

Où va le droit du travail ?

par Michèle BONNECHÈRE,
Professeur émérite de l'Université d'Évry, Val d'Essonne

PLAN

- I. **L'architecture : la loi se déclare supplétive et délègue aux entreprises le soin de négocier le droit du travail**
 - A. La loi supplétive
 - B. Le droit du travail, droit de l'entreprise, de la firme
 - C. La place incertaine des « droits attachés à la personne »
- II. **Le modèle : une « refondation » éloignée de la perspective du travail décent**
 - A. Le droit du licenciement à réformer pour créer des emplois : en fait un affrontement brutal de deux conceptions
 - B. La bataille du contrat de travail
 - C. La santé au travail soumise à la flexibilité (?)

« Il ne faut légiférer que d'une main tremblante »

Montesquieu

La feuille de route serait tracée : réformer le droit du travail trop protecteur de ceux qui ont un emploi pour favoriser l'embauche de ceux qui frappent à la porte, devant se contenter de contrats très courts, ou d'une situation de chômage. En langage « moderne » (« rien ne serait pire que de ne rien faire » !), cesser de ne protéger que les « insiders » au détriment des « outsiders ». Le droit du travail, explique-t-on, « ne joue pas son rôle », celui de « concilier efficacité économique et protection des travailleurs ». Pourquoi cela ? En raison de la prolifération des textes réglementaires et la complexité du Code du travail.

Il faudrait donc « refonder » le droit du travail ? L'interrogation revient périodiquement (1), au rythme des débats sur « la crise du travail », « les mutations du travail ». Le procès du droit du travail était bien entamé au milieu des années 1980, un droit « rigide », « obèse », « surprotecteur », désigné déjà comme l'une des causes majeures de la situation de l'emploi. Cette idée qu'il faudrait modifier le droit du travail pour créer des emplois n'est pas apparue avec les rapports et analyses publiés en 2015 (2), en prélude à la loi « Travail » attribuée à Madame El Khomri. Il y a bientôt dix ans, un livre vert de la Commission européenne (3) avait déclenché, face aux résistances, le reproche émanant des partisans d'une « modernisation du droit du travail » d'être sur des bases de défense de ceux qui ont un emploi au détriment des précaires, des jeunes.

Ce qui est nouveau, c'est l'amplification jusqu'à la rupture (4). En doctrine, le thème de la modernisation du droit du travail se limitait, il y a une dizaine d'années, à des remises en cause ponctuelles : nouvelles embauches, jeunes travailleurs, aspects de la durée du travail, transitions sur le marché du travail. Il est question à présent d'un droit du travail inadapté par son architecture à la croissance économique, et du nombre des régulations trop pesantes, certains n'hésitant pas à invoquer un esprit de renaissance pour défendre la primauté de l'accord d'entreprise : la liberté à côté de l'égalité !

Nous sommes face, avec le projet annoncé et entamé, non pas seulement à de nouvelles règles sur le temps de travail, comme en 2008 (5), mais à un futur Code du travail tout entier refondu sur une

construction ne faisant plus du principe de faveur une clé de voûte, un principe inhérent à la rationalité du droit du travail, et donnant à l'accord d'entreprise un rôle premier. Projet que ses auteurs ont voulu justifier également par l'idée qu'une véritable métamorphose du travail contraint à des transformations. Mais, alors que sont évoquées dans l'exposé des motifs les interrogations des organisations internationales sur « l'avenir du travail » (lequel ?), aucun principe général d'action sur le travail n'est annoncé, et pour cacher cette vacuité, l'on met en avant la lutte contre « l'immobilisme »... manière de flatter l'opinion publique, faute de convaincre sur des perspectives.

Quant à la mondialisation, également mentionnée, elle ne donne lieu à aucune approche nouvelle.

(1) On se permettra de renvoyer à l'introduction du petit ouvrage *Le droit du travail*, M. Bonnechère, éd. La Découverte, coll. Repères, en 1997 et 2008.

(2) Rapport au premier Ministre, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, 2015, J.-D. Combrexelle ; *Rapport sur l'économie collaborative*, 2016, P. Terrasse ; *Le travail et la loi*, R. Badinter et A. Lyon-Caen, Fayard 2015 ; *Réformer le droit du travail*, rapport pour Terra Nova de G. Cette et J. Barthélemy ; rapport de l'Institut Montaigne sur la réforme du droit du travail, 2015.

(3) Livre vert de la Commission européenne, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^{ème} siècle*, communication du 22 novembre 2006.

(4) Certains n'hésitent pas à parler d'un affaiblissement sans précédent du salariat face au capital.

(5) Loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociale et la refonte du temps de travail.

Une partie de la doctrine évoque le « *vieux droit du travail* », tantôt « *droit du travail conçu en période de forte croissance pour l'homme-machine travaillant dans une manufacture organisée par Frederick W. Taylor* » (6), tantôt ancien « *modèle a priori fondé sur un système typique du droit naturel* » et décrit ce qui serait « *un nouveau paradigme pour le droit du travail* » (7). Nous serions passés d'un droit du travail protecteur à un droit de l'emploi, de « *l'avantage à la contrepartie* » (pour qui ?) selon J.-E. Ray. R. Badinter et A. Lyon-Caen affirment que « *la vision d'un droit du travail perçu comme une forêt trop obscure et hostile pour qu'on s'y aventure joue contre le recrutement de salariés complémentaires dans les petites et moyennes entreprises* » et que « *le droit ainsi mythifié joue contre les travailleurs qu'il est censé protéger* », et dénoncent la complexité et l'inintelligibilité des règles, pour entreprendre l'extraction des principes qui constituent « *la structure de base du droit du travail* » (8), sans toutefois dégager d'objectif final autre que la clarté et l'intelligibilité.

Comme on pouvait le constater dès que le thème de la modernisation du droit du travail est devenu officiel (9), toute idée de « *refondation* », à moins de la confondre avec une « *table rase* », conduit à s'interroger sur ce qui, dans l'évolution du droit du travail, n'est pas réversible et sur les valeurs qui le sous-tendent. Gérard Lyon-Caen nous a enseigné l'ambivalence du droit du travail, mais le droit du travail n'est pas une « *technique réversible* » (10), contrairement à son analyse. Constater qu'il est un enjeu des politiques et des luttes sociales ne dispense pas de se rappeler qu'existent des normes universelles - nullement remises en cause par un prétendu changement de paradigme -, celles de l'OIT, et qu'elles assignent des objectifs au droit du travail. Et ces finalités concernent pareillement les règles applicables au marché du travail. S'il faut identifier un

paradigme, il se trouve dans la déclaration de Philadelphie : « *le travail n'est pas une marchandise* » (11). Et sur cette base, la Constitution de l'OIT donne pour but aux États membres d'établir « *un régime de travail réellement humain* » (12). À la fin du XX^{ème} siècle, ceci a conduit l'OIT à définir comme « *but fondamental* » de son action le concept de « *travail décent* », exprimant la dignité de la personne au travail : « *il ne s'agit pas seulement de créer des emplois, mais des emplois d'une qualité acceptable* » (13). Un travail qui permet de vivre, non de survivre dans la pauvreté et/ou la précarité, ce qui, en droit du travail, renvoie à des questions précises : quel contrat ? Quels droits ? Quelles perspectives d'emploi ? D'autres instruments fondamentaux, par exemple la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, font bien du droit du travail un droit de la personne au travail. L'humanisme, « *refondation continue de la culture des Lumières* » (14), selon la belle expression de Julia Kristeva, pourrait être, en droit du travail comme ailleurs, la vraie base d'une « *refondation* ».

Poser la question « *où va le droit du travail ?* » est risqué : d'une part, un débat, des luttes, sont en cours, d'autre part, les représentations contradictoires du droit du travail donnent à la réflexion sur cette branche du droit une dimension idéologique. Et pour certains, le débat sur la réforme du Code du travail est l'occasion de basculements. Philippe Aghion évoque « *l'arbitraire du juge prud'homal* » (15), d'autres plaident pour une autre juridiction du travail, sur la base de l'échevinage (16). Le juge ne connaît rien à l'économie, surtout le juge prud'homal : vieille antienne qui met en cause, en réalité, jusqu'à l'idée du droit (17). Il est donc indispensable de partir d'une analyse doctrinale aussi rigoureuse que possible du droit du travail comme objet d'étude. Tout en ayant conscience de n'apporter qu'une contribution partielle à la réflexion commune.

(6) J.-E. Ray, « La loi qui libère... », Dr. Soc. 2015.752.

(7) A. Perulli, « Un nouveau paradigme pour le droit du travail », RDT 2015.732. L'auteur, se référant à Th. Kuhn, entend par paradigme « *les règles admises et intériorisées comme des « normes » par la communauté scientifique à une période donnée de son histoire* », ce qui permet l'élaboration progressive d'une « *matrice disciplinaire* » permettant d'identifier les réponses aux questions qui se posent quotidiennement. Si des réponses adaptées ne peuvent plus être fournies, c'est que le paradigme est obsolète. L'analyse de A. Perulli est très critique sur l'influence de l'analyse économique du droit (v. *infra*), mais semble admettre qu'il y a bien un nouveau paradigme.

(8) R. Badinter et A. Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, Fayard 2015. Sur la critique de la démarche, v. *infra*.

(9) Avec le livre vert de la Commission européenne précité.

(10) *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz 1995, Connaissance du droit.

(11) Déclaration de Philadelphie adoptée le 10 mai 1944 par la Conférence de l'OIT.

(12) « *La non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays* », Constitution de l'OIT.

(13) J.-A. Somavia, 1999 ; v. not. M. Bonnechère, « L'optique du travail décent », Dr. Ouv. 2007, p. 56.

(14) Julia Kristeva, « Pour un intellectuel, dire c'est faire », Libération, 24 février 2016 : « *j'ose reprendre le mot usé d'humanisme, à savoir une refondation continue de cette culture des Lumières, qui s'est détachée des religions pour fonder une morale universelle* ».

(15) phrase étonnante (v. Libération, 7 mars 2016) de la part d'un économiste, professeur au Collège de France...

(16) Idée évoquée lors du séminaire *Emploi*, de la Direction générale du Trésor, « Les conditions de licenciement sont-elles un obstacle à une bonne conciliation de la nécessaire protection du salarié avec les besoins de l'efficacité économique ? », 11 mars 2016.

(17) Sur ce point lire l'analyse pertinente de F. Géa, « Comprendre... ou pas, l'article 30 bis de l'avant projet de loi travail », RDT 2016.170.

Cette étude considère la loi « Travail » (18) comme une référence majeure, sans toutefois viser un catalogue de toutes les mesures du texte, et sachant aussi que le projet aura évolué au moment de sa parution. Malgré leurs nombreuses lacunes, délibérées, les lignes qui suivent espèrent parvenir à dégager des repères essentiels de l'évolution.

Le droit du travail, entendu comme un ensemble de règles et solutions, et un système de règles applicables au travail subordonné, n'a jamais été un droit essentiellement protecteur des salariés. La première loi d'entorse au libéralisme, en 1841, visait la protection des enfants, mais aussi l'encadrement, donc la possibilité de leur travail en usine. À la suite de Gérard Lyon-Caen (19), la doctrine a pris conscience du caractère ambivalent des règles du droit du travail, allant même jusqu'à parler d'un « droit capitaliste » du travail (20). « Médiation juridique de l'exploitation de la force de travail », le droit du travail repose sur une contradiction fondamentale : pouvoir de l'employeur et subordination du salarié sont inscrits dans la structure du contrat de travail (21). Partant de cette contradiction, un principe dit « de faveur » s'est développé dans l'architecture de ses normes, donnant au concept de l'ordre public une signification spécifique au droit du travail.

Si l'on considère qu'un droit du travail se caractérise par l'introduction des droits de la personne dans une relation de travail caractérisée par l'inégalité, le problème de notre temps est de redéfinir, compte tenu des mutations en cours, les droits attachés au travail et leur champ d'application.

Dans un contexte économique caractérisé par la mondialisation, et les chaînes d'approvisionnement et de sous-traitance internationale, qui contribuent, de fait, à la montée d'un droit de la firme multinationale, une question telle que la nouvelle définition du rôle de la loi revêt une grande importance.

Par contre, cette étude ne saurait prendre pour axe les accusations lancées contre le droit du travail dans le cadre d'un procès fait au nom de l'économie. Il y a plus de dix ans, le rapport *Pour un code du travail plus efficace* prétendait faire de l'efficacité économique un critère de légitimité du Code du travail, sans préciser ce concept d'efficacité (22). La même imprécision caractérise les imprécations sur « les très nombreuses régulations réglementaires » intervenant sur le marché du travail, responsables du chômage massif en France depuis 30 ans (23).

Les économistes eux-mêmes sont divisés, et les partisans de l'application au droit du travail de « l'analyse économique du droit », qui veulent imposer une évaluation des effets des règles juridiques, dissimulent, sous une apparence de raisonnement théorique, leur volonté d'imposer de nouvelles finalités : encadrer le pouvoir de l'employeur et garantir les droits fondamentaux du travailleur ne seraient plus de mise, au profit d'un fondamentalisme du marché dictant l'acceptation des règles.

On s'efforcera de comprendre et d'analyser l'architecture, qui se veut nouvelle et correspond à un nouvel ordonnancement des sources du droit du travail (I), avant d'explorer les principaux traits du modèle en construction (II).

I. L'architecture : la loi se déclare supplétive et délègue aux entreprises le soin de négocier le droit du travail

Inversion, renversement, perturbation : la hiérarchie des normes est au cœur de la refondation

Une catégorie nouvelle, introduite par la commission *Badinter* (24), a été reprise par le projet de loi pour en faire « le préambule du futur code » : les « principes essentiels ». Il faut les définir et les situer

au regard des différents types de principes existant jusqu'alors et de l'évolution du droit du travail. Qu'ils soient écartés ou non dans un premier temps, ils réapparaîtront sans doute au moment de la rédaction du nouveau code. Ils sont annoncés comme vecteur d'un redéploiement, avec l'objectif de « donner la place la plus large possible à la négociation collective »,

(18) Projet de loi n° 3600 visant à instituer de nouvelles libertés et des nouvelles protections pour les entreprises et les actifs.

(19) « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », Dr. Ouv. 1950, p.1, reproduit en 2004, p.52, disp. sur le site de la revue.

(20) *Le droit capitaliste du travail*, F. Collin et autres, PUG 1980. La citation est de Antoine Jeammaud. Il est à souligner que l'expression « Le droit ouvrier », qui correspond au titre de la présente revue, ne repose nullement sur la conviction que le droit du travail est un droit ouvrier, un droit de classe, mais renvoie à l'existence d'un combat pour les droits des salariés, dans les réformes et dans l'interprétation des textes.

(21) Pour une analyse approfondie, v. A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », WP CSDLE « Massimo d'Antona », INT, 41/2005.

(22) Commission de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, Doc. Fr., 2004.

(23) cf. par exemple, en substance, le rapport G. Cette et J. Barthélémy précité.

(24) Rapport au Premier ministre, commission chargée de définir les principes essentiels du droit du travail, présidée par R. Badinter.

ce que permettra « *la nouvelle architecture du code du travail en trois niveaux : l'ordre public, auquel aucun accord ne peut déroger, le champ de la négociation collective, définissant l'articulation la plus pertinente entre l'entreprise et la branche, les dispositions supplétives, applicables en l'absence d'accord d'entreprise et de branche* ». Référence expresse est faite au rapport de la commission présidée par J.-D. Combrexelle. Et la loi « *Travail* », tout en renvoyant aux travaux de la future « commission de refondation du Code du travail », met en pratique ladite architecture dans son chapitre III en matière de durée du travail, de répartition et d'aménagement des horaires.

Dans cette nouvelle architecture, la « *réforme sociale du quinquennat* », le compte personnel d'activité, est malaisée à situer, et oblige à s'interroger sur la coexistence possible d'une réduction des droits attachés à l'emploi et du renforcement de droits attachés à la personne.

A. La loi supplétive

N'accablons pas le projet de loi d'une tendance systématiquement régressive. Il est erroné, par exemple, de lui attribuer une innovation permettant la conclusion d'accords d'entreprise ou d'établissement portant de 10 à 12 heures la durée quotidienne maximale du travail : cette possibilité est déjà inscrite dans le Code du travail à l'article D. 3121-19. La règle passera donc de la partie réglementaire à la partie législative du code. Est par contre nouvelle l'intervention éventuelle d'un accord d'entreprise ou d'établissement (ou à défaut accord de branche) pour porter à 46 heures la durée hebdomadaire maximale calculée sur 12 semaines, l'autorisation administrative n'étant prévue qu'à défaut d'accord. D'ores et déjà, une nouvelle terminologie s'est installée, dans les auditions des partenaires sociaux, ou dans les commentaires ministériels ou parlementaires : « les dispositions supplétives » désignent ce qui aurait visé, avant l'intervention du projet de loi, le Code du travail...

Pour l'analyse juridique, la loi supplétive est celle dont la force obligatoire est réduite et qui s'impose seulement à défaut de volonté contraire des intéressés. L'on pressent l'ampleur du changement, qui doit toutefois être appréciée à l'aune des « principes essentiels » et de la place faite à l'ordre public.

1. La notion de « principes essentiels »

L'insertion dans le futur Code du travail d'un préambule affirmant les « principes essentiels » est discutée : qu'apportent-ils ? Quelle est leur valeur juridique ? Selon R. Badinter, ils devraient constituer « *un système de références pour ceux qui auront pour mission d'interpréter les règles et de les appliquer* ».

L'on ne souscrira pas à la méfiance de certains auteurs, exprimée dans le passé à propos des droits fondamentaux, face à l'extraction de ce qui est essentiel ou fondamental en droit du travail, qui affaiblirait les garanties légales ou s'y substituerait (25). Le colloque d'Évry portant sur *Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail* en 2010 (26) a clairement rejeté l'idée d'un droit minimum, d'un noyau dur restreint accompagnant une déconstruction du droit du travail. Outre qu'ils réintroduisent dans le monde de l'entreprise la règle fondée sur des valeurs, les droits fondamentaux constituent un socle au sens où ils doivent assurer la réalisation des autres droits des travailleurs.

Encore faut-il que ce socle soit défini sans ambiguïté et qu'il ne craigne pas d'être inévitablement subversif. Et, malheureusement, les ambiguïtés ne manquent pas dans le rapport de la commission *Badinter*, dont le souci semble avoir été de ne mécontenter personne (27).

En droit positif, les principes du droit du travail correspondent à des catégories connues : principes de valeur constitutionnelle figurant dans le préambule de la Constitution, auxquels la commission *Badinter* a emprunté (interdiction des discriminations, liberté syndicale, principe de participation), principes fondamentaux du droit du travail relevant du domaine de la loi. L'expression « *principes fondamentaux en droit du travail* », utilisée par la Cour de cassation (28), n'a pas été retenue. Comme l'a relevé l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi « *Travail* », certains principes sont puisés dans les conventions internationales : Convention européenne des droits de l'Homme (liberté de manifester ses convictions), conventions OIT (préavis de rupture), droit de l'Union (obligation de sécurité de l'employeur). La diversité des sources des principes n'est certes pas un problème, elle est inhérente à la problématique des droits fondamentaux.

(25) A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004 ; I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail, réflexion autour d'un problème ambivalente », Dr. Ouv. 2002, p. 343.

(26) *Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail*, M. Bonnechère (dir.), Dr. Ouv. 2011, pp. 1 à 96, disp. sur le site de la revue.

(27) Ce qui conduit E. Dockès à parler de « *relative vacuité* » (« La commission *Badinter* vaporise le droit du travail », Dr. Ouv. 2016, p. 114).

(28) Cass. Soc. 17 juill. 1996, n° 95-41.745, Dr. Soc. 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen, n. J. Savatier, Dr. Ouv. 1997 p. 34, qui vise, sans se référer à un texte particulier, « *le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* ».

En fait, « *il y a principes et principes* » (29). Un principe peut renvoyer à une exigence (art. 15), il peut s'agir d'un principe-description, ou d'un principe-règle. À cet égard, l'autorité d'un principe peut tenir à sa place dans la hiérarchie des règles (les principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État s'imposent au pouvoir réglementaire). Mais c'est surtout la généralité de la règle qui peut faire parler de principe, face aux exceptions et dérogations. Et il est étonnant de qualifier de principes essentiels des règles devant être précisées par la loi, qui peut les limiter et contredire : la clarté n'y gagne guère. Ainsi, comment dégager le principe de l'article 28 : « *le licenciement pour motif économique ou pour inaptitude physique du salarié ne peut être prononcé sans que l'employeur se soit efforcé de reclasser l'intéressé, sauf dérogation prévue par la loi* » ?

2. Un ordre public définitif : ce qu'il advient du principe de faveur

Cette expression doctrinale (principe de faveur) rend compte de données fortes. Selon le Conseil constitutionnel, « *constitue un principe fondamental du droit du travail le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celle des lois et règlements* » (30). Et la Cour de cassation lui a fait écho en se fondant sur le principe fondamental en droit du travail selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application. Le Conseil d'État, dès 1973, avait interprété l'ancien article L.132-4 (31) conformément à un principe général du droit du travail, pour dégager le sens de l'ordre public en droit du travail, un ordre public unilatéral et finalisé en faveur de la protection du salarié : la spécificité de l'ordre public en droit du travail ne réside pas dans l'impérativité de ses règles, ou encore dans la protection du salarié qui serait recherchée par la loi, elle est de conduire à une hiérarchie des normes, inscrite à l'article L.2251-1, non pas en fonction de leur nature, mais de leur teneur, la plus favorable au salarié ayant vocation à l'emporter.

La commission *Badinter* a créé la confusion en affirmant simultanément un principe de faveur (« *en cas de conflit de normes, la plus favorable s'applique aux salariés* ») et sa possible exclusion légale (« *si la loi n'en dispose pas autrement* »). Ce n'est pas une

révolution par rapport au droit positif, puisque, en l'absence de principe de portée constitutionnelle, le législateur pouvait limiter le champ du principe de faveur. Mais cet article 56 des « principes essentiels », avec cette sorte de neutralité molle, marque bien l'abandon de toute référence à une finalité de protection du salarié.

L'on retrouve le même système à l'article 57, à propos des rapports entre l'accord collectif et le contrat de travail : « *les stipulations plus favorables du contrat de travail prévalent si la loi n'en dispose pas autrement* » (32).

Cette régression sur les finalités se retrouve dans certains silences et omissions. Comment accepter que, ni dans l'exposé des motifs de la loi, quand elle annonce la réécriture du Code du travail sur le temps de travail, ni dans les « principes essentiels » dégagés par la commission *Badinter* n'apparaisse le lien essentiel entre la protection de la santé des travailleurs et la réglementation de la durée de travail ? L'on peut d'ailleurs regretter l'absence de toute référence au droit de l'Union européenne sur ce point, y compris dans les analyses critiques de la loi « *Travail* », le souci de dénonciation des diktats du libéralisme l'emportant, sans doute, sur celui d'un ajustement du droit positif utile aux travailleurs. Rappelons donc le considérant 4 de la directive 2003/88 (33) : « *L'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique* » : voilà un « système de références » pour l'interprétation.

3. La flexibilité appliquée aux droits fondamentaux

La formule de l'article 2 de la commission *Badinter*, reprise de la jurisprudence (34), emporte la conviction : « *toute personne a droit au respect de sa dignité dans le travail* ».

Elle est pourtant précédée d'un étonnant article 1 selon lequel « *les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise* » peuvent fonder des limitations aux libertés et droits fondamentaux de la personne (« *garantis dans toute relation de travail* »). La flexibilité recherchée vaudrait donc pour les droits fondamentaux face au pouvoir de direction de l'employeur,

(29) A. Jeammaud, « Le principe de faveur, enquête sur une règle émergente », *Dr. Soc.*1999.115.

(30) 25 juillet 1989, n° 89-257 DC.

(31) Aujourd'hui art. L.2251-1. La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements. Avec l'avis fondateur du Conseil d'État du 22 mars 1973, *Dr. Ouv.* 1973, p. 190.

(32) *v. infra*

(33) Directive 2003/88 du 4 nov. 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui a remplacé la directive 93/104 du 23 nov. 1993, prises comme directives particulières dans le cadre de la directive 89/391 du 12 juin 1989.

(34) Cass. Soc. 7 févr. 2012, pourvoi n° 10-18.686.

avec une priorité renversée (35) ? Il n'est plus question, à proprement parler, de droit fondamental pour la vie personnelle et familiale : « *la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale est recherchée dans la relation de travail* ». Dans l'optique de la Convention EDH, toute atteinte à la substance de la vie privée et familiale est prohibée, ce qui donne une idée de priorité. Certes, dans la pratique, le droit fondamental ne triomphe guère : il suffit de lire la réaction de l'ANDRH (36), pour qui la recherche de « conciliation » est excessive, et soulignant que le droit positif n'impose de recherche d'équilibre en la matière que ponctuellement : forfaits-jours, mobilité professionnelle.

L'on réalise que le travail réel ne changera guère si la « réforme » ne fait pas prévaloir cette substance des droits fondamentaux, et l'on apprécie finalement la référence objective aux exigences de la tâche à accomplir dans l'actuel article L. 1121-1.

B. Le droit du travail, droit de l'entreprise, de la firme

Les lois *Auroux*, en 1982, ne craignaient pas de viser le « *développement des institutions représentatives du personnel* ». La logique de la loi du 17 août 2015 sur le dialogue social est, au contraire, celle d'une supposée rationalisation conduisant à élargir les possibilités de regroupement des institutions : la délégation unique de la loi du 21 décembre 1993 valait dans les entreprises de 200 salariés et touchait les délégués du personnel et le comité d'entreprise ; celle de 2015 voit son seuil passer à 300 salariés et elle est étendue au CHSCT. La loi, on le sait, renvoie à un choix patronal, après consultation des institutions concernées, l'idée étant, depuis 1993, de réduire les coûts financiers de l'organisation des élections et du paiement des heures de délégation.

La loi du 17 août 2015 se caractérise aussi par un rétrécissement des attributions consultatives du comité d'entreprise, dont le plus remarquable est l'abandon de la consultation du CE sur les projets de conclusion d'accord collectif, comme de révision ou de dénonciation, c'est-à-dire sur des décisions patronales unilatérales. Faut-il voir, dans la loi sur le dialogue social, un changement d'orientation, les procédures de participation des travailleurs devant désormais être « *un gage de l'efficacité du processus décisionnel*

dans l'entreprise » (37) ? Il ne fait aucun doute que les interventions successives du législateur, au nom de nouvelles solutions sur l'emploi, vont dans le sens d'une nouvelle signification du « dialogue social ».

1. Centralité et primauté de l'accord d'entreprise

Une auteure très qualifiée avertissait en 2005 : « *derrière les discours assez pauvres, se découvre un dessein longuement mûri, un projet à prendre au sérieux : faire de l'accord d'entreprise le centre de gravité de la négociation collective, le libérer des contraintes externes qui l'encadrent ; au fond, promouvoir, selon la formule très parlante d'un auteur, l'« autoréglementation de l'entreprise »* » (38). C'était, notamment, l'époque de la loi *Fillon* du 4 mai 2004, qui avait « autonomisé » l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche, du moins dans le silence de celui-ci. Puis la loi du 20 août 2008 donna la « compétence de principe » (selon l'expression du rapport *Combrexelle*) à l'accord d'entreprise pour élaborer certaines règles en matière de durée du travail.

Il est devenu habituel de souligner la montée en puissance de l'accord d'entreprise dans d'autres pays. Un rapport précis et documenté du Centre d'orientation de l'emploi (39) constate que, malgré la diversité des modèles de négociation collective en Europe, s'opère, dans une dizaine de pays européens, depuis les années 1980, une décentralisation de la négociation collective, généralement vers l'entreprise, et avec un assouplissement des mécanismes de flexibilité interne. Il est sans doute plus pertinent, sur le plan économique, de comparer l'évolution des réformes en Allemagne à la situation française, plutôt que de partir de l'Espagne ou de l'Italie. Le rapport du COE évoque une véritable stratégie du patronat allemand pour se dégager de la régulation des accords de branche, vue comme freinant leur capacité d'adaptation. Des « clauses d'ouverture » (40) ont été insérées dans les conventions de branche en direction des entreprises.

Avec la loi « *Travail* », « *la primauté de l'accord d'entreprise en matière de durée du travail devient le principe de droit commun. C'est notamment le cas en matière de fixation du taux de majoration des heures supplémentaires, où la priorité est donnée à l'accord d'entreprise, et non plus à l'accord de branche* ». L'on peut voir là une accélération du mouvement antérieur.

(35) F. Guimard, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in *Droits fondamentaux et droit social*, précité.

(36) Association nationale des DRH.

(37) J. Dirringer, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », Dr. Ouv. 2016, p. 56.

(38) M.-A. Souriac, « Quelle autonomie pour la négociation d'entreprise », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, pp. 89 et s., Dalloz Thèmes et commentaires 2005.

(39) *Les réformes du marché du travail en Europe*, Conseil d'orientation pour l'emploi, sept. 2015.

(40) Les analyses du droit allemand sur ce point sont rares. V. P. Rémy, RDT mars 2012, qui distingue les clauses par lesquelles la convention de branche permet à certaines conditions (difficultés économiques) de s'affranchir de ses stipulations, et celles qui renvoient à l'accord d'entreprise le soin de remplir un cadre fixé.

On peut aussi penser que « *l'on ouvre la boîte de Pandore* » (P. Lokiec) et que s'amorce, en fait, la mise en œuvre des préconisations du rapport *Combrexelle*. Selon ce dernier : « *Le droit du travail est un droit du milieu de travail et donc, dans une économie moderne, un droit de la proximité. À la loi de fixer les grands principes du travail et de l'emploi, aux accords de branche de fixer l'ordre public conventionnel et aux accords d'entreprise de définir en priorité le droit conventionnel du travail sur tous les sujets qui ne relèvent pas de l'ordre public. Tant les entreprises que les salariés ont besoin d'une régulation « sur mesure », eu égard à la diversité de plus en plus grande des milieux de travail en fonction de la nature de l'activité, de la taille et de l'organisation* » (40 bis).

Dans la perspective annoncée, la place de la négociation d'entreprise est étendue non par une promotion nouvelle de la dérogation à une norme de niveau supérieur, mais par l'espace propre qui lui est réservé, limité seulement par l'ordre public étatique et ce que le rapport *Combrexelle* appelle « *l'ordre public conventionnel* » au niveau de la branche.

Il faut critiquer le concept d'ordre public conventionnel. Seule la loi a vocation à définir un socle de valeurs limitant l'objet de la négociation collective. La question qui se pose traditionnellement est celle de la tutelle des accords de branche sur les accords d'entreprise, au nom de la cohésion de la branche et de l'égalité entre les salariés. Mais il faut prendre toute la mesure de la référence systématique (dans la loi « *Travail* ») aux « *dispositions supplétives* ». Dans le schéma retenu (par exemple, durée légale du travail) il y a : **a**) l'ordre public, puis : **b**) le champ de la négociation collective (un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche), et enfin : **c**) les « *dispositions supplétives* » (à défaut d'accord...). Qui a parlé de simplification ? Et l'on a souligné le passage d'une supplétabilité de l'accord de branche dans les lois de 2004 et 2008 à la supplétabilité de toutes les normes par rapport à l'accord d'entreprise, que finalement seuls les principes essentiels ont vocation à encadrer.

C'est toute la vision du droit du travail qui devient trouble.

Le renforcement attendu de la négociation d'entreprise laisse déjà dubitatifs les spécialistes (41) : les effets des lois de 2004 et 2008 semblent avoir été décevants, avec une faible appropriation effective des outils. Mais surtout se pose la question de savoir

jusqu'où ira la volonté de faire de l'accord d'entreprise le cœur de l'élaboration du droit du travail. Le rapport *Combrexelle*, non suivi sur ce point, ne craignait pas d'aborder le seuil de déclenchement des heures supplémentaires, mais aussi l'organisation du travail, de nouvelles formes de contrats de travail, des dispositifs nouveaux de transition professionnelle. Il est bien question d'un cadre prédéfini par la loi, mais de quel poids sera-t-il dans ce mouvement vers la généralisation de la supplétabilité des normes de niveau supérieur ?

Loin de s'attaquer aux dégâts provoqués par une situation de l'emploi dégradant la cohésion sociale, cette idée d'un droit de proximité atomise le droit du travail et développe les inégalités.

L'exigence d'une « majorité » de 50 % (42) est évidemment présentée comme donnant à l'accord d'entreprise ou de groupe une forte légitimité, on pense au développement des accords majoritaires conclus pour l'élaboration d'un PSE depuis la loi du 14 juin 2013. Mais le législateur, averti par l'échec cuisant des accords de maintien de l'emploi (*infra*), a prévu un filet de sécurité : une consultation des salariés visant à valider l'accord, à la demande d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant obtenu plus de 30 % des suffrages exprimés. Ce que les commentateurs ont désigné comme un « referendum », qui, certes, ne court-circuite pas complètement, en l'occurrence, les syndicats, mais en préférant, malgré tout, à l'expertise des délégués le simplisme forcé de la question mise au scrutin. L'étude d'impact sur le projet de loi est optimiste en augurant d'un renforcement des liens des salariés avec les syndicats par ce biais... On ne saurait ignorer que, dans certaines situations, le principe majoritaire ne suffira pas à donner aux syndicats d'autre choix que de signer ou non l'accord aux conditions voulues par l'employeur.

Le projet 3600 (article 29 du projet de loi) comporte des dispositions novatrices pour les entreprises de moins de 50 salariés : les branches professionnelles peuvent négocier des « *accords types applicables unilatéralement par les employeurs* » : une forme de self-service pour l'employeur, malgré tout, qui peut également, en l'absence d'implantation syndicale dans l'entreprise, négocier avec des salariés mandatés par un syndicat.

Un auteur, invitant à « *sauver le droit du travail* » (43), faisait remarquer justement que le renforcement de la

(40 bis) rapport préc.

(41) G. Bélier, « La centralité de l'accord d'entreprise, une croyance plus qu'une démonstration », RDT 2015 (Controverse avec H. Masse-Dessen, « Quelle architecture normative dans le rapport *Combrexelle* ? », p. 657.

(42) Il est probable que les nouvelles règles de validité des accords s'appliqueront au 1^{er} janvier 2017.

(43) P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, O. Jacob, 2015.

négociation d'entreprise poserait le problème d'une codétermination à la française, et relevait le pas timide de la loi du 14 juin 2013, avec la participation délibérante de représentants des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des très grandes entreprises. L'on est bien loin, pour le moment, d'une telle perspective, la volonté législative de favoriser les regroupements d'IRP n'ayant pas pour but de renforcer la participation des travailleurs.

Domine, pour l'instant, le risque de voir le recentrage sur la négociation d'entreprise favoriser la recherche d'avantages concurrentiels, notamment en matière de temps de travail, sans que l'accord de branche ne fasse obstacle aux réductions des droits des salariés.

Mais surtout se confirme une tendance inaugurée par la loi du 14 juin 2013, qui n'est guère favorable à la promotion d'un dialogue social fondé sur la confiance : la possibilité pour l'accord d'entreprise (majoritaire), avec l'autorisation du législateur, d'ignorer le contrat de travail (v. *infra*).

2. L'autoréglementation des firmes multinationales

Réfléchir à l'évolution du droit du travail en présence d'un texte censé refonder ce droit en France ne peut se faire en ignorant la réalité du travail au plan mondial. La conférence internationale de l'OIT aura pour thème principal de sa session 2016 le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales (les « CAM »). Un emploi sur cinq dans le monde est « connecté aux CAM » (44). Nous sommes renvoyés au phénomène de la sous-traitance mondialisée. Juridiquement, la sous-traitance relève du contrat d'entreprise : un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre. Mais certains soulignent la proximité avec la vente dans le quotidien des relations entre les sous-traitants et leurs clients. Avec la sous-traitance, le donneur d'ordre privilégie l'option « acheter » à l'option « produire ».

En 1998, l'OIT avait tenté de s'intéresser au travail en sous-traitance. Ce qui suppose rien moins que de réintroduire la relation de travail. Pour le donneur d'ordre, en effet, le contrat de travail disparaît derrière un contrat commercial : pour lui, formellement, la main-d'œuvre du fournisseur ne relève pas du droit du

travail. Le droit du travail applicable dans les chaînes d'approvisionnement, c'est le droit local, celui du Bangladesh par exemple, qui rappelle la tragédie du Rana Plaza. Pourtant, « celui qui prescrit essentiellement les tâches, le salaire, l'habit et même les prix est au-dessus : c'est le groupe, le donneur d'ordre, le franchiseur » (44 bis).

La théorie du co-employeur (45) est d'un impact très limité en matière de sous-traitance internationale (46), et si éminents soient-ils, les économistes qui proposent de « faire des têtes de pyramides de sous-traitance ou de franchise des co-employeurs » demeurent des francs-tireurs. Ce qui n'interdit pas, comme le dit Ph. Askenazy, d'essayer de bouger les lignes.

Depuis longtemps a été observée l'asymétrie entre la dimension mondiale des mouvements financiers et économiques et la nature, le plus souvent étatique, des normes juridiques. Dans le cadre de la mondialisation se sont développées des pratiques d'entreprises visant à réglementer autrement que ne le ferait l'intervention publique : codes de conduites, chartes, sur des bases volontaires. Lorsque le donneur d'ordre vise le respect de son code de conduite (lui-même se référant à certaines conventions de l'OIT) par ses fournisseurs, le respect des droits des salariés peut être favorisé.

De certaines discussions préparatoires du BIT avant la prochaine conférence ressort l'insuffisance des mécanismes privés, tels que les audits sociaux, réalisés par les donneurs d'ordre et pourtant porteurs d'expériences novatrices, et l'importance des accords-cadres mondiaux (Renault, Carrefour, Solvay), lorsque syndicats et comités de groupe participent au « suivi » de l'accord. Ce n'est pas le lieu d'étudier ces instruments, mais l'on ne peut manquer de faire le rapprochement entre le mouvement donnant une place centrale à l'accord d'entreprise, à côté de la loi nationale « supplétive », et cette production privée d'un droit des firmes multinationales, plaçant même le BIT dans une position d'observateur et d'analyste des mécanismes.

L'OIT a d'ailleurs développé, depuis quelques années, des « partenariats public-privé » avec des multinationales : entreprises de l'industrie du chocolat et de la confiserie au Ghana et en Côte d'Ivoire s'enga-

(44) Cyril Cosme, Directeur du Bureau du BIT pour la France, Actes de la conférence « Chaînes d'approvisionnement mondial et travail décent : quels outils pour évaluer les conditions de travail ? » 19 nov. 2015, Université de Paris-Dauphine.

(44 bis) Ph. Askenazy, Directeur de recherches au CNRS et membre des économistes atterrés, interview « Redéfinir le lien de subordination », Le Nouvel Observateur, 24 mars 2016.

(45) Sur cette théorie, les juristes sont peu optimistes après, notamment, l'arrêt rendu le 10 déc. 2015 par la Chambre sociale

(n°14-19.316) ; v. la note A. Ottan, Dr. Ouv. 2016.89, se demandant s'il est encore possible d'établir des éléments de fait caractérisant l'immixtion de la société-mère. V. les développements que consacre E. Peskine à cette question « Le co-emploi est mort, vive le co-emploi ! », Dr. Ouv. 2016 p.177.

(46) Se reporter à l'analyse économique vigoureuse que propose Ph. Askenazy, in *Tous rentiers, pour une autre répartition des richesses*, O. Jacob 2016 ; sur l'évolution en droit positif, v. J. Porta, La compétence internationale à l'épreuve de la globalisation, à propos de l'affaire Comilog, Dr. Ouv. 2016, p. 241.

geant à éliminer le travail des enfants et à former les jeunes, et, plus récemment (15 septembre 2014), accord conclu avec le géant de la vente de vêtements au détail H&M, la firme devant promouvoir l'agenda du travail décent (47).

Un auteur a parlé de droit d'organisation interne de l'entreprise multinationale (48). À noter que la conformité des instruments de nature privée (chartes, codes) aux droits fondamentaux est le cas échéant vérifiée par le juge (49).

Dans ce contexte, mérite une place spéciale l'accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh, conclu le 15 mai 2013 entre quelque 180 sociétés occidentales et les syndicats Industrial Global Union et UNI Global Union. C'est une réalité contractuelle originale et forte, avec un comité de pilotage paritaire présidé par l'OIT, qui a permis des « inspections crédibles » des usines, mais qui a vu le jour après la pire des catastrophes industrielles (50).

L'on peut souligner que cette place de l'accord entre les firmes multinationales et les syndicats trouve aussi sa source dans l'absence de législation adéquate imposant aux premières un « devoir de vigilance » (51) que la loi « Travail » aurait parfaitement pu intégrer, donnant alors du contenu à l'idée de refondation, et une portée réelle au souci annoncé de prendre en compte la mondialisation. Les dispositions introduites pour mieux lutter contre les fraudes en matière de détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services (52) auraient pu être le point de départ d'une approche beaucoup plus globale.

Mais l'innovation a été annoncée sur un tout autre terrain, encore instable.

(47) L'accord du 15 septembre, présenté comme « unique », porte sur les relations industrielles (coup de chapeau à l'inspection du travail), les salaires (fixation d'un minimum), la reconnaissance des qualifications et la formation, et insiste sur le droit de négociation collective et la liberté d'association. Dès 2001, l'OIT avait fait appel à ce type de coopération avec des firmes au Cambodge.

(48) V. G. Teubner, « L'autoconstitutionnalisation des entreprises transnationales ? », in *L'entreprise dans un monde sans frontières*, dir. A. Supiot, Dalloz 2015, p. 71.

(49) La Cour de cassation, dans son arrêt *Dassault Systèmes* (8 déc. 2009, n° 08-17.191, Dr. Ouv. 2010 p.244 obs. J. Porta), a rappelé qu'un code de bonne conduite est un acte juridique de droit privé dont la validité peut être remise en cause par le juge. En l'occurrence, le contrôle judiciaire d'un « code de conduite des affaires », a notamment protégé la **liberté d'expression** sur le fondement de l'article L. 1121-1 précité, et le **droit d'expression** des salariés (art. L.2281-1) contre un système d'autorisation préalable.

(50) Se reporter à « L'inspection du travail face à la sous-traitance mondialisée », M. Bonnechère, et l'interview en visioconférence de S. Reddy, directeur du bureau de pays de l'OIT au Bangladesh, in *L'inspection du travail, l'entreprise et les droits des travailleurs*, Dr. Ouv. fév. 2015, spéc., pp. 82 et s. et 87 et s.

C. La place incertaine des « droits attachés à la personne »

Qualifié de « grande réforme sociale du quinquennat » par le Gouvernement, de central dans la refondation voulue, vu pratiquement comme une « carte à puce ad vitae » (53) devant regrouper divers « comptes » individualisés acquis tout au long de la vie professionnelle, le compte personnel d'activité (CPA) a encore des contours un peu flous.

1. Questions d'architecture

L'on retrouve la complémentarité de la négociation collective et de la loi : l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, ensuite « transposé » par la loi du 14 juin 2013, avait abordé concrètement la question de la portabilité des droits dans plusieurs domaines (ANI), puis la loi *Rebsamen* du 17 août 2015 annonça que « chaque personne dispose d'un compte personnel d'activité qui rassemble, dès son entrée sur le marché du travail, et tout au long de sa vie professionnelle, indépendamment de son statut, les droits sociaux personnels utiles pour sécuriser son parcours professionnel », renvoyant d'abord à la négociation collective. Celle-ci aboutit à une « position commune » du 8 février 2016, et la loi « Travail » a repris l'ouvrage dans le prolongement.

Autre point d'architecture : certains ont souligné la conjugaison des droits collectifs et de l'individualisation des droits avec l'idée du sac à dos de droits « portables » et même du titulaire du CPA qui devient « son premier RH lui-même » (54).

(51) Une proposition de loi (n° 3239) « relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneurs d'ordre », adoptée par l'Assemblée nationale, a été rejetée par le Sénat en première lecture, qui renvoie notamment à une initiative de l'Union européenne. La proposition vise à imposer un plan sur les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires ». Se reporter au rapport D. Potier (3239) du 16 mars 2016.

(52) On citera l'étude d'impact « La lutte contre la fraude au détachement passe par la mobilisation de l'ensemble des acteurs de la chaîne de sous-traitance ». Les lois du 10 juill. 2014 et du 6 août 2015 sont allées en ce sens, en créant des mécanismes de responsabilité solidaire et de vigilance du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre vis-à-vis de leurs cocontractants et sous-traitants. Le présent projet de loi va plus loin, en : « - créant une responsabilité du maître d'ouvrage vis-à-vis de l'obligation de déclaration de détachement, qui incombe à l'ensemble de ses sous-traitants établis à l'étranger ; - consacrant au niveau législatif l'obligation préexistante de déclaration qui pèse sur les donneurs d'ordre cocontractants d'une entreprise non établie en France dont un salarié est victime d'un accident du travail, et punissant le manquement à cette obligation par une amende administrative ».

(53) G. Filoche, le blog, 3 mars 2016.

(54) V. M. Rescourio-Gilbert, « Où va le droit du travail », actuel RH du 1^{er} avr. 2016.

2. Droits « attachés à la personne »

La définition légale donne une perspective : « *Le compte personnel d'activité a pour objectif, par l'utilisation des droits qui y sont inscrits, de renforcer l'autonomie et la liberté d'action de son titulaire et de sécuriser son parcours professionnel, en levant les freins à la mobilité. Il contribue au droit à la qualification professionnelle mentionnée à l'article L. 6314-1. Il favorise l'engagement citoyen* ».

L'idée d'attacher des droits à la personne, et non uniquement à l'emploi, est ancienne et plus ou moins riche (55). Les rapports intitulés *Le travail dans 20 ans* (Boissonnat, 1995) et *Au-delà de l'emploi* (Supiot, 1999) (56) se sont préoccupés de protéger les actifs en englobant toutes les formes de travail, en assurant la transition d'un état professionnel à un autre, mais aussi en garantissant aux personnes une liberté d'agir, notamment grâce à des « *droits de tirage sociaux* ». Alain Supiot soulignait récemment qu'« *une bonne dose de solidarité est indispensable à l'efficacité de ces garanties* ».

Le nouveau texte déclare « ouvert » un compte personnel d'activité pour toute personne âgée d'au moins seize ans, en principe, ayant un emploi ou à la recherche d'un emploi, ou appartenant à d'autres catégories définies, devant inclure, semble-t-il, les retraités. Il fait du CPA le regroupement du compte personnel de formation (57), du compte personnel de prévention de la pénibilité (58) et du compte engagement citoyen qu'elle crée (59), précisant que sauf disposition contraire les droits inscrits sur le CPA demeurent acquis par leur titulaire jusqu'à leur utilisation ou la fermeture du compte.

Le titulaire a connaissance de ses droits et peut les utiliser librement grâce à un service en ligne géré par la caisse des dépôts.

Le plus intéressant du dispositif semble être l'idée d'un « *droit universel à la formation* », avec une priorité pour les personnes les moins qualifiées : durée

complémentaire de formation qualifiante pour les jeunes sortis du système scolaire (déjà prévu dans une loi du 8 juillet 2013, à laquelle on ajoute un « *capital formation* », qui « *abonde* » le compte personnel de formation (CPF), avec un rôle important des régions), et CPF renforcé pour les salariés sans diplôme : l'acquisition d'un crédit d'heures sera plus rapide pour les salariés n'ayant pas le CAP.

3. Le CPA et le marché du travail

La création du CPA, en l'état, ne semble pas être une innovation considérable, bien que le CPF soit étendu aux travailleurs indépendants et qu'un CPA concerne les agents publics. En dehors du compte-engagement citoyen qui s'y intègre, il est essentiellement construit sur des droits existants, dans une perspective de sécurisation des parcours. Sans nier l'intérêt de celle-ci, on ne peut manquer de souligner qu'elle est aussi un élément destiné à « *fluidifier* » le marché du travail, et que l'absence de prise en considération des droits des chômeurs obère sérieusement l'idée d'une avancée sociale. Tandis que commençait l'examen parlementaire de la loi « *Travail* » débutaient de nouvelles négociations sur l'assurance-chômage dominées par les nécessités financières, et les thèmes de la dégressivité des allocations, ou d'un calcul moins favorable, surtout pour les salariés titulaires de contrats précaires (idée d'un revenu mensuel moyen comme référence, ce qui défavoriserait gravement les titulaires de « *contrats courts* » !) ramenaient à la réalité de la prétendue « *sécurisation* ».

L'on est tenté de rapprocher cette réforme tant annoncée du CPA du discret, mais significatif, repli de l'obligation de reclassement. D'abord reconnue par la loi pour les accidentés du travail et victimes d'une maladie professionnelle, elle fut étendue par la jurisprudence aux salariés subissant une inaptitude médicale n'ayant pas d'origine professionnelle à partir de l'ancien article L.241-10-1 (60). La loi du 17 août 2015 a prévu, cependant, une hypothèse de licenciement sans recherche de reclassement de

(55) V. le numéro spécial, *Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ?*, Dr. Ouv. oct. 2015.

(56) Ce dernier a fait l'objet d'une réédition récente, Flammarion, 2016.

(57) Issu des ANI du 11 janv. 2013 et du 14 déc. 2013, ainsi que de la loi du 5 mars 2014, le compte personnel formation consiste en un nombre d'heures pouvant être utilisées par son titulaire afin de suivre une formation éligible. Il est alimenté en fonction des heures travaillées, avec une proratisation en cas de temps partiel. La loi du 5 mars 2014 a prévu un financement spécifique dédié au CPF de 0,2 % de la masse salariale dans les entreprises de 10 salariés et plus. Selon l'étude d'impact loi Travail, 2,8 millions de CPF sont « *activés* » et 280.000 personnes ont mobilisé leurs heures pour un projet. Se reporter à F. Guimard, « *De nouveaux droits en matière de formation professionnelle ?* », Dr. Ouv. 2015, p. 590.

(58) Le salarié bénéficie du compte personnel prévention de la pénibilité lorsqu'il dépasse le seuil annuel d'exposition à l'un des facteurs de pénibilité inscrits dans le Code du travail. Il acquiert des points de pénibilité qu'il peut utiliser pour la formation, pour une réduction du temps de travail, ou pour anticiper un départ à la retraite. Toutes les formes de contrat de travail sont concernées. NDLR. V. *infra* les actes du colloque *La pénibilité au travail*.

(59) Le compte engagement citoyen correspondra, selon le Gouvernement, à la prise en compte de l'engagement citoyen sous toutes ses formes.

(60) Sur l'obligation de reclassement, d'abord hypothèse doctrinale, v. M. Bonnechère, « *Le reclassement des inaptes, bon vouloir patronal ou droit des travailleurs ?* », Dr. Ouv. 1978, p. 208, et l'ouvrage de référence F. Héas, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ 2000.

l'employeur lorsque le médecin du travail mentionne expressément que tout maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé (article L. 1226-12 § 2). Et ce qui ne concernait que les accidentés du travail ou victime d'une maladie professionnelle est étendu par la loi « Travail », aux cas d'inaptitude en général (L.1226-2 § 2).

En matière économique, alors qu'à l'issue d'une longue évolution jurisprudentielle (au départ, la bonne foi contractuelle) la cause juridique du licenciement économique est devenue l'impossibilité de reclassement établie par l'employeur, le reclassement d'un salarié dans le cadre d'une entreprise ou

d'un groupe implanté à l'étranger a été réduit pratiquement à une hypothèse d'école par la loi *Macron* du 6 août 2015, qui impose une initiative du salarié, devant faire une demande écrite précise de reclassement (art. L. 1233-4-1). La même loi du 6 août 2015 dispense l'employeur des obligations d'adaptation et de reclassement pour les salariés réfractaires à l'application d'un accord de maintien de l'emploi.

Cette évolution, s'agissant d'une obligation rattachée par le Conseil constitutionnel à l'exigence constitutionnelle du droit d'obtenir un emploi (60 bis), met sérieusement en cause la nature de la gestion de l'emploi visée par les réformes, le modèle.

II. Le modèle : une « refondation » éloignée de la perspective du travail décent

On peut ne pas aimer le vocable « flexicurité », y voir l'annonce d'une illusion. Si la démarche est prise au sérieux, elle est très différente de la recherche d'un compromis entre une souplesse dont les entreprises ont besoin et une sécurité recherchée par les salariés : souplesse et sécurité sont des notions dont le contenu ne fait pas consensus. L'idée est certes, au départ, celle d'un nouvel équilibre intégrant une double concession : une flexibilité qui tiendrait compte de ses conséquences pour les salariés et une sécurité des emplois qui intégrerait une exigence d'adaptabilité (61). Mais elle ne prend son sens qu'en fondant les solutions nouvelles sur une économie faisant une place centrale au social et sur un projet équilibré sur le travail lui-même. Cette idée d'équilibre et d'un projet sur le travail sont absents de la réforme en cours. La diversité et la force des réactions exprimées face à cette supposée « refondation » du droit du travail renvoie peut-être au « retour en grâce du travail » (62). En face apparaît le vide de la loi nouvelle, qui fait l'impasse sur les métamorphoses du travail, se contentant d'un triste rafistolage sur la médecine du travail et de dispositions brouillonnes sur une question telle que celle des forfaits-jours.

« Nous sommes passés d'un droit du travail protecteur à un droit de l'emploi, de l'avantage à la contrepartie », affirmait J.-E. Ray lors d'un récent séminaire organisé sur une question ayant le mérite d'être claire : « le droit du licenciement actuel est-il un

obstacle à la bonne conciliation entre la protection du salarié et l'efficacité économique ? ». L'on peut objecter que l'approche fait peu de cas du paradigme évoqué plus haut (le travail n'est pas une marchandise), mais la réponse est connue : il faut un droit de l'emploi, un droit du marché du travail, pour favoriser les embauches. Le droit du travail en vigueur serait un obstacle (63). L'argument était déjà présent lors de la longue négociation collective sur la « flexibilité » (mai-décembre 1984), qui fut un échec. Et les mêmes doutes sur la responsabilité du droit du travail dans la situation de l'emploi s'expriment : on les rappellera, à partir des analyses des économistes.

Mais si droit de la contrepartie il doit y avoir, il est bien difficile d'être convaincu qu'un allègement des règles du licenciement (« sécurisation » de ces règles pour les employeurs) s'impose pour favoriser les embauches.

Ensuite, ce droit ne peut que poser d'une manière nouvelle la conjugaison de l'individuel et du collectif, la question de la « résistance » du contrat de travail étant incontournable. L'enjeu rencontré est constitutionnel : peut-on accepter un nouveau droit du travail, qualifié, pour les besoins de la cause, « droit de l'emploi », dans lequel la loi autorise l'inexécution du contrat de travail, en faisant primer l'accord d'entreprise sur l'emploi ?

(60 bis) Outre les références citées note précédente, v. A. Chirez, « Propriété de l'emploi, indemnisation et reclassement », Dr. Ouv. 2005 p. 255.

(61) Y. Lhorty, S. Célérier et D. Reddor, Introduction au numéro spécial de Travail et Emploi, *Flexicurité et réforme du marché du travail*, n° 113, mars 2008, Doc. Fr.

(62) J. Le Goff, « Le retour en grâce du travail. Du déni à la redécouverte d'une valeur », Lessius (Belgique), Ceras, 2015.

(63) G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, « Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français », Dr. Ouv. 2014, p. 784.

A. Le droit du licenciement à réformer pour créer des emplois : en fait un affrontement brutal de deux conceptions

1. Un credo sans fondement scientifique et trompeur

Il est souvent intéressant de consulter l'étude d'impact (v. *supra*) accompagnant un projet de loi, susceptible de mettre en évidence les effets économiques et sociaux attendus. En l'occurrence, s'agissant du projet de loi « *visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs* », l'article 30 sur la définition du motif économique y est situé face à l'état du droit français (article L. 1233-3 § 1 du Code du travail et jurisprudence), puis face aux législations des autres pays d'Europe. Celles-ci sont déclarées « *plus prévisibles et donc plus sécurisantes* », c'est-à-dire « *plus sécurisantes pour les employeurs souhaitant embaucher en contrat à durée indéterminée en connaissant au préalable les possibilités de rupture du contrat de travail* »

Cette vision se retrouve dans l'exposé des motifs, précisant que l'objectif de la réforme est d'« *éviter que les embauches à durée déterminée se multiplient parce qu'elles sont perçues comme la voie la plus sécurisée pour se prémunir contre les difficultés de rupture du contrat de travail en cas de coup dur* ».

En fait, l'analyse se réfère au rapport déjà cité du Conseil d'orientation sur l'emploi, dont il ressort notamment que, d'une manière générale, le contrôle du juge sur le motif économique est moins poussé qu'en France, mais ces constatations ne sont accompagnées d'aucun bilan, même résumé, sur la situation de l'emploi des pays européens en rapport avec leur droit du licenciement, ni même d'enquêtes sur l'état d'esprit des employeurs concernés.

Si l'on prend la peine de poser la question en termes d'expertise à des économistes, la prudence et la réserve dominant. En premier lieu existent des publications évaluant l'impact de la protection de l'emploi « *à partir de données microéconomiques* ». La majorité trouve un effet négatif sur l'emploi. Mais les règles applicables au licenciement économique ne sont pas

visées. Une publication concerne, pour la France, les effets de la taxe *Delalande* (63 bis), qualifiés de pervers.

Des économistes se sont déclarés franchement hostiles au projet de loi porté par Mme El Khomri (64). Une trentaine d'économistes ont, par contre, affirmé leur soutien dans la presse. Parmi eux, Jean Tirole (prix Nobel d'économie 2014), qui prônait, dans un rapport remis en 2003 au Conseil d'analyse économique avec Olivier Blanchard (65), de rendre le licenciement à la fois plus facile et plus coûteux, sur le modèle du principe « pollueur-payeur ». Idée proche de Pierre Cahuc et Francis Kramarz (66), qui proposaient, en 2004, un assouplissement et une taxation des licenciements, ainsi qu'un contrat de travail unique. Ces éminents chercheurs expriment, depuis plus de dix ans, l'idée que le contrôle du juge sur les licenciements économiques est inadéquat, incertain, voire néfaste. « *Aujourd'hui le cantonnement des juges, demain la libre résiliation des contrats de travail ?* », s'interrogeait Antoine Lyon-Caen à propos des travaux préparatoires... à la loi du 18 janvier 2005 (67). La doctrine est amenée de nouveau à souligner l'essentiel : « *lorsque certains avancent que le juge ne connaît rien à l'économie (...) ce n'est pas (seulement) le juge qu'ils mettent en cause mais, à travers lui, une certaine idée du droit- et de ses valeurs, qui sont plurielles* » (68). Ajoutons qu'à partir du moment où le bloc de constitutionnalité français reconnaît simultanément le droit d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre, un équilibre doit être trouvé et, dans une démocratie, cela renvoie au rôle du juge dans son interprétation de la loi.

Comprendre les évolutions impose un effort de lucidité : le fait que des réformes successives aient concerné le licenciement économique (loi du 14 juin 2013, par exemple) impose d'en faire un bilan (69) et ne prouve en aucune manière qu'une nouvelle réforme doit prolonger cette « *instabilité chronique* » (70).

2. La question posée pour l'avenir est clairement celle de l'exigence de justification des licenciements économiques, et du contrôle de cette justification

Nul, semble-t-il, n'entend remettre en cause le principe, pour tout licenciement, de l'existence d'un

(63 bis) L. Behagel, B. Crépon et B. Sédillot (2008), « The Perverse Effects of Partial Employment Protection Reform : The Case of French Older Workers », *Journal of Public Economics*, 92 (3-4), pp. 696-721. Données transmises par le professeur Yannick Lhorty, que je remercie.

(64) Par exemple, l'important groupe des « économistes atterrés ».

(65) Rapport J. Tirole et O. Blanchard, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Doc. Fr. 2003.

(66) Rapport P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité, vers une sécurité sociale professionnelle*, Doc. Fr. 2004.

(67) A. Lyon-Caen, « Justice et justification dans les réformes actuelles du droit du travail », in *Licenciements économiques et restructurations, la loi du 18 janvier 2005 en questions*, Dr. Ouv. juillet-août 2005, p. 283, disp. sur le site de la revue.

(68) F. Géa, « Comprendre... ou pas, art. 30 bis de l'avant-projet de loi Travail », RDT 2016, p. 170.

(69) En ce sens A. Supiot, « Pour un droit du travail digne de ce nom », *Le Monde*, 17 oct. 2015, et F. Géa, loc. cit.

(70) Pour G. Loiseau, cette « *instabilité chronique* » du droit du licenciement économique « *témoigne de son inadaptation pour concilier protection des salariés et efficacité économique* » (Séminaire *Emploi* du 11 mars 2016).

motif réel et sérieux. Par contre, la cible est bien le pouvoir et la marge d'appréciation du juge. Le projet tel que déposé à l'Assemblée nationale, on le sait, n'a pas opéré seulement une transcription de la jurisprudence (71) sur les motifs de réorganisation de l'entreprise (nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité) et de cessation de l'activité, il a entendu caractériser les difficultés économiques invoquées (72) « soit par une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires pendant plusieurs trimestres consécutifs en comparaison avec la même période de l'année précédente, soit à des pertes d'exploitation pendant plusieurs mois, soit par une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires pendant plusieurs trimestres consécutifs en comparaison avec la même période de l'année précédente, soit par des pertes d'exploitation pendant plusieurs mois, soit par une importante dégradation de la trésorerie, soit par tout élément de nature à justifier ces difficultés ». Ces indicateurs comptables devraient être précisés par convention ou accord collectif de branche, la loi (nouvel article L. 1233-3-2) fixant un plancher, puis intervenant de manière supplétive et subsidiaire (73), tout cela variant le cas échéant (selon des amendements parlementaires) avec les effectifs de l'entreprise.

Comment ne pas voir, à travers les plaidoyers pour l'« objectivation » de la cause du licenciement économique, et la nécessité de « sécuriser » celui-ci pour les entreprises, la volonté d'encadrer le rôle du juge, et d'accompagner les choix patronaux. La Chambre sociale a pu considérer qu'un licenciement économique « répondait seulement à un souci de rentabilité », ne correspondant pas aux exigences légales, malgré des « résultats nets opérationnels » et des chiffres de ventes en baisse (74) et même un endettement de l'entreprise. Un auteur a parlé, à propos de la normativité comptable, de « l'angle mort du droit social » (75). L'on sait à quel point la lecture des comptes par un expert-comptable peut les faire « parler », rendre intelligibles les choix économiques, en prenant en compte, notamment, les prévisions, et l'existence et le niveau des bénéfices par exemple.

Il ne fait aucun doute que le juge fera usage de son pouvoir d'appréciation (quel que soit le texte final). D'abord, en raison de l'enjeu touchant à la dignité du salarié, qui, dans notre droit, n'est pas une « variable d'ajustement ». Ensuite, parce que, face à la liberté d'entreprendre dont découle le droit (causé) de licencier, le droit positif place le droit à l'emploi, et le rôle du juge ne saurait se résumer à rendre plus faciles les décisions de l'employeur.

N'oublions pas que la convention 158 de l'OIT, outre son exigence d'un « motif valable » de licenciement, comporte l'affirmation du droit de recours du salarié contre un licenciement qu'il estime injustifié, en n'ayant pas à supporter toute la charge de la preuve. Relevons, au passage, que le contrôle du juge est visé spécialement par cet instrument « en cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise » (76).

Prétendre évacuer les contentieux (qui ne sont certes pas un but en eux-mêmes) en affirmant que plus « on attend », plus il y aura de suppressions d'emplois laisse entendre que l'appréciation patronale est incontestable. Or, les salariés pris collectivement : élus du personnel et syndicats, doivent pouvoir contester les choix économiques et stratégiques de l'entreprise ou du groupe. Il est souhaitable que disparaisse la limite introduite par le projet de loi pour le périmètre d'appréciation des difficultés économiques. La jurisprudence était fixée depuis 20 ans (77) sur le secteur d'activité du groupe, dans le cadre d'une approche réaliste (le secteur du groupe n'est pas une catégorie juridique). Le nouveau texte a parlé (quand l'entreprise appartient à un groupe) du secteur d'activité commun aux entreprises implantées sur le territoire national du groupe auquel elle appartient. Unaniment, les syndicats ont fait valoir que cette modification du droit positif allait permettre à un groupe ne connaissant pas de difficultés économiques ou de problème de compétitivité en dehors de l'espace national de licencier néanmoins en France. D'où le retour du contrôle du juge : « ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique les difficultés économiques créées artifi-

(71) Dans son arrêt *Société TRW Repa* du 5 avril 1995 (Bull. civ. V n°123, Dr. Ouv. 1995 p.284 obs. A. Lyon-Caen), la Cour de cassation a inauguré une jurisprudence considérant que « lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité ». Elle a ensuite admis, dans son arrêt du 16 janvier 2001 (Bull. civ. V n°10), que constitue un motif de licenciement la cessation d'activité de l'entreprise quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou a sa légèreté blâmable.

(72) 60 % des PSE interviendraient en raison de difficultés économiques.

(73) En fixant un plancher ou période de référence non susceptible de dérogation (deux trimestres consécutifs dans le premier cas, et un trimestre dans la seconde hypothèse mentionnée ?). Les dispositions supplétives du nouvel article L. 1233-3-2 joueraient de façon subsidiaire, avec une double limite moins avantageuse pour les employeurs (quatre trimestres consécutifs, d'une part, un semestre, d'autre part ?).

(74) Cass. Soc. 5 mars 2014, n° 12-25.035 et 12-25.059.

(75) S. Jubé, « La normativité comptable, un angle mort du droit social », RDT 2009, p.211.

(76) Convention OIT n°158 précitée, art. 9 § 3.

(77) Cass. Soc. *TRW Repa* du 5 avr. 1995, précité.

ciellement à la seule fin de procéder à des suppressions d'emploi ».

Deux modèles sont en présence et s'affrontent, avec en arrière-plan le pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, constater l'évitement dans la pratique des procédures de licenciement économique au profit de la rupture conventionnelle est-il vu par les uns comme une preuve de la nécessité d'une réforme, alors qu'il peut relever de la tentative de fraude.

La question est de savoir si le législateur doit modifier une loi parce qu'elle est contournée par les entreprises, et si l'idée de « sécurisation » doit valoir pour les conséquences d'un comportement fautif. Qu'un contractant puisse planifier la mauvaise exécution du contrat et ses conséquences financières : c'était le sens, inacceptable, du projet de « barémisation » des indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ce dernier projet semble bien abandonné, mais demeure dans les débats une conception du licenciement bien éloignée de celle de la réforme de 1973 (exigence d'une cause réelle et sérieuse) : on parle de « provisionner les licenciements », parce que le licenciement est vu comme un instrument de gestion de l'entreprise, et les effectifs, donc les salariés, comme des variables d'ajustement.

Apprécier la place du droit du licenciement dans notre système juridique nécessite un retour un droit des obligations. Celui-ci enseigne que la sanction de la nullité s'impose, même si aucune disposition ne l'a prévue, chaque fois que l'intérêt que la loi vise à sauvegarder est assez important pour justifier cette sanction (78). Il existe, soulignait Gérard Couturier, une corrélation entre un droit et sa sanction (79). Si l'on se rappelle que le droit à l'emploi relève d'une exigence constitutionnelle, la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse (réintégration facultative et indemnité minimale) relève d'une règle spéciale, très favorable aux entreprises, conscientes qu'elles n'auront pas à réintégrer les salariés victimes d'un motif économique insuffisant ou fallacieux.

On avait annoncé, après la loi du 14 juin 2013, la mise en œuvre d'un nouveau modèle reposant sur la négociation collective. L'échec des accords de maintien de l'emploi (80) tient sans doute largement à leur logique d'ignorance du contrat de travail.

B. La bataille du contrat de travail

« Le contrat de travail est à durée indéterminée. Il ne peut être conclu pour une durée déterminée que dans les cas prévus par la loi », selon l'article 13 des « principes essentiels » dégagés par la commission *Badinter*. L'on pourrait voir là une simple reprise de la directive européenne (81). La lecture des projets en cours confirme qu'ils ne sont pas orientés vers l'introduction d'une réforme du contrat de travail. Du moins en apparence, car si l'idée d'un « contrat unique » n'est pas à l'ordre du jour, le choix du législateur, affirmé dans la loi du 14 juin 2013 et repris pour la réforme en cours du Code du travail, est celui d'un affaiblissement du contrat de travail.

1. Absence de réforme du contrat de travail ?

Les leçons ont peut être été tirées, au moins provisoirement, du refus du « contrat première embauche » (82), puis de l'échec du contrat « nouvelles embauches », vu à l'époque comme introduisant peut-être la flexicurité à la française, en fait évacuant, dans ce CDI, l'essentiel du droit du licenciement (motivation, reclassement) dans les entreprises n'occupant pas plus de 20 salariés pendant les deux premières années suivant une « nouvelle embauche ». Dans son arrêt du 1^{er} juillet 2008, la Chambre sociale a déclaré « *qualifiés en contrats à durée indéterminée de droit commun les contrats nouvelles embauches en cours* », approuvant les juges du fond d'avoir estimé que l'ordonnance sur le CNE ne satisfaisait pas aux exigences de la convention 158, « *car elle (privait) le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et (faisait) exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture* » (83).

Les « principes essentiels » sont clairs : « *le contrat de travail peut prévoir une période d'essai raisonnable* » (article 14) ; « *tout licenciement doit être justifié par un motif réel et sérieux* ».

Prêtons cependant l'attention à l'analyse très éclairée de Muriel Fabre-Magnan présentant la réforme du droit des contrats et « *quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail* » (84). L'auteur souligne l'intérêt en droit du travail de l'article L. 1121-1 du code qu'elle qualifie de « *précurseur* » sur la question de la conformité

(78) Cf. par exemple Ph. Malaurie, *Les obligations* (1998, n° 555).

(79) V. l'article fondateur de G. Couturier, « Les nullités du licenciement », *Dr. Soc.* 1977, p. 215.

(80) G. Loiseau et M.-L. Dufresne Castets, « Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ? », *RDT* 2015, p. 499.

(81) Directive 1999/70 du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP, sur le travail à durée déterminée, JOCE n° L175.

(82) L'article 8 de la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, relatif au CPE, a été remplacé, moins d'un mois plus tard, par des dispositions sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise dans la loi du 21 avr. 2006.

(83) Soc. 1^{er} juill. 2008, *Bull. civ. V* n°146, *Dr. Ouv.* 2008 p.512, obs. Alain Chirez.

(84) « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », M. Fabre-Magnan, *SSL* 21 mars 2016, n°1715, p. 5.

du contrat aux droits et libertés fondamentaux. L'on ne peut en dire autant, on l'a vu, de l'article 1 des « principes essentiels » admettant que les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise puissent justifier des limitations (proportionnées au but recherché) des droits et libertés fondamentaux. Que le futur Code du travail ait ou non un préambule, la question du maintien en l'état de l'article L. 1121-1 sera posée.

Retenons ensuite l'intérêt du nouvel article 1169 du Code civil (85), issu de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 : « *le maintien de l'exigence d'une contrepartie est un outil précieux de justice contractuelle* », relève Muriel Fabre-Magnan, qui y voit la possibilité de s'opposer à certaines figures du contrat de travail telle que le contrat « zéro heure » anglais, obligeant un salarié à se tenir à la disposition d'un employeur sans la moindre assurance d'avoir du travail et une rémunération. Un tel contrat ne comporte pas de contrepartie, et l'obligation de l'employeur est potestative, donc nulle (86).

Quant au lien de subordination juridique, critère du contrat de travail, et mise à nu des rapports réels de travail, il n'est pas remis en cause par les transformations du travail liées au numérique. Le rapport *Mettling* (87) attire par contre l'attention sur le fait que, dans les organisations en mode projet, où le manager hiérarchique n'est pas nécessairement le chef de projet, des « tensions » voient le jour et existe le risque de voir l'obligation de moyen concernant le travail du salarié en obligation de résultat, des objectifs étant d'ailleurs assignés.

D'autre part, la progression du travail indépendant a conduit à des controverses sur leur dépendance économique et leur nécessaire protection, insuffisamment résolue, les cas où le juge requalifie en salarié des utilisateurs de plateformes d'économie collaborative pour leur prestation ne correspondant pas à toutes les situations (88). Seule une analyse superficielle peut proposer d'accompagner la fin du salariat (89).

2. L'affaiblissement du contrat de travail

Le problème classique de l'articulation du contrat de travail avec l'accord collectif a pris une dimension

nouvelle avec « le parti pris de la négociation collective » affirmé et mis en œuvre depuis quelques années. La loi *Aubry* du 19 janvier 2000 avait inséré un article L. 1222-8 dans le Code du travail pour prémunir les accords de réduction de la durée du travail contre les refus des salariés de voir modifié leur contrat de travail : leur licenciement ne repose pas sur un motif économique.

La loi du 14 juin 2013 a traité de l'articulation entre les accords de mobilité interne, d'une part, et les accords de maintien de l'emploi, d'autre part, avec le contrat de travail, ainsi que du refus éventuel d'un ou plusieurs salariés.

Les lois *Macron* du 6 août 2015 et *Rebsamen* du 17 août 2015 ont introduit des variantes. S'agissant des accords de maintien de l'emploi, leurs stipulations sont déclarées applicables au contrat de travail « *pour les salariés qui l'acceptent* » (article L. 5125-2 modifié par la loi du 6 août 2015). Les clauses du contrat de travail sont alors « suspendues » pendant la durée de l'accord. Et, en cas de refus d'application de l'accord, le licenciement du salarié repose sur un motif économique, et « *il repose sur une cause réelle et sérieuse* ». À juste titre est-il insisté sur le fait que la loi pose d'abord une condition : l'accord suppose de graves difficultés économiques conjoncturelles, susceptibles d'une vérification judiciaire (90).

S'agissant des accords de mobilité, ils sont applicables au contrat de travail dont les clauses contraires sont suspendues (art. L. 2242-19). L'accord du salarié à une éventuelle mesure de mobilité prévue par l'accord est recueilli selon la procédure de l'article L. 1222-6, donc de la proposition de modification du contrat de travail pour un motif économique.

L'on pouvait écrire déjà, au moment de l'adoption de la loi du 14 juin 2013, que l'on trouvait dans le nouveau texte une gestion de l'emploi par la soumission du contrat de travail (91). Cette orientation se renforce.

Le rapport *Combrexelle* préconisait que « *lorsque l'emploi est en cause et que l'accord vise à le protéger, le maintenir, le préserver et le développer, l'accord et l'intérêt collectif qu'il incarne priment sur l'intérêt individuel concrétisé par le contrat de travail* ».

(85) Art. 1169 : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque au moment de sa formation la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire et dérisoire* ».

(86) Art. 1304-2 : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* ».

(87) *Transformation numérique et vie au travail*, rapport de B. Mettling à la ministre du Travail, sept. 2015 ; rapport du Conseil national du numérique, « Les nouvelles trajectoires », janv. 2016.

(88) Cette question déborde notre cadre. V. P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant*, Rapport 2008.

(89) N. Kosciusko-Morizet, « Pour sauver croissance et emploi, accompagnons la fin du salariat », *Le Monde* du 27 juin 2015, débats, p. 15.

(90) M.-L. Dufresne-Castet, loc.cit. ; sur l'ensemble du contentieux, v. le 39^{ème} colloque du SAF, *Négociation collective et contrat de travail : un pour tous, tout pour un ?*, Dr. Ouv. avr. 2015.

(91) M. Bonnechère, « Pour un autre modèle », in *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi, le passage de l'accord à la loi*, dir. G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé, IRJS 2013, p. 14.

L'article 57 des principes essentiels dégagés par la commission *Badinter* a prévu deux règles générales : « *Les clauses d'une convention ou d'un accord collectif s'appliquent aux contrats de travail. Les stipulations plus favorables du contrat de travail prévalent si la loi n'en dispose pas autrement* ». On peut penser que la loi continuera à faire prévaloir les accords sur l'emploi, avec tout ce qu'a pourtant d'imprécis et d'incertain l'emploi (préserver, maintenir, etc.) comme objet de négociation.

Affirmer que les stipulations d'un accord collectif s'appliquent au contrat de travail est une reprise de la règle figurant à l'article L. 2254-1 du Code du travail, par lequel la loi donne un effet normatif et impératif à la convention collective. Mais le droit français n'en déduit aucune incorporation de l'accord collectif au contrat de travail et, selon une jurisprudence connue, un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié (92). D'où la problématique du refus de la modification du contrat de travail. Jusqu'à présent les stipulations plus favorables du contrat de travail pouvaient « résister » à l'effet impératif. Désormais, cela suppose que le législateur n'en ait pas disposé autrement.

Depuis que la négociation collective permet de négocier sur le temps de travail et sur les salaires en contrepartie d'engagements sur l'emploi, l'articulation du collectif et de l'individuel est au premier plan du droit du travail et la question est posée de l'évolution vers un droit de l'emploi qui ne se soucie guère de protéger la volonté du salarié. La volonté, c'est d'abord le consentement du salarié, partie au contrat de travail. La doctrine (93) a depuis longtemps souligné que, dans un domaine où l'inégalité des parties est évidente, le consentement du salarié devait être pris avec prudence, méfiance. Dans ce qu'on nous annonce comme le droit d'un nouveau modèle social, le consentement du salarié est tout simplement ignoré. La solution trouvée par la loi est de « suspendre » temporairement le contrat, et de prévoir le licenciement individuel (évitant le plan de sauvegarde de l'emploi) pour motif économique.

Avec les accords dits « offensifs » de développement de l'emploi, la même logique va jusqu'au bout. Il ne s'agirait plus d'accords de maintien de l'emploi conclus en cas de graves difficultés économiques (94),

mais d'accords d'entreprise conclus « *en vue de la préservation ou du développement de l'emploi* ». Les stipulations de l'accord se substituerait « de plein droit » aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail, l'accord ne pouvant, toutefois, avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié. Le salarié pourrait refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'accord, mais son refus l'exposerait à un licenciement, reposant, si le texte n'est pas modifié, car il ignore la nécessaire vérification par le juge (95), sur une cause réelle et sérieuse.

Un syndicaliste avait parlé en 2013 de « *logique sacrificielle* » (96). On observera que la négociation sur « l'emploi » est encouragée par la loi sur la base non seulement d'une soumission du contrat de travail, mais aussi d'une large ignorance des droits fondamentaux, restreints souvent pour le salarié qui accepte l'accord (97). Les enjeux (temps de travail) concernent pourtant la personne du salarié. Dans les accords de mobilité interne, « les contraintes personnelles et familiales » relèvent d'une « phase de concertation », et d'une éventuelle « prise en compte » par l'employeur, elles ne confèrent aucun droit au salarié, sauf à invoquer évidemment l'article 8 de la convention EDH. Pour les accords de développement de l'emploi, la loi renverrait à la consultation du comité d'entreprise sur les conséquences de l'accord pour les salariés, précisant que l'accord prévoit les modalités de consultation des syndicats signataires et des représentants du personnel sur ce point.

Ainsi s'affirme une articulation donnant la primauté à ce qui est considéré comme la volonté collective, de manière discutable. Il n'est pas sûr que le mandat donné aux négociateurs syndicaux puisse avoir une telle portée : « *il s'agit en l'espèce d'une autorisation ouverte par l'accord collectif de ne pas exécuter le contrat de travail* » (98).

Le contrat de travail est indissociable des valeurs extrapatrimoniales attachées à la personne du travailleur. Il est permis de douter que l'avenir soit dans l'émergence et le développement d'un modèle de gestion violente de la force de travail. C'est une des raisons pour lesquelles le succès des accords de développement de l'emploi est incertain.

(92) Cass. Soc. 5 févr. 2003, n° 01-40.588, *Air Littoral*. V. G. Couturier, « Ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective », *SSL* 2012, n° 1534, p. 7. Add. Soc. 10 fév. 2016, n° 14-26.147, reproduit *infra* p. 367.

(93) G. Couturier, « Les ruptures d'un commun accord », *Dr. Soc.* 2008, p. 926 ; M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », *Dr. Ouv.* 2012, p. 459, disp. sur le site de la revue.

(94) Art. L. 5125-1.

(95) On retrouve la question du contrôle du juge.

(96) S. Lardy, in *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi*, dir. G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé, IRJS 2013, précité.

(97) V. déjà les réflexions de G. Borenfreund, « La volonté des salariés dans les relations collectives de travail » in *La volonté du salarié*, dir. T. Sachs, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012.

(98) G. Bélier, loc. cit., p. 658.

On ajoutera que, s'agissant de ce fameux droit de l'emploi fondé sur la négociation collective (d'entreprise ou de groupe), il comporte toujours une énorme lacune : le silence du Code du travail sur les effets d'une violation d'un engagement de l'emploi sur le contrat de travail des salariés ayant, malgré l'engagement, été licenciés. L'article L. 5125-2 prévoit une clause pénale et « des dommages-intérêts aux salariés lésés » : la sanction est donc purement indemnitaire, et d'un coût variable (99), alors que seule la nullité du licenciement est susceptible de donner de l'efficacité aux engagements sur l'emploi.

C. La santé au travail soumise à la flexibilité (?)

L'exposé des motifs de la loi « Travail » n'hésite pas, comme le faisait la loi du 14 juin 2013, à annoncer qu'il s'agit de « construire les bases d'un nouveau modèle social », mais référence est faite désormais à « l'ère du numérique ». Les métamorphoses du travail liées au numérique conduisent certainement à penser de nouvelles règles. Pourtant, ne changent pas les rythmes biologiques, les exigences du métabolisme du corps humain, l'« organisme humain » (visé au considérant 7 de la directive 2003/88). Ceci pose le problème de l'adaptation des règles applicables au temps de travail à l'objectif de protection de la santé des travailleurs, spécialement s'agissant des forfaits-jours et des astreintes. Plus fondamentalement encore, certaines orientations adoptées par la loi *Rebsamen* du 17 août 2015, puis par la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016, s'accroissent dans la loi « Travail », qui affirme vouloir « moderniser » la médecine du travail et posent le problème d'une régression des droits des salariés (et de l'ordre public). Dans le même temps, la jurisprudence a semblé assouplir l'obligation de sécurité patronale.

1. Numérique, forfaits jours et vie du salarié

Des rapports, qu'il faut lire (100), ont posé, notamment, la question de l'impact des nouvelles technologies auxquelles il renvoie sur la « qualité » de vie au travail. « Le numérique « peut être facteur à la fois d'autonomie au travail, mais également d'un accroissement de la surveillance et du contrôle » relève le Conseil national du numérique, qui procède à une analyse contrastée de l'« autonomisation »

dans le travail grâce au numérique. Est souligné un phénomène affectant l'ensemble des catégories : « il s'agit, notamment, de l'exigence de réactivité immédiate et du fait de devoir exécuter différentes tâches de front. De manière générale, des dispositifs de contrôle encadrent de manière de plus en plus importante les conditions de travail des employés, concernant à la fois ce qu'il faut faire, la manière dont cela doit être fait et les raisons pour lesquelles il faut le faire. Ainsi, la différenciation des effets du numérique sur l'autonomie des travailleurs est à nuancer en termes de conditions de travail et d'exécution des charges ».

Malgré l'annonce ambitieuse, le numérique n'est pas central dans la loi nouvelle (101), bien qu'on y trouve le fameux « droit à la déconnexion », censé protéger la vie privée du salarié, dont l'effectivité dépendra des résultats de la négociation annuelle sur la qualité de vie au travail, ou d'une charte d'entreprise. On peut regretter que ce droit à la déconnexion n'ait pas été visé par les dispositions concernant le forfait-jours, dans lequel le rapport *Mettling* a vu « le cadre juridique le mieux adapté aux modalités d'organisation du travail mises en place suite à la transformation numérique », en invitant à le « sécuriser ».

Ce dispositif dérogatoire au droit commun prévoit le décompte du temps de travail en nombre de jours, les salariés n'étant pas soumis aux durées quotidiennes et hebdomadaires maximales, mais devant, théoriquement, bénéficier des repos quotidien (11 heures) et hebdomadaire (35 heures).

Depuis la loi du 19 janvier 2000, dite loi *Aubry II*, ceci concerne les cadres « qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif... » et, depuis la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, les salariés (non cadres) « dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées ». D'après les statistiques de la DARES, le forfait-jours est appliqué à 1.414.000 salariés, et vaut pour 47 % des cadres, surtout dans les grandes entreprises, et dans les secteurs de la finance-assurance, de l'industrie, de l'information et de la communication.

Grâce à un important arrêt du 29 juin 2011 (102), on sait que, pour la Cour de cassation, le système du

(99) M-A. Souriac, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? Attention fragile », RDT 2012, p. 194.

(100) Rapports *Mettling* et du Conseil national du numérique, précités. Sur le rapport *Mettling*, v. Ph. Masson « Le droit du travail à l'épreuve du numérique. Ombres et lumières du rapport *Mettling* », Dr. Ouv. 2015, p. 695.

(101) L'on ne traitera pas ici des dispositions de la loi travail sur la télé-distance, le bulletin de paie etc. En notant une réécriture de l'article L 2142-6 sur l'accès aux outils numériques par les syndicats dans l'entreprise pour la diffusion des informations syndicales lorsque aucun accord n'a pu être conclu.

(102) Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, Bull. civ. V n° 181, Dr. Ouv. 2011, p. 723, obs. E. Richard, Dr. Ouv. mars 2012, obs. A. Lyon-Caen, M. Bonnechère, S. Baradel.

forfait-jours n'est conforme aux exigences de la Charte sociale européenne et de la directive européenne 2003/88 que si l'accord collectif qui le met en place (accord d'entreprise ou, à défaut, de branche) respecte les exigences constitutionnelles que sont le droit à la santé et au repos, en prévoyant un décompte précis des jours travaillés et des modalités d'évaluation et de suivi de la charge de travail, ainsi qu'une durée maximale raisonnable du travail. Cette jurisprudence a conduit à l'invalidation de conventions individuelles de forfaits conclues sur la base d'accords, souvent de branche, insuffisants (103). Que la loi précise le contenu des accords collectifs en la matière, comme cela va être le cas, est un souhait exprimé tant par la Cour de cassation que les rapports cités, et ne saurait être critiqué. Mais le souci de « sécurisation » du système ne saurait faire oublier que l'inobservation par l'employeur des stipulations (si parfaites soient-elles) de l'accord collectif peut conduire le juge à priver d'effet une convention de forfait, parce que le contrôle de la charge de travail s'impose à l'employeur au titre d'une prévention effective des atteintes à la santé-sécurité du salarié.

Il faut rappeler ce fondement essentiel du droit du temps de travail dans la directive 2003/88, sans omettre de mobiliser l'article 8 de la convention EDH protégeant la vie privée et familiale : aucune évolution du droit du travail en la matière ne pourra les ignorer. Et il est contestable, à cet égard, d'analyser les dispositions supplétives de la loi introduites pour imposer, en toute hypothèse (dans le cas où l'accord collectif est incomplet), un contrôle des temps et un suivi de la charge de travail par l'employeur comme un « dispositif béquille » (104) : cette analyse confirme l'idée d'un droit du travail facilitant d'abord l'exercice du pouvoir de direction et d'organisation du travail.

Le dossier des forfaits-jours est lourd et douloureux, rappelant parfois tragiquement la solitude du cadre « autonome » ; les questions des moyens alloués, des objectifs, c'est-à-dire de la charge de travail réelle (à distinguer de la charge prescrite), devraient être posées.

2. Astreintes et droit au repos

Quant aux astreintes, à quelles métamorphoses du travail les rattacher ? Qualifiée de temps de « troisième type », l'astreinte est une « période pendant laquelle le

salarié, sans être sur son lieu de travail, et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise » (105). La question du rapport des règles applicables à l'astreinte avec le droit à la protection de la santé et au repos et loisirs, protégés par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution, se pose. En effet, depuis une loi du 17 janvier 2003, et contrairement à ce qu'avait jugé la Chambre sociale (106), la période d'astreinte (moins les interventions) est prise en compte pour le calcul des durées minimales de repos quotidien et hebdomadaire. Solution reprise intégralement par la loi « Travail ». La Chambre sociale a balayé une question prioritaire de constitutionnalité en niant toute contradiction, dès lors que « l'astreinte ne constitue pas du travail effectif et fait l'objet, dans sa mise en place et ses modalités, de garanties destinées à en limiter le recours et à en faciliter le contrôle » (107). En réalité, mise en place et compensation de l'astreinte relèvent soit d'un accord collectif, soit d'une décision unilatérale de l'employeur, qui doit consulter les représentants du personnel et informer l'inspecteur du travail. Depuis la réforme du droit des contrats, les juges pourraient, peut-être plus facilement, dans certains cas, « à partir de certaines limites » (108), considérer que la compensation prévue, et donc la contrepartie reçue par le salarié, est « dérisoire ou illusoire » au sens du nouvel article 1169 du Code civil.

3. Protection de la santé du travailleur et prévention : l'effectivité menacée

Depuis sa création en 1946, le rôle du médecin du travail, exclusivement préventif, « consiste à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail ». Le médecin accomplit cette mission en surveillant les « conditions d'hygiène au travail », « les risques de contagion », l'« état de santé » des salariés, et curieusement, depuis la loi *Rebsamen*, « toute atteinte à la sécurité des tiers » (109), ce qui semble empiéter sur la responsabilité de l'employeur.

L'outil normal à la disposition du médecin, son premier moyen d'action, est la visite médicale, qui lui permet de comprendre les données de l'état de santé du salarié. Celle-ci est en voie d'être considérablement réduite. D'une part, la visite d'embauche, requalifiée « examen médical d'aptitude », et située

(103) V. par ex. Cass. Soc. 24 avril 2013, Bull. civ. V n°117, Dr. Ouv. 2013 p.611 n. E. Richard.

(104) Expression se trouvant dans l'étude d'impact précitée.

(105) Nouvel article L. 3121-8 selon la loi *Travail*.

(106) Cass. Soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V n°38, Dr. Ouv. 2002 p.581, n. M. Carles.

(107) Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 11-40.022.

(108) M. Fabre-Magnan, loc. cit.

(109) Article L. 4622-3 modifié par la loi du 17 août 2015. La formule très générale ne peut se comprendre que pour les salariés ayant des responsabilités particulières (pilote d'avion, conducteur de bus...), mais pose le problème des moyens d'action du médecin, qui risque de s'abriter derrière des déclarations d'inaptitude dont feront les frais les salariés.

avant l'embauche, ne devrait être maintenue que pour tout travailleur affecté à un poste présentant des risques particuliers (pour lui, ses collègues ou des tiers « *évaluant dans l'environnement immédiat de travail* »), tandis que les autres salariés ne connaîtraient qu'une visite d'information et de prévention, effectuée après l'embauche (dans un délai à préciser par décret) par l'un des professionnels de santé faisant partie de l'équipe pluridisciplinaire. Ensuite, le maître mot pour l'avenir est le « *suivi individuel de l'état de santé* » du salarié. Malheureusement, aucune périodicité précise pour ce « suivi » (y aura-t-il examen médical ? Quand ?) ne serait imposée, la loi « *Travail* » prévoyant que l'examen médical d'aptitude pour les postes à risque est renouvelé « *périodiquement* », et précisant seulement que, pour tous les salariés, la périodicité du suivi tient compte des conditions de travail, de l'état de santé, de l'âge et des risques professionnels. Le médecin du travail déciderait donc.

Face à la multiplication des organisations du travail déléguées, dont les médecins du travail s'inquiètent, la tendance est donc à l'assouplissement. Des praticiens se demandent même si certains salariés rencontreront vraiment un médecin du travail, alors qu'a été mis en évidence (mais contesté) le devoir pour le médecin du travail de se prononcer sur le caractère (délétère) du travail d'un salarié (110).

Cette réforme prétend se prévaloir de la contestation récurrente de la mission de vérification de l'aptitude du médecin du travail, qui absorbe celui-ci au détriment, notamment, de son rôle de conseiller de l'employeur, des salariés et de leurs représentants dans la prévention. Elle est, en réalité, la « solution » trouvée par le législateur à l'évolution préoccupante des effectifs de médecins du travail (baisse annuelle de 11,2 % selon l'ordre des médecins). Au 1^{er} janvier 2015, l'âge moyen des médecins du travail était de 55 ans.

La question de la responsabilité de l'État (111) est posée, et elle n'est guère assumée par des mesures qui ne traitent pas de l'attractivité de cette filière médicale, se contentant de réduire à une peau de chagrin les modalités du supposé « suivi » de l'état de santé des travailleurs. Peut-on prétendre moderniser la médecine du travail en la vidant de sa substance ?

Responsabilité de l'État et exigences imposées au titre de l'ordre public sont également en cause dans la suppression programmée de toute intervention de l'administration du travail en cas de contestation par le salarié ou l'employeur des propositions de mesures individuelles (mutations, transformations de poste...) émanant du médecin du travail sur le fondement de l'article L. 4624-1.

Issu d'une loi du 6 décembre 1976, l'ancien article L. 241-10-1 avait transposé un texte réglementaire (D. 241-23) datant de 1946. Texte conflictuel, n'ayant jamais cessé de rencontrer des résistances au nom de l'autonomie de la relation contractuelle de travail et de la crainte de voir l'administration du travail s'immiscer dans l'organisation du travail, l'article L. 241-10-1 ancien avait connu une interprétation restrictive sur l'objet de la décision administrative, limitée à l'appréciation portée sur l'état de santé du salarié, et sur le genre de poste pouvant lui convenir, compte tenu de cet état de santé (112), sans vérification possible de l'existence de postes disponibles. Dans un arrêt du 8 avril 2004, la Chambre sociale avait évacué toute idée de nullité du licenciement pour inaptitude prononcé après infirmation par l'inspecteur de l'avis du médecin (113).

Le changement d'orientation de la loi « *Travail* » consiste à remplacer le recours à l'inspecteur du travail par la saisine (émanant de l'employeur ou du salarié) du Conseil de prud'hommes, statuant en la forme des référés, et la demande d'une désignation d'un médecin-expert, qui peut obtenir communication du dossier médical en santé au travail de l'intéressé, et dont l'avis se substitue à celui du médecin du travail. Clairement, le pouvoir d'organisation du travail de l'employeur est préservé : la loi supprime toute contestation pour des raisons autres que médicales, qui porterait sur le caractère réalisable des propositions du médecin du travail.

De plus (sous réserve d'amendements), les propositions individuelles du médecin ne pourraient plus être des « mutations », mais uniquement des aménagements, adaptations de poste, aménagement du temps de travail motivées par l'âge, l'état de santé physique ou mentale. L'idée semble être de distinguer ces propositions de l'hypothèse du reclassement en cas d'inaptitude (114).

(110) Des médecins du travail ont subi une procédure disciplinaire devant l'ordre des médecins pour avoir attesté dans un certificat du lien entre l'état de santé d'un salarié et son travail.

(111) Le docteur Sandret avait souligné que, comme dans l'affaire de l'amiante en 2004 (CE 3 mars 2004 (deux esp.), Dr. Ouv. 2004 p. 206, concl. E. Prada-Bordenave), cette inapplication du droit de la santé au travail pourrait engager la responsabilité de l'État (Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail, op. cit., Dr. Ouv. 2011, spéc., p. 11).

(112) Cass. Soc. 24 avril 1980, Bull. V n° 266 ; Cass. Crim. 5 mai 1981, Bull. crim. p. 412 ; CE 27 juill. 1984, Dr. Soc. 1985, p. 12, concl. Boyon.

(113) Bull. civ. V n° 118, Dr. Ouv. 2004, p. 534, n. M. Bonnechère.

(114) Sur le repli de l'obligation de reclassement v. *supra*.

Ce qui frappe dans cette « modernisation » de la médecine du travail est à nouveau la faiblesse des nouveaux textes sur les finalités, les principes généraux de prévention, au premier rang desquels l'adaptation du travail à l'Homme (article L. 4121-2, 4°) n'étant guère visés. Pourtant, découlant de la directive 89/391 du 12 juin 1989, ils surplombent la réglementation du temps de travail comme celle de la médecine du travail.

Dans la réflexion sur les orientations du droit du travail, la jurisprudence sociale ne saurait être oubliée, et elle vise plus que jamais ces principes. Quelque mois après l'arrêt *Air France* du 25 novembre 2015, qui a conduit à s'interroger sur une formulation nouvelle de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur (115), celui-ci peut être lu dans le prolongement direct de l'arrêt *Snecma* du 5 mars 2008 : l'obligation de sécurité de résultat « impose (à l'employeur) de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs » (116). Cette obligation trouve sa source initialement dans le contrat de travail, mais découle aussi de la loi, ainsi que l'expriment les arrêts de la Chambre sociale depuis 2005 (117).

Nous ne sommes pas dans le domaine général du droit de la sécurité des personnes physiques, mais dans celui de la primauté du droit à la santé des salariés sur le pouvoir de direction de l'employeur. Comme l'a écrit Pierre-Yves Verkindt (118), « à bien lire le texte (article L. 230-2 § 1 devenu L. 4121-1) l'obligation posée est sans nul doute une obligation (légale) de résultat. Il n'impose pas au chef d'établissement de faire tout son possible ou de faire pour le mieux, il impose de prendre « les mesures » et les faire appliquer... Habilité par le droit à donner des instructions et à sanctionner leur éventuelle inexécution, l'employeur doit mettre son pouvoir au service de l'effectivité des mesures » (119). On ajoutera : ce ne sont pas « des mesures » que doit établir l'employeur, mais le fait qu'il a pris toutes les mesures nécessaires et en a assuré l'effectivité. Certains voient dans l'arrêt *Air France* un tournant de la jurisprudence, parlent d'obligation de moyen renforcée. Un recul s'annoncerait alors sur le terrain

de l'obligation de prévention effective. L'apport de l'arrêt *Air France*, annoncé comme de principe malgré la complexité des faits, est d'affirmer l'obligation pour l'employeur d'apporter la preuve, dont il supporte seul la charge et le risque, qu'il a pris toutes les mesures imposées par l'article L. 4121-2. L'examen attentif des arrêts futurs sur le terrain de la preuve sera très important pour vérifier que l'obligation « légale » de sécurité est bien toujours de résultat (120).

D'une manière répétée, il a été question au cours de ces lignes de « sécurité », de « sécurisation ». Alors qu'il y a quelques années, l'idée d'une « flexicurité à la française » conduisait certains à rechercher un équilibre entre l'aspiration à de la souplesse pour les entreprises et la recherche de sécurité pour les travailleurs, on peut se demander si la perspective ne risque pas d'être dévoyée, voire inversée, par les réformes récentes.

Si la loi ne renforce pas directement la décision unilatérale de l'employeur, elle donne à la négociation d'entreprise un caractère déséquilibré en lui permettant d'ignorer le contrat de travail et cantonne parfois l'intervention du comité d'entreprise. Si la « sécurisation des parcours » est affirmée comme un objectif, l'idée de « sécuriser les licenciements » est avancée, au nom d'une efficacité économique censée surplomber le droit du travail, qui entend préserver les décisions patronales.

Dans le même temps, la loi touche à l'obligation de reclassement, et ignore la sécurité conférée en principe par le contrat de travail au salarié.

L'histoire du droit du travail a été celle d'une lutte contre le déséquilibre inhérent au rapport salarial, caractérisé par le lien de subordination, et l'introduction des droits de la personne et des libertés individuelles et collectives dans les rapports de travail. Une refondation du droit du travail qui prétendrait ignorer les constructions en cours ne pourrait qu'être vouée à l'échec.

Michèle Bonnechère

(115) F. Héas, « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de résultat », Dr. Ouv. 2016, p.10, commentant Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.44 : « attendu que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail. ».

(116) Cass. Soc. 5 mars 2008, n° 06-45.888, Bull. n°46, Dr. Ouv. 2008, p.424 obs. F. Héas.

(117) Cass. Soc. 30 sept. 2005, n° 04-40.625.

(118) P.-Y. Verkindt, « L'acmé de l'obligation de sécurité », SSL 25 mars 2008.

(119) Exigence d'effectivité formulée par la cour de cassation (Cass. Soc., 19 déc. 2007, n° 06-46.134, dans une espèce où la Cour rappelle qu'il appartient à l'employeur de prendre en considération les propositions de mesures individuelles faites par le médecin du travail sur le fondement de l'article L. 241-10-1 du Code du travail ; v. aussi un arrêt de même date, n° 06-43.918, Bull. civ. V n°216, Dr. Ouv. 2008 p.342 n. A. Mazières).

(120) Un arrêt du 10 févr. 2016 (n°14-24.350, reproduit ci-après p.362) affirme, au visa de l'article L. 4121-1, que les juges ne peuvent pas limiter le montant des dommages-intérêts alloués à un salarié pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat au motif du comportement du salarié, les obligations des travailleurs dans le domaine de la santé et de la sécurité n'affectant pas le principe de la responsabilité de l'employeur.