification, votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 novembre 2017.

(41) R. Dalmasso, « La rupture conventionnelle collective, une chimère », Dr. Ouvr., novembre 2017, p. 149. Cet auteur souligne les risques de contrariété avec les directives européenne sur le droit à l'information et le droit de consultation sur les licenciements économiques.

la faute de l'employeur, c'est-à-dire l'illicéité du motif réel. Car on peut soutenir que la barémisation ne concerne que l'absence de cause et non pas le préjudice causé par le motif abusif réel, distinct de celui résultant seulement du licenciement sans motif valable.

S'agissant de la rupture conventionnelle collective, les ordonnances sont assez peu précises sur le contenu de l'accord qu'il appartient à l'administration de contrôler. Or, la validité de ces accords ne suppose-t-elle pas des garanties sur la procédure d'adhésion individuelle à l'accord de RCC qui permettent de

garantir le respect des droits fondamentaux des salariés susceptibles d'être mis en cause par une telle procédure (42) ? On songe ici au principe de non-discrimination, à celui du libre consentement et à la possibilité de rétractation, permettant d'assurer la protection de la partie faible au contrat de travail (droit commun des contrats d'adhésion). La constitutionnalité de la RCC pourrait être à ce prix. L'administration aura à assurer un contrôle des clauses de l'accord collectif de ce point de vue, mais sa mise en œuvre devra se faire sous le contrôle du juge judiciaire, qui aura à s'assurer du respect effectif de ces principes.

II. La liberté de négociation collective : de l'acte règle à l'acte de gestion

On sait que le contrat individuel de travail crée, d'une part, une relation contractuelle individuelle avec des obligations réciproques, d'autre part, place le salarié dans une collectivité de travail, sous la direction du chef d'entreprise, régie par un statut collectif (43). Ce statut peut être négocié et s'imposer *a minima* aux parties au contrat de travail ; il peut résulter aussi du pouvoir « normateur » du chef d'entreprise ou des usages. Dans l'ordonnancement (44) des relations de travail, les rapports entre les différents acteurs de l'entreprise sont donc construits autour des pôles suivants : contrat individuel, négociation collective, pouvoir de l'employeur (ou du chef d'entreprise), auxquels il faut ajouter l'action collective (syndicats, IRP, grève).

On analysera ici, à la lumière de l'histoire, deux des plus importantes innovations des ordonnances relatives à la négociation collective, qui modifient ses relations avec le pouvoir du chef d'entreprise et le contrat de travail : le référendum, essentiellement dans les petites entreprises, et les accords de compétitivité emploi (L. 2254-2 C. trav. nouveau).

Les droits fondamentaux concernés sont essentiellement le droit de participation, la liberté syndicale, le droit à l'emploi, auxquels il faut ajouter le principe de faveur entre le contrat de travail et l'accord collectif.

Les données de l'histoire sont ici encore essentielles pour comprendre les questions soulevées par ces réformes.

A. L'histoire, l'accord collectif un acte règle limitant la concurrence sociale

On le sait, la « convention collective », comme on la désignait initialement en France, s'est inscrite, dès l'origine, avec le syndicalisme, comme un droit collectif essentiel permettant de compenser l'inégalité du contrat de travail dans la détermination des conditions de travail. Mais de cet acte juridique original, il y avait, et il y a toujours, plusieurs conceptions possibles (45).

1. Préhistoire

Les racines de la construction française remontent au début du XX^{ème} siècle. La question posée était la suivante ; les syndicats ne représentant pas individuellement les salariés, comment faire alors pour qu'ils puissent négocier un acte qui régit l'ensemble de la collectivité de travail, tout en préservant la liberté individuelle dans le contrat de travail ? Deux conceptions se sont alors opposées. Une conception contractuelle : les syndicats représentent juridiquement les salariés, pour lesquels ils négocient les conditions du contrat de travail, ils stipulent pour autrui (mais autrui peut renoncer). Une conception réglementaire : l'accord collectif est un acte-règle original qui définit les règles minimales du travail dans l'ensemble considéré ; afin d'assurer la représentation de tous les salariés, qu'ils soient ou non syndiqués, les syndicats doivent être représentatifs de cette collectivité : ils ne représentent pas chaque salarié, mais l'intérêt collectif (46). Cette seconde conception est apparue

(42) De la même manière que la validité des accords de forfaits-jours, de nature à mettre en cause le droit à la santé du salarié, est subordonnée à l'existence de clauses nécessaires pour le garantir, sous le contrôle du juge.

(43) A. Jeammaud, Les polyvalences du contrat de travail, Études offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 299.

(44) M. Le Friant, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, 1998, préc.

(45) Que le droit comparé illustre.

(46) A. Groussier, Rapport au nom de la commission du travail chargée d'examiner le projet de loi relatif aux conventions collectives de travail, 1913 ; A. Lyon-Caen, « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in A. Jobert et a., Les conventions collectives de branche, déclin ou renouveau, Cereq Études 1993.

très tôt dans les travaux de la Société d'études législatives, en particulier dans le rapport *Groussier* ou sous la plume de L. Duguit. Dans la première conception, l'accord collectif vaut contrat individuel de travail, c'est un contrat collectif de travail (47) ; dans la seconde, accord collectif et contrat de travail sont deux actes juridiques distincts ; l'accord collectif, dans le prolongement de la loi, fixe les règles de base pour limiter la concurrence. Il a une fonction normative sur le contrat de travail (48).

La loi de mars 1919 est restée ambivalente. L'accord collectif signé par des syndicats ou des groupements avait pour objet la détermination des conditions de travail ; il avait un effet impératif (sur les clauses du contrat de travail contraires) pour les membres des groupements signataires, voire plus largement (conception réglementaire) ; mais on pouvait s'en dégager en se retirant du groupement ou en renonçant à la convention dans certaines circonstances (conception contractuelle). On constate en tout cas que, dès cette date, il y avait une distinction nette entre le contrat individuel et l'accord collectif, autour de la question de la préservation de la liberté individuelle.

2. la conception réglementaire l'emporte

La loi de 1936 a consacré la conception réglementaire de l'accord collectif avec, en corollaire, la nécessaire représentativité des signataires (représentativité appréciée alors de façon majoritaire, i.e. le syndicat représentant le plus grand nombre de salariés dans la branche). Grâce à la procédure réglementaire d'extension, la loi a permis d'étendre l'effet de la convention de branche à toute la profession et non aux seuls adhérents des groupements signataires, sans possibilité de démission. La loi a donc dû déterminer les relations entre la convention et les règles légales : la première doit respecter la loi d'ordre public, mais elle peut être plus favorable que la loi ; elle a également précisé les relations avec le contrat individuel, « *la convention s'impose, sauf clause plus favorable* », afin de préserver la liberté du contrat. Ces solutions seront reprises dans la loi de 1950, qui généralisera l'effet *erga omnes* aux conventions non étendues (Art. 31, 3^{ème} al. du Code du travail) (49).

Dans ce modèle historique, la convention est la loi de la profession qui prolonge les règles légales (les clauses obligatoires sont nombreuses). Cette idée, selon laquelle la loi fixe des principes légaux que l'accord met en œuvre en définissant les règles négociées adaptées aux professions, était apparue dès le rapport *Groussier*. Elle est expressément à la base de la loi de 1936 selon laquelle, par exemple, les salaires minimaux ou les possibilités de mettre en place des délégués du personnel devaient être prévus par les conventions collectives. Dès 1938, Paul Durand mettait en lumière « *le dualisme* » juridique de la convention collective, contractuelle dans sa formation, réglementaire dans ses effets. L'effet réglementaire est, depuis 1989, consacré par le Conseil constitutionnel sur la base du principe de participation.

S'agissant du monopole syndical, l'histoire a été plus heurtée. La loi de 1920 n'en instituait aucun pour permettre la conclusion d'accords avec des comités de grève. En 1936, le monopole des syndicats les plus représentatifs (représentant l'intérêt collectif de toute la profession) a été consacré pour les seules conventions susceptibles d'extension, le régime de 1920 demeurant, par ailleurs, en vigueur (50). Le monopole a été généralisé pour tous les accords collectifs en 1950 (51), la loi de 1920 ayant été abrogée en 1947.

La question de la portée constitutionnelle ou non du monopole syndical de négociation collective n'a été posée que tardivement au Conseil constitutionnel. Jusqu'en 1996, il n'y avait, en effet, pas de possibilité légale de négocier avec les institutions élues. Auparavant, le Conseil constitutionnel (au moins implicitement) avait été conduit à consacrer la force juridique du principe de participation dès 1977 (52) et à reconnaître la négociation collective comme un élément de ce principe en 1989 (53). Pour autant, cette dernière décision ne traite que des différentes formes de « concertation appropriée » relevant du principe de participation, sans se prononcer sur le monopole syndical.

Ce n'est qu'en 1996 que la question a été tranchée (54). Historiquement, lors de la rédaction du préambule, l'affirmation du principe de participation,

(47) C'est la solution du droit des États-Unis, et le contrat de travail individuel ne peut pas être plus favorable, car ce serait mettre en cause l'action syndicale.

(48) C'est la solution du droit allemand, fondé sur l'autonomie normative des partenaires sociaux, alors même qu'en théorie, la convention collective ne s'applique qu'aux syndiqués (patronaux ou salariés). Comme en France, le contrat individuel peut toujours être plus favorable.

(49) Sur la portée de cette évolution, M.-L. Morin, la loi du 11 février 1950, in *Le Crom, Deux siècles de droit du travail*, Éditions de l'atelier, 1998, p.192.

(50) Le régime de la loi de 1920 subsistant par ailleurs. Il a subsisté jusqu'à la loi du 11 février 1950.

(51) M.-L. Morin, 1998, préc.

(52) CC 5 juillet 1977, DC 77-79 ; V. Ogier Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, *Economica* 2003, n° 227 et 228.

(53) CC 25 juillet 1989, DC 89-257.

(54) CC 6 novembre 1996, DC 96383.

selon lequel « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », visait, en effet, d'une part, le rétablissement de la négociation collective suspendue pendant la guerre, d'autre part, de nouvelles formes de représentation des salariés à construire dans l'entreprise pour permettre la participation à la gestion discutée par le Conseil national de la résistance (55). Presque 50 ans plus tard, le Conseil a donc déduit de ce rattachement que le monopole syndical de négociation collective n'avait pas valeur constitutionnelle, même si, au regard du principe de la liberté syndicale, « *la négociation avec des élus ne doit avoir ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à cette liberté* ».

Cette solution n'était pas inéluctable. On aurait très bien pu déduire de la conjugaison du principe de la liberté syndicale et du principe de participation le caractère constitutionnel du monopole syndical. En tout cas, la construction française qui résulte des décisions du Conseil constitutionnel est très différente de celle qui résulte des conventions 87 et 98 de l'Organisation internationale du travail. Pour cette dernière, la liberté de négociation collective est une liberté rattachée prioritairement à la liberté syndicale. La négociation avec les élus, prévue par la Convention 135 de l'OIT, n'est possible qu'à défaut de toute possibilité de négociation syndicale. Le rattachement du droit de négociation collective à la liberté syndicale est aussi la solution retenue par la Cour EDH sur la base de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (56). Au regard de ces solutions internationales, l'interprétation donnée du principe de participation français – qui ne distingue pas nettement le droit de négocier collectivement (la détermination collective des conditions de travail) et la participation à la gestion – nous paraît à la source de beaucoup d'hésitations sur ce qu'est une négociation, qui traversent les ordonnances, témoignant ainsi de la difficulté d'accepter le fait syndical dans l'entreprise en France.

En tout cas, il résulte de ce bref rappel historique que la fonction de la convention collective dans notre pays a toujours été d'assurer à la fois l'égalité

de base de la condition des travailleurs dans la collectivité considérée (extension, puis effet *erga omnes*) et le respect de la liberté du contrat individuel qui peut toujours être plus favorable. Cet équilibre historique traduit la fonction protectrice et progressiste de l'accord collectif face à l'inégalité du contrat de travail. L'accord collectif a pour principale fonction, comme la loi d'ordre public, la limitation du pouvoir unilatéral de l'employeur qui trouve sa source dans le contrat de travail subordonné (57). Cet équilibre est d'ailleurs celui d'autres systèmes de négociation collective normative, comme le système allemand, dans lequel le contrat individuel peut aussi toujours être plus favorable (58) ; là-bas, l'accord collectif ne vaut pas non plus contrat de travail.

3. Conséquences juridiques

Condition de représentativité, effet erga omnes et effet réglementaire sont donc des éléments systémiques du droit de la négociation collective français :

- les syndicats sont les agents de la négociation collective dans l'intérêt collectif de la collectivité concernée ; ils ne représentent pas individuellement chaque salarié. Le critère de l'audience leur donne une plus grande légitimité, cela n'en fait pas pour autant des représentants des salariés au sens juridique du terme, c'est le propre de l'effet normatif de l'accord ;
- l'accord collectif, qui agit comme une loi, ne s'incorpore pas au contrat de travail et il ne peut pas le modifier (59).

- l'accord collectif laisse donc toujours entière la liberté du contrat dans le respect de la règle conventionnelle minimale. Le principe de faveur entre l'un et l'autre n'est pas une règle de solution de concours entre sources de règles régissant le contrat de travail (60), puisque l'accord régit le contrat et que, par définition, le contrat plus favorable respecte la règle minimale. Cette solution exprime la finalité historique de la fonction normative de la convention collective par rapport au contrat de travail : fixer des règles de base pour éviter le dumping social, tout en laissant sa liberté au contrat individuel. C'est pourquoi on peut soutenir qu'il s'agit d'un principe fondamental de la République à valeur constitutionnelle. Énoncé avant la Constitution de 1946, il traduit la façon dont la

(55) Sur la portée du préambule, l'article essentiel de J.Rivero et G. Vedel, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution », in « les problèmes économiques et sociaux de la Constitution du 27 octobre 1946 », Coll. Dr. Soc. Fasc. XXXI, 1947.

(56) CEDH Grande chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara* n° 34.503/97).

(57) Sur cette analyse de la négociation collective, G. Lyon Caen, « Critique de la négociation collective », Dr. Soc. 1979, p. 350.

(58) M.-L. Morin et P. Remy, « Dialogue sur l'articulation entre l'accord collectif et le contrat de travail », in, ss la direction de T. Sachs, La volonté du salarié, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2012, p. 285.

(59) En droit allemand non plus, l'accord collectif ne peut pas modifier le contrat individuel du salarié, son accord est nécessaire. P. Rémy, « les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne, un modèle pour le droit français », RDT 2012, p. 133 : il dément les analyses (erronées) du droit allemand faites par G. Cette et J. Barthélémy pour proposer ce dernier comme modèle.

(60) Comme il l'est entre la loi et l'accord ayant le même objet, ou entre deux accords entre eux. L'ensemble de ces instruments ont une nature normative, ce qui n'est pas le cas du contrat individuel.

négociation collective s'est construite en France avec une finalité propre.

– enfin, l'accord collectif, qui conclut une procédure de négociation entre l'employeur et les organisations syndicales, ne peut en aucun cas se confondre avec la décision unilatérale du chef d'entreprise prise après consultation ou accord des instances représentatives ou en fin de grève. La jurisprudence l'a bien compris, qui a assimilé tous les accords atypiques apparus dans les années 80 à des décisions unilatérales.

4. Conséquences sociologiques ou économiques

L'accord collectif à la française n'est pas initialement un moyen de gestion de l'entreprise. Il ne l'est devenu qu'avec le développement de la négociation dérogatoire dans l'entreprise depuis les lois *Aubry* (61). La négociation dérogatoire a, en effet, été utilisée comme moyen de gestion (62) pour faciliter l'adaptation des entreprises, principalement en matière d'organisation du travail, ce qui peut se comprendre. Compte tenu de la croissance continue du chômage, elle aboutit, 20 ans plus tard, à la promotion des accords dit de « compétitivité » : la négociation collective d'entreprise étant alors utilisée comme un moyen de développer la compétitivité des entreprises avec, pour objectif, leur bon fonctionnement, ou l'emploi (63), ce qui est autre chose.

Il y a, en effet, une différence juridique sensible entre l'accord dérogatoire et l'accord de compétitivité. L'accord dérogatoire n'a jamais modifié les relations entre l'accord collectif et le contrat de travail, il a seulement permis d'étendre le champ légal de la négociation, en rendant la loi supplétive vis-à-vis de l'accord collectif (ce qui, du même coup, écarte le principe de faveur). L'accord dérogatoire a ainsi une fonction d'adaptation à la diversité des situations, fonction de la négociation collective soulignée par le Conseil constitutionnel lui-même depuis longtemps (64). Si les nouvelles règles conventionnelles dérogatoires sont contraires aux dispositions du contrat individuel, le salarié peut donc prétendre au maintien de son contrat, sauf pour l'employeur à décider d'un licenciement pour motif économique, avec respect de la procédure correspondante et contrôle de la cause du licenciement. Mais il est vrai qu'à partir du moment où la négociation collective

n'était plus seulement une négociation d'avantages, le renforcement de la légitimité des syndicats signataires et des accords était nécessaire. Ce fut l'objet de la réforme de la représentativité syndicale par la loi du 20 août 2008 (65).

La négociation de « compétitivité », pour sa part, n'est pas seulement une négociation d'adaptation de l'organisation de l'entreprise, elle est un moyen de gestion de la main-d'œuvre en fonction des impératifs de compétitivité de l'entreprise, en écartant ceux qui ont un contrat de travail contraire ou refusent une diminution de salaire. C'est tout autre chose, car cela suppose de donner à l'accord un effet impératif inversé, qui justifie automatiquement le licenciement, pour briser la résistance du contrat individuel (66), fondé sur le fait qu'il est distinct de l'accord et peut toujours être plus favorable.

Il y a toujours eu des espèces et des variétés dans la famille des accords collectifs de travail. Il n'est donc pas étonnant que de nouvelles formes d'accords collectifs apparaissent, mais, compte tenu de la fonction et des effets particuliers des accords de compétitivité, contraires à ceux de l'accord collectif de droit commun, la question se pose de savoir si leur régime de négociation peut être le même comme celle de savoir quel peut en être le domaine. La discussion s'impose d'autant plus que les accords de compétitivité peuvent être conclus par la voie du référendum, même dans les entreprises dépourvues de toute représentation.

B. Négociation collective et pouvoir unilatéral de l'employeur : la question du référendum

Les ordonnances prévoient deux sortes de référendum : le référendum dans les entreprises où l'accord majoritaire est la règle ; le référendum dans les petites entreprises de moins de 11 salariés ou de moins de 20 salariés, en l'absence de toute représentation syndicale ou électorale.

1. Le référendum en l'absence d'accord majoritaire

Ce référendum peut être organisé à l'initiative de l'employeur, si l'ensemble des organisations signa-

(61) La loi du 13 novembre 1982 organise la négociation dans l'entreprise et instaure, en matière de négociation annuelle sur les salaires, quelques possibilités de dérogation ; l'ordonnance du 4 février 1982 sur la réduction de la durée du travail introduit les premiers accords dérogatoires en matière d'organisation du temps de travail.

(62) J. Barthélémy, « La négociation collective, outil de gestion des entreprises », *Dr. Soc.* 1990, p. 580.

(63) Selon la qualification que leur donne le Conseil constitutionnel : CC, 20 octobre 2017, QPC n° 2017-665.

(64) Cette fonction a été affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 juillet 1989, qui reconnaît la fonction réglementaire de l'accord collectif, DC 89-257.

(65) Après l'utilisation du droit d'opposition et de techniques majoritaires « modérées » de 1982 à 2004.

(66) G. Borenfreund, *Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne*, *Rev. trav.* 2013, p. 316 ; « La résistance du contrat de travail aux accords collectifs dérogatoires », *Dr. Soc.* 1990, p. 626.

taires (par définition minoritaires) ne s'y oppose pas. La principale critique constitutionnelle de ce référendum d'initiative patronale, tirée de l'atteinte à la liberté syndicale, a été écartée par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi d'habilitation (67) et celle rendue sur QPC à propos de la loi du 8 août 2016 (68). Il y retient, en effet, que l'organisation du référendum lui-même suppose un accord syndical à la négociation duquel toutes les organisations représentatives doivent participer (69).

2. Le référendum direct

Le référendum direct, c'est-à-dire la possibilité pour l'employeur de demander directement à ses salariés l'approbation d'un projet d'accord collectif qu'il a lui-même élaboré, est ouvert dans les entreprises de moins de 11 salariés, ainsi que dans celles de 11 à 20 salariés, en l'absence de membres élu du conseil économique et social.

Cette procédure suscite de nombreuses critiques de fond. Tout d'abord, la loi d'habilitation n'ouvrait cette possibilité que pour les accords déjà conclus et le Conseil constitutionnel n'a validé la loi d'habilitation que sous cette réserve (70). Or, à l'évidence, le projet soumis par l'employeur n'est pas un accord déjà conclu, à la différence de l'hypothèse précédente.

Au fond, le référendum est organisé sur un projet proposé par l'employeur et transmis 15 jours avant le vote aux salariés.

Même si les salariés peuvent discuter entre eux du projet, cette procédure n'organise donc pas une négociation avec échange d'informations, de propositions et de contrepropositions. Or telle est bien l'une des conditions de validité de la négociation lorsqu'elle peut avoir lieu avec des salariés mandatés ou avec les membres élus du conseil économique et social dans les entreprises de 11 à 50 salariés (L. 2232-29 nouveau, qui n'est pas applicable à la procédure référendaire). En l'absence de négociation, peut-il y avoir accord collectif ? La réponse est négative, sauf à autoriser toutes les confusions entre décision unilatérale de l'employeur et acte négocié.

Le même article L. 2232-29 rappelle que les élus ou les salariés mandatés chargés de négocier doivent

être indépendants de l'employeur. L'indépendance des négociateurs est, en effet, un élément de validité de l'accord, tant au regard de la Constitution que des conventions internationales. Or, à l'évidence, de simples salariés liés par un lien de subordination n'ont aucune indépendance par rapport à l'employeur.

Au demeurant, ils ne sont investis d'aucun mandat par leurs collègues pour représenter l'intérêt collectif, ils ne sont donc tenus que de leur seul intérêt individuel. On ne voit d'ailleurs pas quel mécanisme juridique permettrait de donner à la majorité le pouvoir de définir des règles qui vont s'imposer aux contrats de travail des autres salariés, sauf à construire juridiquement l'entreprise et, en son sein, le « personnel ». En France, l'entreprise n'existe pas juridiquement, la partie à l'accord collectif comme au contrat de travail est l'employeur. Du côté des salariés, qu'il s'agisse de négociation collective ou de la fonction des instances représentatives du personnel, seule la représentation de l'intérêt collectif est organisée par l'intermédiaire de représentants habilités juridiquement à le faire (71). Cette construction a sa source dans le principe de participation, selon lequel la représentation de l'intérêt collectif est assurée « *par l'intermédiaire de [leurs] délégués* ».

La nécessaire représentation de l'intérêt collectif de l'ensemble des salariés et la nécessaire indépendance des négociateurs qui, précisément, représentent cet intérêt impose donc que la négociation soit faite par l'intermédiaire des délégués visés par le principe de participation.

Faute de remplir les conditions d'un processus de négociation collective authentique, le projet de l'employeur ne peut que rester une décision unilatérale, qui ne peut pas produire les effets d'un accord collectif. Le projet de l'employeur est une offre de modification du contrat, que chaque salarié peut ou non accepter individuellement, sauf pour l'employeur à tirer, s'il le juge utile, et sous le contrôle du juge, les conséquences d'un refus.

La procédure référendaire directe est aussi problématique au regard du principe de la liberté syndicale. À l'évidence, elle n'incite pas à l'implantation de

(67) CC 7 septembre 2017, DC 2017-751.

(68) CC 20 octobre 2017, QPC n° 2017-665.

(69) Pour autant, les syndicats majoritaires n'ont pas vraiment moyen d'empêcher la tenue du référendum puisque l'accord d'organisation peut être signé par des syndicats représentatifs représentant 30% des salariés. La question mériterait en tout cas d'être posée à l'OIT au regard du principe de la liberté syndicale.

(70) Décision n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017, préc.

(71) Faut-il encore une fois rappeler que l'effet impératif de l'accord collectif est fondé sur la représentativité des organisations représentant l'intérêt collectif signataire de l'accord, et que le CES a pour mission d'exprimer cet intérêt collectif des travailleurs.

représentants syndicaux ou élus dans les entreprises de plus de 11 salariés. Mais, de plus, d'autres solutions préservant la fonction syndicale de négociation étaient envisageables. Si le mandatement syndical « ne marche pas », comme l'a prétendu la ministre du Travail (72), il était tout à fait loisible de se référer aux dispositions de l'accord de branche, lequel doit prévoir des clauses relatives aux petites entreprises. Le rapport *Combrexelles* proposait ainsi la négociation, par les branches, d'accords-ypes pour les PME, dont l'adoption aurait pu être soumise à référendum dans l'entreprise (73). La défiance par rapport aux organisations syndicales caractérise, en réalité, les ordonnances sur ce point majeur.

C. Les accords de compétitivité-emploi, des accords de gestion

Ces accords sont ceux qui soulèvent le plus de difficultés juridiques d'analyse et d'action juridique (74).

1. Vers un changement de modèle de négociation collective ?

Diverses décisions du Conseil constitutionnel ont validé des accords d'entreprise auquel le législateur a, depuis 2012 et l'amendement *Warsman*, donné des effets particuliers sur le contrat de travail (75). Accords de modulation sur l'organisation du travail, accords sur la mobilité, accords de préservation de l'emploi, puis accords de développement de l'emploi. L'objectif, dans tous les cas, est de faire en sorte que ceux qui refusent l'accord parce qu'il modifie leur contrat de travail puissent être licenciés pour cause réelle et sérieuse, sans avoir à déclencher la procédure de licenciement collectif pour motif économique (76). Le Conseil constitutionnel, dans sa dernière décision, a tout de même dit que le licenciement devait intervenir dans un délai raisonnable et que le juge devait toujours pouvoir être saisi, mais pour le seul contrôle de la procédure de licenciement.

L'objectif affiché des ordonnances était d'unifier ces solutions. Dans les faits, la réforme est beaucoup plus large et a pour effet, sinon pour objet, de créer un modèle alternatif d'accords d'entreprise doté d'un

effet impératif, qui permet d'écarter les salariés qui voudraient continuer à se prévaloir de leur contrat de travail plus favorable. En effet, selon le nouvel article L. 2254-2, non seulement l'objectif de l'emploi, mais aussi celui du bon fonctionnement de l'entreprise justifient qu'un accord collectif puisse aménager la durée, la répartition du temps de travail, la mobilité professionnelle et la rémunération, en se substituant aux clauses contraires du contrat de travail plus favorables. Ce mécanisme peut aller jusqu'à la remise en cause des salaires réels. La seule issue de ceux qui refusent la modification de leur contrat est le licenciement nécessairement justifié. Les contraintes sont faibles, les conditions de négociation sont les mêmes que celles de tout accord collectif (ils peuvent donc être adoptés par la voie référendaire) ; aucune contrepartie obligatoire n'est prévue (77), ils doivent seulement préciser leurs objectifs dans le préambule. Or, l'effet impératif négatif sur le contrat de travail constitue un véritable changement de modèle de négociation collective, sans pour autant qu'il y ait eu une réflexion sur la nature propre de ces accords et les garanties de négociation qu'ils appelaient. Ce changement de modèle procède de la conjugaison de deux techniques juridiques : la justification de la rupture en cas de refus du salarié d'un accord pris dans le supposé intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'emploi, justification qu'autoriserait le caractère majoritaire des accords. Mais cette conjugaison est hasardeuse, car ni l'un ni l'autre n'a la portée que les ordonnances semblent lui donner.

S'agissant du caractère majoritaire des accords, le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi du 8 août 2016 suggère que la représentativité des syndicats, désormais fondée sur l'audience, et le caractère majoritaire des accords pourraient justifier l'effet propre des accords de compétitivité. Est-ce à dire que l'accord collectif vaudrait contrat de travail et qu'il s'incorporerait à celui-ci en le modifiant ? Probablement pas. Car, dans le dispositif des accords de compétitivité, le salarié peut toujours refuser la modification du contrat qui résulte de l'application de l'accord. En apparence, le

(72) Conférence de presse du 31 août 2018. Ce fait reste à démontrer, car le mandatement existe depuis la loi du 12 novembre 1996 et a été généralisé par la loi *Fillon* de 2004.

(73) La mise à l'écart des syndicats apparaît d'autant plus patente que les commissions interprofessionnelles régionales représentant les TPE, nouvellement créées et qui auraient pu aussi avoir une fonction d'aide à la négociation (ou de validation des accords) pour les TPE, ont été supprimées par la réforme.

(74) Pour une analyse complète, P. Lokiec dans ce numéro.

(75) Notamment CC 20 octobre 2017, n°2017-665, s'agissant des accords conclus en vue de la préservation ou du développement de l'emploi ; Décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative

à la sécurisation de l'emploi, à propos des accords de mobilité (cons. 21) ; Décision 2012-649 DC du 15 mars 2012, à propos de l'amendement *Warsman* décidant que la mise en place de la modulation de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail, qui valide la loi au nom de l'intérêt général.

(76) Solution préconisée par le rapport de J.-D. Combrexelles, la Documentation Française, 2015.

(77) Il ne s'agit donc même pas d'accord dit « donnant-donnant », comme certains accords-emploi par le passé, dont l'inexécution pourrait être sanctionnée.

contrat est sauf. Le caractère majoritaire, qui donne un surcroît de légitimité à l'accord collectif, n'y change rien, surtout que l'accord peut être adopté par voie de référendum direct ou par un référendum faisant suite à un refus des syndicats majoritaires (78).

Pourtant, deuxième élément, c'est bien ce caractère majoritaire des accords qui semble justifier la solution retenue, s'agissant de la rupture du contrat. Dans les accords de compétitivité, c'est en effet au salarié récalcitrant à la règle collective qu'il appartient de dire non, et non à l'employeur lié par le contrat initial de proposer la modification du contrat. Une solution conforme au principe de la liberté contractuelle (le contrat oblige l'employeur aussi bien que le salarié) et à la règle selon laquelle le contrat peut toujours être plus favorable – auquel nous pensons qu'un caractère constitutionnel peut être reconnu – aurait été, comme pour les accords dérogatoires, que le contrat se poursuive jusqu'à ce que l'une des parties en propose la modification puisque, dans ce cas, le contrat plus favorable respecte l'accord collectif moins favorable (79), avec les conséquences nécessaires s'agissant de la qualification (économique) du licenciement et le contrôle de la cause de la rupture (80). De ce point de vue, le rapprochement avec les accords de compétitivité-emploi allemands qui ont inspiré le Gouvernement est éclairant. Si un tel accord est conclu avec un syndicat, l'accord doit respecter l'accord de branche et le contrat individuel peut toujours être plus favorable ; s'il est signé par le conseil d'entreprise et/ou soumis à référendum, cet accord n'a pas d'effet normatif et ne peut modifier le contrat (81). Il n'était pas interdit de s'inspirer aussi de la rigueur juridique allemande !

Quoi qu'il en soit, les accords de « compétitivité » transforment la fonction historique de la négociation collective en France, c'est-à-dire l'articulation fondamentale entre l'accord collectif et le contrat de travail. C'est pourquoi il est essentiel de poser la question de savoir si, dans les (seuls) rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail, que le premier régit, la possibilité d'un contrat individuel plus favorable a la nature d'un principe constitutionnel.

2. le champ de la négociation de gestion

La deuxième question concerne la définition légale du champ de ces accords, qui est en réalité indéterminé. Même si leur domaine est en apparence « limité » à la durée et l'organisation du temps de travail, la rémunération et la mobilité, les accords de compétitivité peuvent, en effet, être conclus non seulement dans l'intérêt de l'emploi, mais surtout pour le bon fonctionnement de l'entreprise. Ce dernier objectif, conjugué au domaine très large desdits accords, dont les garde-fous prévus dans les lois précédentes ont été supprimés, ouvre une voie sans limite à ces accords. Malgré les apparences et la réaffirmation du principe selon lequel le contrat peut être plus favorable. Il n'est donc pas vrai qu'il s'agisse seulement d'un régime d'exception. Et c'est bien là le problème.

Le Conseil constitutionnel a jusqu'ici validé ces accords (82), quel que soit leur objet réel, dans l'intérêt de l'emploi (individuel ou du plus grand nombre), non sans relever les limites légales qui leur avaient été fixées. Seuls les accords de modulation ont été validés au seul motif de l'intérêt général.

Compte tenu de l'ouverture, de fait, sans limite de la négociation dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise, la principale question est donc de savoir si ce motif légal est constitutionnel. Dans sa décision du 20 octobre 2017 relative à la loi *El Khomri*, le Conseil constitutionnel a considéré que « *le législateur entend favoriser le développement de l'emploi en permettant aux entreprises d'ajuster leurs organisations collectives afin de garantir leur pérennité et leur développement* ». Est-ce à dire que tout accord conclu dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise sera jugé bon pour l'emploi ? Ou faut-il considérer que bon fonctionnement de l'entreprise et emploi sont deux objectifs distincts, qui ne sont pas forcément synonymes (cf. les licenciements boursiers) ? Dans ce cas, le bon fonctionnement de l'entreprise peut-il être considéré comme un motif d'intérêt général ? Dans notre droit, et compte tenu de la définition de l'objet civil du contrat de société, le « bon fonctionnement » ne peut être apprécié que par rapport à cet objet ou

(78) Le référendum dans la loi *El Khomri* nécessitait une initiative syndicale, précisément pour que l'intervention syndicale puisse constituer une garantie réelle. Peu d'accords de compétitivité ont été conclus. L'ouverture du référendum à l'initiative patronale est donc un moyen de briser les résistances syndicales. La garantie majoritaire qui justifie ces accords en est donc singulièrement affaiblie.

(79) Dire, comme le fait le texte de l'ordonnance, que les dispositions de l'accord collectif se substituent aux clauses contraires du contrat de travail, avec l'effet automatique que cela comporte, c'est bien dire que le salarié ne peut plus se prévaloir de son contrat plus favorable, ce qui explique que, s'il veut le faire, il doive prendre l'initiative avec le risque d'un licenciement justifié.

(80) Si le seul objectif des ordonnances était d'éviter les conséquences de cette rigueur juridique, c'était prendre beaucoup de risque. En réalité, il s'agit bien de faciliter la mise en cause d'avantages antérieurs sous couvert d'accord collectif.

(81) P. Rémy, 2012, préc. Il y souligne, dans ce texte, que les rapports économiques français qui ont popularisé ces accords allemands procèdent d'erreur d'analyse juridique du système allemand.

(82) A. Fabre, « Inépuisable droit à l'emploi, qui justifie tout et ne protège rien », RDT, 2017 p. 720.

par rapport à l'intérêt du propriétaire de l'entreprise. Il s'agit donc d'une appréciation privée, qui relève, *a priori*, de la liberté d'entreprendre. S'agissant d'un accord, on peut admettre que l'objectif du bon fonctionnement de l'entreprise est celui poursuivi par la voie d'un compromis entre l'intérêt privé de l'employeur et les intérêts collectifs des salariés (dont l'appréciation est également privée). Mais il en est ainsi de toute négociation. En quoi le domaine des accords de compétitivité change-t-il quoique ce soit sur ce point, et donc en quoi le bon fonctionnement de l'entreprise dans ce domaine justifierait-il son effet particulier sur le contrat de travail, au nom de l'intérêt général, et pas pour les accords conclus dans les autres domaines ? Il le peut d'autant moins que l'utilisation de la technique référendaire, même subsidiaire, brouille la ligne de partage entre le pouvoir unilatéral de l'employeur et l'accord négocié. En réalité, pour admettre un tel effet sur le contrat de travail, qu'en soit la construction française de la négociation collective ne justifie pas, il faudrait que la négociation collective ne soit pas seulement une technique normative collective entre personnes privées, mais s'inscrive, en outre, dans une construction juridique de l'entreprise donnant à celle-ci un objet d'intérêt général et déterminant l'équilibre des pouvoirs en son sein, ce qui n'existe pas en droit français (83).

On le voit, la mise en place des accords de compétitivité, au-delà du bricolage juridique dont ils sont issus au départ, aurait dû conduire à une réflexion beaucoup plus large sur les relations collectives dans l'entreprise dans notre pays, que, manifestement, les ordonnances n'ont pas voulu conduire. Si l'on s'en tient au droit actuel, le principe de participation, on l'a dit, recouvre aussi bien la négociation collective

que la participation à la gestion ; l'objet des accords de compétitivité relève plus de cette dernière que de la négociation collective historique. Si cette voie avait été empruntée, il aurait fallu construire des articulations entre les accords collectifs relevant du droit commun de la négociation collective et ces accords particuliers propres à l'entreprise, ce qui aurait supposé, *a minima*, que leur domaine soit limité. Ce n'est pas ce qui a été fait. Ces accords, au domaine indéterminé, apparaissent et sont de fait une variété d'accords d'entreprise, dotés comme tels d'une primauté de principe. Ils risquent donc de marginaliser toute autre forme d'accord.

L'impasse faite sur la réflexion nécessaire à la construction juridique des accords de compétitivité, qui aurait supposé une réflexion sur l'entreprise, conduit ainsi à un changement de modèle de négociation, mais un changement implicite. Encore une fois, en Allemagne, d'une part, la cogestion et la codétermination procèdent d'une construction beaucoup plus aboutie de l'entreprise et de l'équilibre nécessaire des pouvoirs en son sein, et, d'autre part, la décentralisation de la négociation collective est contrôlée : que les « accords de compétitivité » soient conclus par un syndicat ou par le conseil d'entreprise, dans tous les cas, ils ne peuvent déroger aux règles d'articulation avec les accords de branche et le contrat de travail, ce qui permet de fixer les limites nécessaires. Bref, contrairement aux assurances de notre ministre du Travail sur le respect du modèle social français, les ordonnances le remettent bien en cause, et c'est pourquoi elles nécessitent un débat et un contrôle approfondis.

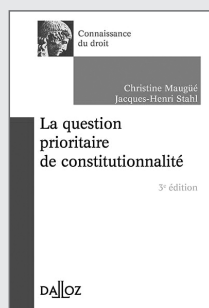
Marie-Laure Morin

(83) O. Favereau, B. Roger : Penser l'entreprise, nouvel horizon du politique, Les Bernardins, 2015. Pour l'organisation des rapports de travail, la voie de la négociation collective, fondée sur le compromis et l'accord entre intérêts divergents, et

la voie institutionnelle de la codétermination, qui suppose l'organisation des rapports de pouvoirs dans une institution dénommée entreprise, sont deux voies différentes qui peuvent se conjuguer.

LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Par Christine Maugué et Jacques-Henri Stahl



Le mécanisme de la « Question prioritaire de constitutionnalité » (QPC), qui permet à la suite de la révision constitutionnelle de 2008 la saisine par voie d'exception du Conseil constitutionnel, constitue, à bien des égards, une révolution juridique. Faisant disparaître ce qui demeurait du caractère incontestable de la loi, expression de la souveraineté nationale et des représentants du peuple, cette réforme complète le contrôle de constitutionnalité *a priori* tel qu'imaginé en 1958 et tel que le Conseil constitutionnel l'a fait vivre depuis les années 1970. Désormais la Constitution s'impose dans le prétoire.

Cet ouvrage propose une synthèse complète sur ce nouveau mécanisme, en le mettant en perspective, en présentant les règles de sa mise en œuvre et en rendant compte de ses applications depuis l'entrée en vigueur de la réforme le 1^{er} mars 2010.

Dalloz – Collection Connaissance du droit – 3^e éd. Novembre 2017
362 pages – ISBN 978-2-247-16925-2 – 12,90 euros