

Quel avenir pour le droit du travail?

La question de l'avenir du droit du travail mérite d'être posée au regard des débats en cours, de la législation du travail modifiée à rythme soutenu, des projets esquissés par la ministre du Travail et présentés au Premier ministre, le 4 novembre dernier.

Michel MINÉ, membre du Comité central de la LDH, coresponsable du groupe de travail LDH « Discriminations, racisme, antisémitisme »*

Le droit du travail a toujours été objet de débats. La situation actuelle est originale du fait que toutes les données du droit du travail sont en discussion (complexité, adéquation, effectivité, etc.) et que tous les acteurs s'en emparent. Un postulat l'emporte dans le débat médiatique : le droit du travail, trop complexe pour les employeurs de PME, freinerait l'embauche. Cette assertion réitérée ne résiste pas à l'analyse. Aucune étude sérieuse n'a démontré que la réduction des droits de ceux qui ont un travail favoriserait l'emploi de ceux qui n'en ont pas. Jusqu'où ira la réduction de droits des salariés, au nom de l'emploi ? A son origine, le droit du travail organise « *l'exploitation du travail humain en régime capitaliste* » : lien juridique de subordination du salarié à l'égard de l'employeur inscrit dans le contrat de travail, interdiction des groupements, inégalité devant le juge (« *en cas de litige, le maître est cru sur parole* »), livret ouvrier, etc. Puis, le mouvement ouvrier a conquis des droits d'action : de grève, syndical, de négociation d'accords, et des droits minimums pour le travail : limitation de la durée du travail, etc. Résultat, le droit du travail contemporain est ambivalent :

* Dernier ouvrage publié : *Le Droit du travail*, 2015, 27^e édition, Eyrolles.

il renforce le pouvoir de l'employeur et garantit des droits au salarié. Entre ces deux pôles, il est en tension permanente, le point d'équilibre (ou de déséquilibre) variant suivant les périodes et les sujets. Le droit du travail organise l'offre d'emploi et de travail (classifications, formation, etc.). Il assure, plus ou moins bien, la « régulation » de la conflictualité sociale (à défaut, les conflits débouchent sur la violence).

Ce que contient le Code du travail

Le Code, depuis sa recodification en 2008, comprend huit livres :

- relations individuelles de travail (contrat de travail, CDD, intérim...);
- relations collectives de travail (syndicats, négociations collectives, comités d'entreprise, délégués du personnel...);
- durée du travail (durées maximales, repos minimum...), salaire (Smic...), intérèsement, participation et épargne salariale;
- santé et sécurité au travail (principes de prévention, règles concernant des risques spécifiques...);
- emploi (travailleurs handicapés, indemnisation du chômage...);
- formation professionnelle tout au long de la vie (apprentissage...);
- dispositions particulières à certaines professions (journalistes, VRP...);
- contrôle de l'application de la législation du travail (Inspection du travail...), avec parfois des règles spécifiques applicables dans les Dom.

A bien y regarder, un employeur de PME, au quotidien, n'a à connaître que quelques articles du Code du travail, essentiellement dans les livres 1, 3 et 4. Certains veulent simplifier le Code du travail. Un droit plus accessible est sans doute nécessaire. Il en est ainsi pour le Code du travail, comme pour le Code fiscal, etc. Dans quel dessein ? Pour que ce droit soit plus effectif pour ses destinataires, en premier lieu les salariés ? Pour réduire les droits des salariés, perçus comme des contraintes insupportables à la compétitivité des entreprises ? Des éléments sont à mettre en avant, dans ce débat. Le Code du travail est :

- une source du droit du travail, pas *la* source : la complexité se trouve aussi dans les conventions collectives (négociées et signées par les organisations d'employeurs et les syndicats de salariés) et dans la jurisprudence (dont le volume augmente aussi du fait de lois et de conventions collectives mal rédigées, favorisant les contentieux). Ce qui ne serait plus dans le Code du travail se retrouverait

ainsi dans ses autres sources ; - un catalogue de droits des employeurs (droits disciplinaire, de modification des conditions de travail, de licenciement, etc.) ; il n'est pas qu'une liste de droits des salariés ; - volumineux du fait, aussi, de nombreuses dérogations obtenues par les organisations d'employeurs (en dernier lieu, les règles dérogeant au repos dominical). Sans doute serait-il souhaitable de donner une meilleure architecture à ce Code à partir de principes fondamentaux⁽¹⁾. Il sera alors nécessaire de faire un choix au regard des fonctions à donner au droit du travail, et de ne pas oublier de principes essentiels pour la personne.

Propositions et évolutions législatives

Un sujet technique cristallise l'attention : la « crise des sources » du droit du travail, soit la place accordée à la loi et à la convention collective. La loi serait trop prégnante, il conviendrait de donner plus de place à la négociation collective, surtout à la négociation d'entreprise. La jurisprudence prend trop de place, et le juge ne devrait pas pouvoir remettre en cause des décisions d'entreprises.

Le rapport Combexelle, qui contient quelques propositions intéressantes (négociation de filières, notamment), se situe dans cette lignée, à la suite d'autres⁽²⁾. Il s'agirait d'élaborer un « droit de la compétitivité des entreprises », assurant la sécurité juridique des décisions de gestion et la « flexibilité » du travail (soit un transfert des risques de l'entreprise sur les salariés, exposés à l'insécurité juridique).

Des progrès de droits des salariés (santé et sécurité, discriminations...) coïncident avec d'autres évolutions législatives majeures : - concernant les sources du droit, la hiérarchie des normes et la mise à l'écart du principe de faveur : depuis 1982, un accord

collectif peut déroger à la loi ; depuis 2004, un accord d'entreprise peut déroger à un accord de branche (la « loi de la profession » peut devenir supplétive) ; - concernant l'accès au juge et à la réparation intégrale : depuis 2013, la prescription est réduite pour les salariés (deux à trois ans en général, au lieu de cinq ans pour le commun des justiciables) ; depuis 2013 également, la réparation pour les salariés licenciés sans justification peut être forfaitaire. La loi du 6 août 2015 voulait aller plus loin, son échec n'est que momentané ; « Droits des pauvres, pauvres droits »... - concernant le rôle des représentants élus du personnel : depuis 2015, le dialogue social d'entreprise peut, sur décision du gestionnaire de l'entreprise, être réduit (attributions du comité d'entreprise, des délégués du personnel et du CHSCT⁽³⁾ confondues dans une délégation unique du personnel, avec des risques de dilution des questions de santé, etc.).

A propos de la négociation collective

La volonté de faire de la négociation collective le vecteur essentiel d'élaboration du droit du travail, notamment au niveau des entreprises, appelle plusieurs remarques :

- les négociations ne sont pas authentiques dans nombre d'entreprises : l'employeur propose un projet d'accord et les syndicats essaient de l'amender ; les négociateurs ne sont pas à « armes égales » ;
- dans les PME, les organisations syndicales sont souvent absentes et les employeurs ne sont pas favorables à leur présence et à la négociation ;
- le mouvement syndical est affaibli ; adopter le modèle social d'Europe du Nord supposerait d'adopter ses règles (adhésion syndicale nécessaire pour bénéficier des dispositions conventionnelles, etc.).

Il est impossible de s'en tenir à la situation actuelle : le Code du travail est lié à une conception de l'entreprise et du travail en voie de régression (unité de lieu, de temps et d'action) et le « compromis fordiste » (sécurité/ subordination) n'est plus de mise.



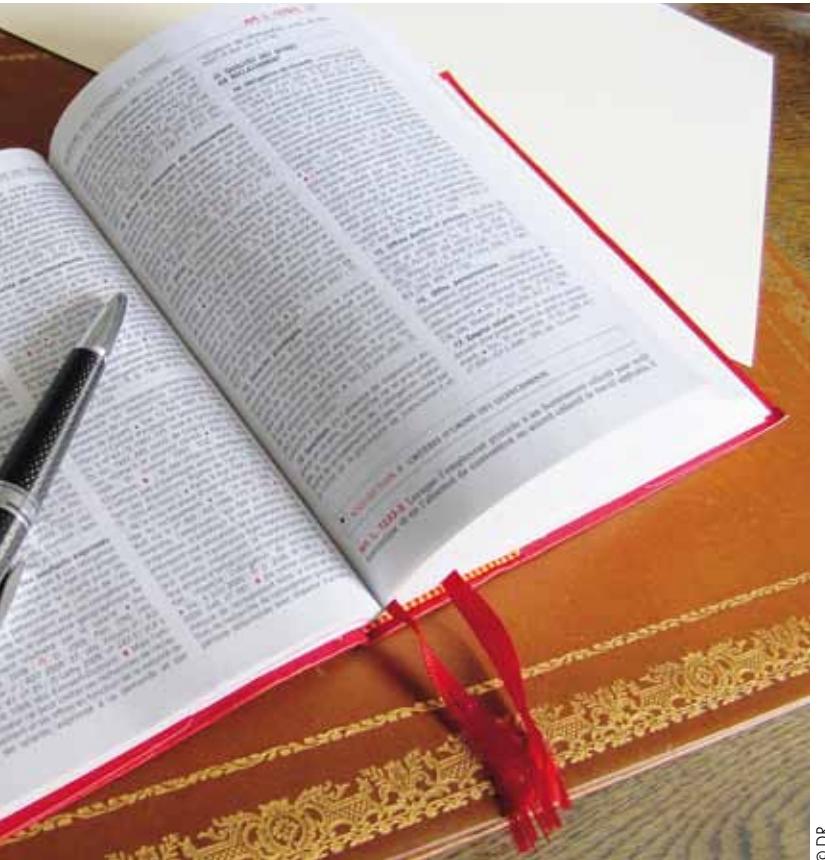
Pour le Comité européen des droits sociaux, la négociation collective en France n'assure pas de garanties suffisantes. Est constaté, en outre, un affaiblissement du contenu des conventions collectives : certaines ont un contenu proche du plancher légal, d'autres imposent des obligations aux contrats de travail (objectifs, mobilité, astreintes, etc.).

Dans ce contexte, la loi fixe des normes sans contenu : le salarié doit bénéficier de contreparties (au travail du dimanche, de nuit, etc.), mais la nature et le niveau de ces contreparties sont renvoyés à la négociation collective... Le droit français voit ses standards (législatifs et conventionnels) pris en défaut, au regard du droit international et du droit européen (exemples emblématiques : le régime des forfaits en jours autorisant des durées du travail hebdomadaires excessives, contraire à la Charte sociale européenne ; le contrat nouvel embauche, contraire à la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement – le

(1) Antoine Lyon-Caen et Robert Badinter, *Le Travail et la Loi*, Fayard, 2015.

(2) Rapports de Virville « Pour un Code du travail efficace » [mais pour qui ?], Barthélémy-Cette, de l'Institut Montaigne, de Terra Nova, Cahuc-Kamarz, Camdessus, Attali, etc.

(3) Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.



Le droit du travail contemporain est ambivalent: il renforce le pouvoir de l'employeur et garantit des droits au salarié. Entre ces deux pôles, il est en tension permanente, le point d'équilibre (ou de déséquilibre) variant suivant les périodes et les sujets.

président du Medef demande d'ailleurs la dénonciation de cette Convention).

La communication de la ministre du Travail voulant faire de l'accord de branche un «*ordre public conventionnel*» est peu compréhensible: s'agit-il de revenir sur la réforme de 2004? Si ce n'est pas le cas, comment articuler l'accord de branche minimum et des accords d'entreprises aux champs d'intervention dérogatoire élargis?

Le statut quo n'est pas possible

Il est impossible de s'en tenir à la situation actuelle: le Code du travail est lié à une conception de l'entreprise et du travail en voie de régression (unité de lieu, de temps et d'action) et le «compromis fordiste» (sécurité/subordination) n'est plus de mise. Le monde bouge: les liens entre entreprises se complexifient (appartenance à des groupes, sous-traitants dépendant de donneurs d'ordre, etc.), le numérique transforme le travail⁽⁴⁾, la

précarité affecte des pans entiers du salariat (jeunes en CDD...), les formes juridiques d'emploi et de travail se diversifient (autoentrepreneurs, portage salarial...), des salariés cherchent un sens à leur travail, etc.

«*Il faut sauver le droit du travail!*» (titre de l'ouvrage de Pascal Lokiec)⁽⁵⁾ pour répondre à ces défis, plus ou moins nouveaux, et assurer un «travail décent» à chacun-e (rémunération minimale, durée maximale du travail, santé, dialogue social).

Pour la LDH, il s'agit d'ouvrir un chantier progressiste de réforme du droit du travail, de participer à la bataille des idées au regard de points essentiels concernant les fonctions du droit du travail.

Quelles fonctions pour le droit du travail?

Le débat devrait en premier lieu porter sur cette question déterminante. Quel(s) rôle(s) doit jouer le droit du travail, dans la France du début du XXI^e siècle? Ce débat, qui est présent au sein d'autres pays européens, devrait

(4) Rapport Mettling «Transformation numérique et vie au travail».

(5) Odile Jacob, 2015.

(6) Alain Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999.

(7) OIT, Déclaration de Philadelphie, 1944.

être porté au niveau de l'UE (en panne sur ces sujets).

Nous pensons que le droit du travail doit participer à:

- l'émancipation des travailleurs; il convient de réinscrire le droit du travail, facteur de justice sociale et de démocratie, dans un projet social et politique pour la Cité, avec l'effectivité des droits de l'Homme à réaliser dans toute situation de travail;

- la construction d'un nouveau statut attaché à la personne du travailleur (salarié et au-delà), permettant la portabilité de droits⁽⁶⁾; le projet de compte personnel d'activité est un pas très timide dans cette perspective;

- l'élaboration d'une politique publique du travail, appréhendant le travail réel lié aux nouvelles organisations et conditions du travail; pour que le Code du travail parle du contenu du travail (salarié, indépendant, associatif, domestique...);

- l'association de toutes les parties prenantes, notamment les salariés, partageant les risques et les décisions, au gouvernement des entreprises;

- une régulation de la concurrence entre les entreprises et entre les travailleurs, pour éviter des dérives de dumping social liées à l'«autoréglementation de l'entreprise» et des exclusions des plus faibles; le droit du travail doit fournir une langue commune liée à l'égalité;

- la diffusion des pratiques de responsabilité sociétale des entreprises, y compris au-delà du territoire national;

- une articulation avec les autres droits applicables à l'entreprise (commercial, fiscal, etc.), à penser ensemble, au regard de finalités communes.

La nation doit mettre en œuvre un programme propre à réaliser «*l'emploi des travailleurs à des occupations où ils aient la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun*»⁽⁷⁾.