

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ou l'histoire d'une réforme au long cours*

par Isabelle MEYRAT, Maître de conférences HDR
à l'Université de Cergy-Pontoise, LEJEP

PLAN

I. Continuité

- A. Inflexions
- B. Retournement

II. Renforcement

- A. Une « nouvelle architecture normative »
- B. L'appel aux droits fondamentaux

Absents de l'intitulé initial du projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs », le « travail » et les « travailleurs » le sont d'abord des analyses qui ont irrigué les réformes du droit du travail dans la dernière décennie. Le glissement vers les « actifs » n'était donc pas seulement d'ordre sémantique. Il était révélateur de la manière dont le travail et son droit ont été progressivement enfermés dans une double problématisation d'emploi et de compétitivité par les « discours experts ». Aussi, les dispositions de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, désormais relative « au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », sont-elles davantage le fruit d'une lente évolution des représentations et des fonctions assignées au droit du travail que la marque d'une authentique rupture. En effet, les innombrables rapports élaborés à partir des années 2000 s'accordent sur le diagnostic des maux dont cette branche du droit souffrirait (complexité, insécurité) et sur les remèdes (simplification, extension du champ du droit négocié) qu'il convient de lui administrer pour lui restituer son « efficacité ». Si le double mouvement de décentralisation normative et de mise à l'écart du juge se trouve indéniablement renforcé (II), la nouvelle loi s'inscrit néanmoins dans une continuité réformatrice visant à accroître « l'efficacité » du droit du travail et, ce faisant, à accréditer l'idée d'un droit du « marché » du travail (I).

I. Continuité

À quel moment convient-il de situer l'apparition de cette soif inextinguible de réformes du droit du travail ? Si les « prémices d'une société de responsabilité » (1) et les premières inflexions apportées à l'articulation des normes du travail peuvent être imputées à l'ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail (A), le « grand retournement » (2) idéologique s'est opéré au début des années 2000 (B).

A. Inflexions

L'importance « d'un droit posé par l'État et sanctionné par lui » (3) est l'un des traits saillants du modèle français de droit du travail et dépasse largement le cadre du droit légiféré. Elle se manifeste aussi dans l'intensité de l'activité réglementaire. Cet interventionnisme juridique s'est longtemps accommodé d'une conception largement discrétionnaire des pouvoirs patronaux. Ce modèle a été bousculé par le changement politique intervenu

* Merci à Claire Joigneaux-Desplanques, qui est un peu à l'origine de ce texte, pour nos échanges, ses suggestions et sa précieuse relecture.

(1) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.

(2) A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

(3) A. Lyon-Caen, « Changement politique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail*, Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 1.

au printemps 1981. En effet, le rapport *Auroux* (4) sur les droits des travailleurs, qui a précédé les lois éponymes, livrait une conception profondément renouvelée du droit du travail. La reconnaissance de « droits nouveaux » aux travailleurs, la reconstitution de la collectivité de travail, le renforcement des prérogatives des institutions représentatives du personnel et le « renouveau » de la négociation collective (5), tels étaient les objectifs très ambitieux assignés à la future législation. Toutefois, l'idée selon laquelle le droit du travail doit contribuer « plus efficacement à la production et à la croissance » dans une société, déjà en proie aux restructurations et à un chômage de masse, était consubstantielle du projet de faire des travailleurs des « citoyens à part entière » et « les acteurs du changement dans l'entreprise ». En effet, la reconnaissance de ces droits nouveaux ainsi que le renforcement des prérogatives des représentants du personnel avaient « aussi » pour finalité de susciter « l'adhésion sociale au desserrement des contraintes économiques ». Il s'agissait donc de faire de l'extension des droits des salariés un levier de la flexibilité.

Ce modèle combinant flexibilisation tempérée et négociée des conditions de travail en contrepartie de l'octroi de nouveaux espaces de libertés a été d'emblée transposé au régime du temps de travail par l'ordonnance n°82-41 du 16 janvier 1982. Tout en réduisant la durée légale du travail effectif à 39 heures par semaine, celle-ci autorisait une convention ou un accord collectif à « substituer ses propres dispositions à celles d'un texte de loi ou d'un règlement sans que la norme conventionnelle soit tenue de revêtir un caractère plus favorable aux salariés » (6). Ainsi, dès 1982, la durée du travail était amenée à « varier à condition que sur un an, cette durée n'excède pas en moyenne la durée légale (...) et que les conditions de sa modulation soient prévues par une convention ou un accord collectif étendu ou par un accord d'entreprise ou d'établissement (...) ». Le contingentement des heures supplémentaires tombait également sous le coup de cette nouvelle articulation entre normes étatiques et normes conventionnelles (7), exclusive du principe dit de faveur. Premiers signes d'une rupture avec le modèle « classique » d'articulation entre droit étatique et droit conventionnel, les accords qualifiés de dérogatoires demeuraient néanmoins assujettis à une habili-

tation, au cas par cas, de la loi elle-même, ainsi qu'à l'absence d'opposition des syndicats représentatifs majoritaires. En outre, la validité des dérogations considérées comme les plus problématiques, comme par exemple le repos dominical, était conditionnée par la double conclusion d'un accord de branche étendu et d'un accord d'entreprise.

Toutefois, ces inflexions, quelle que soit leur importance, demeuraient sous le signe de la recherche « d'un équilibre entre deux objectifs : réduire le temps passé par les salariés à leur travail et ménager aux entreprises les souplesses nécessaires au développement de leur compétitivité » (8). Il faut également rappeler que les réformes du droit du travail se sont inscrites dans un contexte plus général de démocratisation de la société française, encore imprégnée des idéaux d'émancipation individuelle et collective portés dans les années 60-70. Elles furent précédées d'une série de mesures prises dès juin 1981 : revalorisation du SMIC, hausse des minima sociaux, soutien de l'activité économique par la politique budgétaire. Pourtant, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, les années 80 ont marqué un tournant décisif, en ce sens où « le politique » s'est définitivement brisé sur le mur des prétendues « réalités » infranchissables, présentées comme des contraintes extérieures s'imposant à la classe dirigeante. La compréhension des ressorts de cette conversion idéologique de la gauche de gouvernement, imputable en partie à la pugnacité des hauts fonctionnaires du Trésor pour imposer le financement de l'État par les marchés de capitaux, ne relève certes pas immédiatement du champ de réflexion des juristes (9). Ils ont néanmoins été des ferments décisifs d'une évolution globale, dont le régime juridique des relations du travail n'allait pas sortir indemne. L'ambition réformatrice des lois *Auroux* visant à concilier extension des droits des travailleurs et revendication de flexibilité s'est trouvée rapidement prise à défaut par divers discours puisant leurs justifications dans la nécessité de s'adapter aux contraintes de la concurrence internationale et aux aléas des marchés. Chemin faisant, la quête d'émancipation des travailleurs a cédé le pas à l'objectif de flexibilité conçue, à partir des années 2000, comme l'unique solution pour remédier au chômage (10).

(4) Sur cette période, se reporter au très beau texte d'A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, in *Droit du travail, démocratie et crise*, Actes Sud 1986, p. 19.

(5) En particulier de la négociation d'entreprise, à travers l'instauration d'un droit de la négociation collective dont il était attendu qu'il « stimule » la négociation elle-même.

(6) G. Borenfreund et M-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective », *Dr. Soc.* 2003, p. 72.

(7) Aux termes de l'article 212-6 du Code du travail issu de l'ordonnance n°82-41 du 16 janvier 1982, « Un décret détermine un contingent annuel d'heures supplémentaires pouvant être effectuées après

information de l'inspecteur du travail et, s'ils existent, du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel. Un contingent d'un volume supérieur ou inférieur peut être fixé par une convention ou un accord étendu ».

(8) Rapport préc.

(9) V. l'excellent ouvrage de B. Lemoine, *L'ordre de la dette, enquête sur les infortunes de l'État et la prospérité du marché*, La Découverte, 2016.

(10) J. Affichard, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail », *RDT* 2009, p. 631.

Fondamentalement, c'est la conception même de la modernité qui sort ébranlée de cette période. Et le terme « réforme » de désigner l'érosion des sécurités attachées à l'emploi.

B. Retournement

Le retournement qui s'opère dans les années 2000 se manifeste moins dans l'évolution du droit positif en tant que tel que dans les discours sur le droit du travail, et plus largement autour du « modèle social français ». Contemporain de l'emblématique opération de réduction du temps de travail à 35 heures et de la transformation du CNPF en Medef, ce retournement prend sa source dans des courants de pensée aux ramifications politiques et idéologiques complexes. L'effondrement du bloc soviétique se conjugue avec l'héritage émancipateur de mai 68 et la critique foucauldienne des institutions pour favoriser un glissement vers une dénonciation de « l'État-providence », c'est-à-dire des politiques publiques de redistribution et de réduction des inégalités. Cette dénonciation englobe le « salariat », présenté comme un « *mode d'organisation du travail où l'une des parties à l'activité productive se trouve pratiquement déchargée de tous les risques en échange de sa subordination (...) et qui surprotège ceux qui sont déjà protégés quand il surexpose ceux qui sont déjà le plus exposés et encourage des phénomènes d'aléa moral – profiter du système – non seulement démoralisants, mais aussi terriblement dispendieux* » (11).

S'enorgueillissant d'incarner la « modernité », ce discours qui entend « *ré-instituer le social* » (12) en recentrant l'action publique sur un « *gouvernement des risques* » va connaître des prolongements divers, en particulier dans le champ du droit social (13). En 2000, le Medef dévoile son projet de « *refondation sociale* ». Partant du postulat de « *l'inadaptation de*

notre système d'élaboration des normes sociales à l'économie moderne », il appelle à « *réinventer un système à partir du niveau optimum d'efficacité économique et sociale du dialogue social, c'est-à-dire l'entreprise, et à renverser la pyramide, en faisant de l'entreprise, voire de l'établissement, la base élargie du système, et en redonnant à la loi son rôle de définition des principes* ». La Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective suivra de près (14). Toutefois, à la différence du projet de refondation sociale revendiquant une décentralisation normative maximale, ce document mettait en avant l'idée d'une « *articulation dynamique et maîtrisée des niveaux de négociation* » (15). L'attribution, par la loi du 4 mai 2004 (16), d'une fonction principalement supplétive aux accords de branche, et plus généralement aux accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus vaste que l'accord d'entreprise, s'inscrit dans le prolongement de ces appels au ré-ordonnement des normes du travail. Cette tendance sera encore accentuée dans le domaine du temps de travail par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (17).

Au cours des années 2003, 2004 et 2005, on ne compte pas moins de trois rapports officiels contestant la légitimité du droit du travail au nom d'un objectif d'efficacité. Des travaux d'économistes (18) prennent pour cible les règles de « protection de l'emploi », dont la complexité engendrerait l'incertitude et découragerait la création d'emplois. Le rapport de Virville (19) dénonce également la complexité du droit du travail en tant qu'elle serait source d'« *insécurité juridique* » (pour les entreprises !). Sous le couvert de l'efficacité, ce document appelait à un vaste redéploiement du droit du travail, placé sous le signe de sa déjudiciarisation (20) et de l'extension du champ de la

(11) F. Ewald et D. Kessler, « Les noces du risque et de la politique », Le Débat, mars-avril 2000, p. 55.

(12) F. Ewald et D. Kessler, préc.

(13) Ce ne sont pas les trajectoires personnelles de transfuges de la « gauche prolétarienne » qui suscitent l'étonnement, mais plutôt le ralliement de l'ensemble de la classe dirigeante et d'une fraction du mouvement syndical à leurs thèses.

(14) « Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective », Dr. Soc. 2003, p. 92.

(15) « *Il s'agit de permettre à chaque niveau de pouvoir négocier de telle sorte que les dispositions conclues à un niveau plus ou moins centralisé s'imposent au niveau décentralisé en l'absence d'accord portant sur le même objet. Mais chaque niveau doit respecter les dispositions d'ordre public social définies par les la loi et les dispositions des accords interprofessionnels ou de branche auxquels leurs signataires ont entendu conférer un caractère normatif et impératif qui peuvent être constitutives de garanties minimales* ».

(16) M-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », Dr. Soc. 2004, p. 579.

(17) V. *Infra*.

(18) O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, CAE, La Documentation française, 2003. P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française 2005.

(19) M. De Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, La Documentation française, 2004.

(20) Dénonçant pêle-mêle « *l'inflation législative* », « *l'instabilité des normes* » dont le « *contenu s'avère inadapté à la réalité du monde du travail, pêchant soit par excès de formalisme et de précision, soit, à l'inverse, par une généralité créatrice d'ambiguïté et d'insécurité juridique* », ce document formule un ensemble de 50 propositions dont la plupart tendent à restreindre les possibilités pour les salariés et leurs représentants de contester par la voie judiciaire les décisions de l'employeur et les clauses des accords collectifs (réduction des délais de prescription, instauration d'un délai de forclusion, modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, valorisation de la rupture négociée, dépénalisation du droit du travail, création d'une nouvelle forme de CDD...).

négociation collective. À l'aune de son influence sur les évolutions ultérieures du droit du travail, on mesure aujourd'hui à quel point étaient fondées les fortes inquiétudes exprimées (21) à son endroit. Brandi dans le même temps sous d'autres cieux (22), le thème de la « sécurité juridique », autant dire la limitation du contrôle judiciaire des actes unilatéraux et conventionnels, occupe depuis lors une place centrale dans les discours réformateurs. Si la « *confrontation du droit du travail à un discours économique* » (23) n'est pas véritablement nouvelle, la montée en force d'un impératif de sécurité ou de sécurisation dans les discours juridiques l'ébranle dans ses fondations mêmes. En effet, le rapport de travail que décrit le lien juridique de subordination s'entend de l'assujettissement du salarié à un pouvoir au sens de « prérogative juridique », c'est-à-dire habilitation à accomplir des actes juridiques unilatéraux, à prendre des décisions, à adresser des ordres qui s'imposent en droit à d'autres personnes (24). L'encadrement de ce pouvoir constitue le principal objet du droit du travail. Borné en amont par un ensemble de règles substantielles et procédurales, l'exercice du pouvoir a pour corollaire le privilège du préalable : la décision de

l'employeur s'impose au salarié, qui n'a d'autre choix que de s'y soumettre ou de saisir le juge s'il entend la contester. Or, le prisme de la sécurité juridique ignore le droit du travail dans sa fonction de rationalisation du pouvoir. L'essor des modes de rupture du contrat de travail reposant sur la volonté est symptomatique de l'aspiration à conjurer l'incertitude inhérente à la « *radicale interprétativité des textes juridiques* » (25). Il en va ainsi de la rupture conventionnelle, soustraite à l'exigence de cause réelle et sérieuse, et, par conséquent, à son appréciation judiciaire, dont l'encadrement procédural tend essentiellement à « *garantir la liberté de consentement des parties* ». Le dispositif des accords de maintien de l'emploi constitue le point d'acmé de cette frénésie sécuritaire, la loi qualifiant de licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse la rupture du contrat de travail consécutive au refus du salarié d'accepter l'application des dispositions de l'accord.

L'évolution du droit du travail vers un droit du *marché du travail* (26) s'est donc accomplie progressivement. C'est pourquoi la loi du 8 août 2016 renforce une tendance plus qu'elle n'innove véritablement.

II. Renforcement

Au soutien de la « nouvelle architecture » normative, reposant sur la centralité de l'accord d'entreprise que dessine la loi du 8 août 2016 (A), les droits fondamentaux sont désormais explicitement appelés à remplir une fonction d'obstacle (B).

A. Une « nouvelle architecture normative »

Présentée dans le rapport *Combrexelle*, remis au Premier ministre en septembre 2015, cette « nouvelle architecture » vise à renforcer la centralité de l'accord d'entreprise (ou d'établissement) dans le domaine du temps de travail, et accentue, par là même, la logique de supplétivité (27) des accords de branche et des

normes étatiques. Elle repose sur un échafaudage normatif dont la complexité n'a d'égale que la « *technicité aveuglante* » (28) des règles du temps de travail. Un découpage est ainsi opéré entre trois catégories ou niveaux de dispositions législatives. Le premier niveau regroupe des dispositions qualifiées d'« ordre public », qui signifient des règles générales dont la mise en œuvre incombe à la négociation collective ou relève, le cas échéant, des dispositions supplétives. Pour l'essentiel, ces dispositions d'ordre public renferment des énoncés précédemment forgés par la loi et la jurisprudence pour décrire les principales catégories juridiques du temps de travail (la durée du travail effectif (29), l'heure supplémentaire (30), la

(21) A. Lyon-Caen et H. Masse-Dessen, « La sécurité change de camp », *Le Monde*, 13 février 2004.

(22) *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis au Premier Président de la Cour de cassation, 2004 (groupe de travail présidé par N. Molfessis).

(23) G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, Thèse, Université de Nantes, 2012.

(24) A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Sem. Soc. Lamy*, 2008, n° 1340, p. 15.

(25) A. Jeammaud et M. Le Friant, « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, Genre et Société*, n°2/1999, L'Harmattan, p. 38.

(26) V. Rapport du COE, *Les réformes des marchés du travail en Europe*, 2015.

(27) M-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », *RDT* 2009, p. 14.

(28) M. Grévy, « Où en est le temps de travail ? », *Dr. Ouv.* 2009, p. 192 et 255.

(29) Art. L. 3121-1 : La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

(30) Art. L. 3121-28 : Toute heure accomplie au delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent.

période d'astreinte (31), le régime d'équivalence (32), le travail de nuit (33)). Le deuxième niveau comprend des dispositions, logées sous des rubriques intitulées « champ de la négociation collective », destinées à borner les accords collectifs. Le troisième niveau se compose de dispositions dites supplétives, c'est-à-dire les règles applicables en l'absence d'accord collectif.

Cette présentation ne saurait masquer le fait que les axes majeurs de la réforme, c'est-à-dire la « *radicalisation de la suppléativité* » (34) et donc le « *recul* » (35) de la convention de branche, avaient été tracés dans la loi du 20 août 2008, dont l'ordonnancement des règles du temps de travail était sorti singulièrement bouleversé. En effet, sur des questions aussi essentielles que le contingent annuel d'heures supplémentaires ou le repos compensateur, la loi attribuait prioritairement compétence à l'accord d'entreprise, l'accord de branche n'ayant plus vocation à s'appliquer qu'« *à défaut* » d'accord d'entreprise, et le décret qu'« *à défaut* » d'accord collectif. Sur d'autres points, tels que les astreintes et les majorations d'heures supplémentaires, une compétence concurrente était reconnue à l'accord de branche et à l'accord d'entreprise. Enfin, s'agissant des conventions de forfait, elles pouvaient être prévues « *par un accord collectif d'entreprise ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche* ».

La loi de 2016 étend la suppléativité de l'accord de branche à la plupart des règles relatives au temps de travail. Or, contrairement au modèle dérogatoire, qui se présente comme une « faculté » ouverte et circonscrite par la loi d'écarter la « *règle normalement applicable* » (36), le modèle supplétif suppose que la règle ainsi qualifiée ne s'applique qu'à défaut d'autres dispositions. L'extension du caractère supplétif de l'accord de branche ne fait pas totalement disparaître le modèle de l'accord dérogatoire. Ainsi, par exemple, dans le cas de la durée quotidienne de travail (37), la loi combine le modèle dérogatoire et le modèle supplétif. La généralisation de la suppléativité de l'accord de branche en matière de temps de travail s'accompagne également de la disparition du

dispositif des clauses dites de verrouillage permettant de maintenir l'effet impératif de l'accord de branche vis-à-vis de l'accord d'entreprise. Ce ré-ordonnement des normes du temps de travail ne va pas sans quelques modifications affectant le fond du droit dans le sens d'un accroissement possible des sujétions pesant sur les salariés (38).

Le prolongement des orientations de la loi de 2008 se manifeste également au niveau des règles de conclusion des accords d'entreprise. En effet, celle-ci avait subordonné la validité de l'accord d'entreprise à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles. Ce seuil d'« *acquiescement minimum* » (39) est remplacé par une exigence d'acquiescement majoritaire. Ainsi, la validité d'un accord d'entreprise est désormais subordonnée à sa signature par « *une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales représentatives* » (40). L'introduction de l'exigence majoritaire a pour corollaire la suppression du droit d'opposition. Toutefois, dans l'hypothèse où l'accord ne recueillerait pas l'assentiment d'une ou plusieurs organisations syndicales majoritaires, la loi permet aux organisations non-signataires de provoquer une consultation des salariés destinée à valider celui-ci, dès lors qu'elles ont obtenu plus de 30 % des suffrages exprimés (la loi ne précisant pas si ces suffrages doivent s'être exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives) (41).

Il est impossible, dans le cadre de cette étude, d'inventorier l'ensemble des nouvelles dispositions, et tel n'est d'ailleurs pas son objet. On se contentera de dire quelques mots de l'article 22 qui, introduisant un article L.2254-2 dans le Code du travail, consacre un mécanisme d'articulation des rapports de l'accord collectif et du contrat de travail favorable à la prévalence du premier, dès lors qu'il est conclu sous les auspices « *de la préservation ou du développement de l'emploi* ». Dans ce cas, en effet, les stipulations de l'accord « *se substituent de plein droit aux*

(31) Art. L. 3121-9 : Une période d'astreinte s'entend comme 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.

(32) Art. L. 3121-13 : Le régime d'équivalence constitue un mode spécifique de détermination du temps de travail effectif et de sa rémunération pour des professions et des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction.

(33) Art. L. 3122-2 : Tout travail effectué au cours d'une période d'au moins neuf heures consécutives comprenant l'intervalle entre minuit et 5 heures est considéré comme du travail de nuit.

(34) M-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », préc.

(35) M-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », préc.

(36) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 1987, PUF.

(37) Art. L. 3121-18 et L. 3121-19 C. trav.

(38) Ainsi en va-t-il de la possibilité, pour un accord de branche, d'organiser la répartition du temps de travail sur une période de référence de 3 ans (art. L. 3121-44, 2°).

(39) M-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », préc.

(40) Art. L. 2213-13.

(41) V. G. Bélier, « La centralité de l'accord d'entreprise : une croyance plus qu'une démonstration », RDT 2015, p. 653.

clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ». À n'en pas douter, cette figure conventionnelle s'inscrit, là encore, dans le prolongement des accords de maintien de l'emploi et des accords de mobilité interne créés par la loi de 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Si le régime de ces nouveaux accords diffère sensiblement des précédents (42), le mécanisme est identique. La rhétorique de l'emploi se conjugue avec la force normative de l'accord collectif pour soustraire au juge le contrôle du licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter la modification de son contrat résultant de l'application de l'accord (43). L'employeur se trouve, de la sorte, dispensé de justifier le licenciement, lequel est présumé revêtir une cause réelle et sérieuse, et d'engager, le cas échéant, la procédure de grand licenciement collectif. Le mécanisme de l'accord collectif, dont la légitimité est accrue par son caractère majoritaire, est ainsi mis au service d'une ingénierie juridique destinée à évincer le contrat de travail (44) et le régime des grands licenciements collectifs.

B. L'appel aux droits fondamentaux

Le droit du travail s'est trouvé confronté, à partir des années 70, à une problématique en termes de « libertés publiques », relayée avec force par une doctrine soucieuse de limiter « *la liberté contractuelle de l'employeur et le pouvoir qui en découle* » (45). De « *la grande dispute des années cinquante à soixante-dix relative à la protection des représentants du personnel* » (46) au contrôle du règlement intérieur à l'aune des « *droits de la personne* » (47) et au renforcement des sanctions (48), les droits fondamentaux ont eu de profondes résonances en droit du travail (49).

Par-delà cet incontestable « *affermissement des droits de la personne du salarié* » (50), on peut légitimement s'interroger sur l'évolution des fonctions de la référence aux droits fondamentaux dans les

discours juridiques (51). En effet, dans le contexte de recomposition du droit du travail autour d'un modèle de flexibilité, les droits fondamentaux assument principalement une fonction d'obstacle. Ainsi, le régime juridique du temps de travail, forgé par trois décennies de réformes, repose sur une très forte décentralisation normative et d'importantes possibilités d'aménagement en fonction des besoins de l'organisation productive et ne fait apparaître qu'un nombre très limité de dispositions légales signifiant des règles substantielles et impératives. Ces dernières se résument, pour l'essentiel, à des durées maximales de travail (52) et à un repos quotidien et hebdomadaire. C'est dans ce contexte de flexibilité très poussée que la Cour de cassation (53) invoque « *le droit à la santé et au repos* » pour décider qu'en cas de non-respect par l'employeur des dispositions de l'accord collectif autorisant sa conclusion, une convention de forfait en jours est dépourvue d'efficacité. L'invocation du droit à la santé et au repos remplit bien ici une fonction d'obstacle, non pas au dispositif du forfait-jour, mais à sa mise en œuvre dans des conditions ne garantissant pas le respect de ces exigences minimales. Les droits fondamentaux sont mobilisés comme des normes de clôture destinées à circonscrire l'espace ouvert par la loi aux facultés de dérogation conventionnelle, longtemps « *soumise à l'impérative condition de bénéficier aux salariés* » (54). De la même manière, la consécration d'une exigence d'égalité de traitement par la Chambre sociale, à la fin des années 90 (55), est inséparable du mouvement d'individualisation des rapports de travail (56), en ce sens où elle remplit principalement une fonction d'obstacle aux pratiques de différenciation induites par les transformations des modes de gestion de l'emploi (57).

Le constat d'un certain glissement de la fonction des droits fondamentaux dans les discours juridiques n'a rien à voir avec une quelconque « *méfiance* » (58)

(42) La loi ne contient aucune référence à des difficultés économiques.

(43) Ce licenciement repose, selon les termes de l'article L. 2254-2, sur un « *motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement soumis aux seules modalités et conditions applicables au licenciement individuel pour motif économique* ».

(44) M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », Dr. Ouv. 2012, p. 459.

(45) J.-M. Verdier, « Travail et libertés », Dr. Soc. 1982, p. 418.

(46) J.-M. Verdier, D, ch. 1988, p. 63.

(47) CE, 1^{er} fév. 1980, concl. A. Bacquet, Dr. Soc. 1980, p. 310.

(48) M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ 2002 ; du même auteur, « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », Dr. Ouv. 2006, p. 114.

(49) V. notre thèse, *Droits fondamentaux et droit du travail*, Thèse Université Paris X-Nanterre, 1998.

(50) A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Dr. Soc. 1998, p. 211.

(51) Par « discours juridiques », on entend l'ensemble des propositions normatives et doctrinales.

(52) Durées maximales qui, en vertu des articles L. 3131-24 et L. 3131-25, ne sont pas applicables aux salariés ayant conclu des conventions de forfait en jours sur l'année.

(53) Cass. Soc. 29 juin 2011, n°09-71.107, Dr. Ouv. 2011, p. 723, n. E. Richard.

(54) A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », préc.

(55) Cass. Soc. 29 octobre 1996, n°92-43.680, Dr. Ouv. 1997, p. 149, n. P. Moussy.

(56) V. P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation du salarié-individu*, LGDJ, 2005.

(57) Cass. Soc. 12 juillet 2010, n°09-15.182.

(58) M. Bonnechère, « Où va le droit du travail ? », Dr. Ouv. 2016, p. 315.

à leur égard. Il s'agit seulement de constater que leur mobilisation dans ces discours tend davantage à servir d'ultime rempart à une bâtisse ouverte à toutes les intempéries qu'à reconnaître des droits nouveaux aux salariés. Cette fonction d'obstacle est, d'ailleurs, au cœur du document remis par le comité *Badinter* « chargé de définir les principes essentiels du droit du travail ». Les termes employés dans l'introduction de ce document pour définir la mission du groupe de travail et la fonction de ces « principes essentiels » ne laissent guère de place au doute sur leur fonction d'obstacle aux dérives inhérentes au renforcement de la décentralisation normative : « À l'heure des transformations profondes qu'engendrent la révolution numérique et l'irrésistible mondialisation des échanges, il s'agit, pour le législateur français, d'encadrer, sans le contraindre, le droit du travail en le fondant sur des principes indiscutables ». En d'autres termes, c'est bien parce que sont pressentis les dangers de la réforme à venir du droit du travail que s'impose la nécessité d'inscrire dans le marbre des « principes essentiels ». Il est néanmoins permis de mettre en doute l'aptitude de « principes essentiels » à procurer aux salariés des garanties concrètes en termes de sécurité physique, de revenu et d'emploi, fragilisées par une décennie de réformes libérales. Tout à la fois remparts contre l'arbitraire et les

dérives d'une flexibilisation des conditions d'emploi et vecteurs de l'individualisation des rapports de travail, les droits fondamentaux traduisent l'ambivalence du droit du travail lui-même. En imposant des règles minimales aux entreprises en matière d'acquisition et de gestion de la main-d'œuvre, celui-ci œuvre à la protection des salariés et contribue également à la régulation de la concurrence. Et ses règles, « toutes réversibles, peuvent coïncider avec les intérêts des entreprises ou des salariés selon qu'on les présente sous une face ou sous une autre » (59).

Pour conclure, on soulignera que l'objectif de « refondation du droit du travail », défini à l'article 1^{er}, qui vise à attribuer une « place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétence et son champ d'action, dans le respect du domaine de la loi fixé par l'article 34 de la Constitution », paraît très en deçà des grands enjeux sociaux de notre temps. À la complexification croissante des formes d'organisation du capital et des modes d'exploitation des travailleurs qui en découlent, la loi du 8 août 2016 se contente de mentionner une « responsabilité sociale des plateformes » (60). Circulez, il n'y a vraiment rien à voir !

Isabelle Meyrat

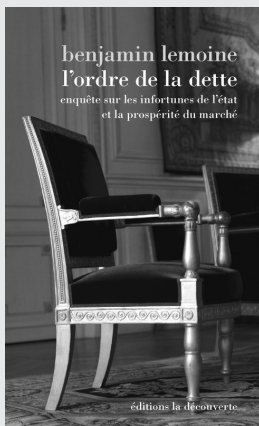
(59) G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz 1995.

(60) V. B. Defer, *Les travailleurs des plateformes de service à la demande à l'épreuve de la subordination*, Mémoire, Master 2 de droit social, Université de Cergy-Pontoise, année universitaire 2016-2017.

L'ORDRE DE LA DETTE

Enquête sur les infortunes de l'État et la prospérité du marché

Benjamin Lemoine



Pourquoi la dette publique occupe-t-elle une telle place dans les débats économiques contemporains, en France et ailleurs ? Comment s'est-elle imposée comme la contrainte suprême qui justifie toutes les politiques d'austérité budgétaire et qui place les États sous surveillance des agences de notation ? À rebours de ceux qui voient la dette comme une fatalité et une loi d'airain quasi naturelle, Benjamin Lemoine raconte dans ce livre comment, en France, l'« ordre de la dette » a été voulu, construit et organisé par des hommes politiques, des hauts fonctionnaires et des banquiers, de gauche comme de droite – parmi lesquels François Bloch-Lainé, Charles de Gaulle, Antoine Pinay, Valéry Giscard d'Estaing, Michel Pébereau, Laurent Fabius, Lionel Jospin, Dominique Strauss-Kahn... Autrement dit, il fut le fruit d'un choix politique.

Ce livre reconstitue la généalogie détaillée de ce choix stratégique, et prend la mesure de la grande transformation de l'État dans l'après-guerre. On réalise alors à quel point les nouveaux rapports entre finance privée et finances publiques sont au cœur des mutations du capitalisme, dans lequel l'État est devenu un acteur de marché comme les autres, qui crée et vend ses produits de dette, construisant par là sa propre prison.

La Découverte coll. Sciences humaines
308 pages – 2016 – ISBN : 9782707185501 – 22 euros