

Quand la loi n'affranchit plus les travailleurs⁽¹⁾

Le droit du travail, ambivalent, est déséquilibré. Les dernières législations instrumentalisent ce droit au profit de sa fonction de gestion des capacités de travail, au détriment de sa fonction d'émancipation de la personne dans et par le travail, en ignorant la nature axiologique de ce droit.

Michel MINÉ, membre du Comité national de la LDH, animateur du groupe de travail « Démocratie économique, travail et droits de l'Homme », professeur du Conservatoire national des arts et métiers (Cnam), titulaire de la chaire Droit du travail et droits de la personne (Lise/Cnam/CNRS), avocat (Barreau de Paris), ancien inspecteur du travail⁽²⁾

A la Libération, dans une situation politique inédite, les forces réactionnaires s'étant compromises dans la collaboration, des droits économiques et sociaux furent conquis. Sur la base de principes constitutionnels, inscrits dans le Préambule de la Constitution de 1946, des lois et des textes conventionnels ont concrétisé des droits de l'Homme au travail⁽³⁾. La dernière grande étape législative fut les « lois Auroux » de 1982, porteuses d'un projet politique de démocratie économique et de citoyenneté dans l'entreprise, complétant la démocratie politique⁽⁴⁾.

Face à ce mouvement du droit de la République sociale⁽⁵⁾, des remises en cause de droits conquis sont intervenues (loi quinquennale de 1993, etc.), certaines étant tenues en échec (négociations sur la flexibilité de l'emploi en 1984, etc.). Cette réaction s'est intensifiée depuis le début du siècle selon un programme explicite : « *Le modèle social français est le pur produit du Conseil national de la Résistance. [...] Il est grand temps de le réformer, et le gouvernement s'y emploie. [...] Cette "architecture" singulière a tenu tant bien que mal pendant plus d'un demi-siècle. Elle a même été renforcée en 1981. [...]* »⁽⁶⁾

Ainsi, des gouvernements bourgeois-conservateurs (selon la formule employée outre-Rhin) et d'autres ont fait adopter des législations de régression sociale fragilisant l'exercice des droits de l'Homme. On peut ainsi dresser une liste non exhaustive des textes les plus emblématiques depuis les années 2000.

Sous la présidence Sarkozy, la loi Bertrand de juin 2008 a augmenté la durée de la période d'essai, créé un nouveau CDD, etc. ; la loi d'août 2008 a, elle, supprimé des garanties dans les accords en matière d'aménagement du temps de travail, donné la priorité aux accords d'entreprise sur les accords de branche, y compris selon le « moins-disant » pour les heures supplémentaires, et supprimé l'autorisation de l'inspection du travail pour les dépassements de contingents d'heures supplémentaires, etc.

Sous la présidence Hollande, la loi Sapin de 2013 a supprimé la possibilité de recours au juge judiciaire pour les grands licenciements économiques⁽⁷⁾ ; en 2015 la loi Rebsamen a permis la

fusion CE/CHSCT/DP⁽⁸⁾ et supprimé la consultation des comités d'entreprise sur les projets d'accords d'entreprise ; la loi Macron a rendu l'accès à la justice prud'homale plus difficile ; enfin, la loi Valls-El Khomri de 2016 a fixé une nouvelle architecture du Code du travail qui, dans certains domaines, rend la loi supplétive et donne la priorité aux accords d'entreprise « moins-disants » sur les accords de branche⁽⁹⁾.

Une inversion continue de la législation

La présidence « Macron I » a tout d'abord produit les ordonnances de l'automne 2017⁽¹⁰⁾, avec : l'application de la nouvelle architecture du Code du travail à de nombreux et nouveaux domaines, sur certains sujets – CDD/intérim (durées, renouvellements, carence), représentation élue du personnel (attributions et moyens), etc. ; la réduction des droits collectifs : mise en place des comités sociaux et économiques (CSE) qui ne résultent pas d'une fusion à droit constant des institutions représentatives du personnel antérieures (suppression des CHSCT, des comités d'entreprise, des délégués du personnel), avec une élection difficile voire impossible d'un CSE dans les petites entreprises ayant des variations d'effectifs, etc. ; la

(1) « *Entre le fort et le faible [...], c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* », Lacordaire.

(2) Auteur de *Le Grand Livre du droit du travail*, Eyrolles, 31^e édition, 2022-2023 (disponible à la boutique LDH).

(3) S. Weil, *L'Enracinement : prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, 1949 (rééd. Folio 1990).

(4) Revue *Travailler au futur (TAF)*, n° 11, spécial « Lois Auroux », nov. 2022 (en kiosque), avec un colloque au Sénat le 2 décembre.

(5) Constitution de la V^e République.

(6) Denis Kessler (ancien vice-président du Medef), dans un éditorial de *Challenges* du 4 oct. 2007.

(7) Procédure et « plan de sauvegarde de l'emploi ».

(8) Comités d'entreprise (nés en 1945)/comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (nés en 1982)/délégués du personnel (nés en 1936).

(9) Aménagements du temps de travail, etc.

(10) M. Miné, « Un Code du travail pour les actionnaires ? », in *Hommes & Libertés* n° 180, déc. 2017.

Travail et droits de l'Homme

Dans le travail comme dans la Cité, chaque être humain est titulaire des droits de l'Homme. Droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels (Desc) sont indivisibles et interdépendants. L'exercice réel des premiers nécessite l'effectivité des seconds. Les textes internationaux sur les premiers font référence aux seconds : des droits sociaux sont des droits politiques. Déjà, le président Roosevelt, avec sa politique de *New Deal*, visait à sauver la démocratie par l'effectivité des droits sociaux pour tous les travailleurs.

La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 est complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame des principes économiques et sociaux, notamment :

« La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » ; « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » ; « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » et « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

Depuis le traité de Versailles de 1919, l'OIT affirme que *« le travail n'est pas une marchandise »* et promeut *« un régime de travail réellement humain »*. Depuis la Déclaration de Philadelphie de 1944, elle demande aux Etats la mise en œuvre de programmes assurant *« 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 »*.

Dans ce corpus juridique figurent le Pacte international sur les Desc (ONU), des Conventions de l'OIT, la Charte sociale européenne (Conseil de l'Europe) et la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

M. M.



© CUSAI, LICENCE PIXABAY

possibilité de conclure des accords d'entreprise de « performance collective », avec modification des contrats de travail (baisses de rémunération, augmentation de la durée du travail, etc.) « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise », et en l'absence de toute difficulté économique, le refus du salarié devenant un motif de licenciement ; l'instauration d'un barème, obligatoire pour le juge, fixant un plafond maximum d'indemnisation en cas de licenciement injustifié⁽¹¹⁾.

C'est aussi sous cette présidence « I » qu'ont été adoptées les lois de 2019 et 2022 et l'ordonnance de 2022 destinées à consolider le modèle de l'ubérisation, notamment en rendant plus difficile la requalification par le juge de la relation commerciale entre le travailleur et la plateforme (livraison de repas à domicile, conduite d'une voiture de transport) en relation de travail salariée (contrairement au projet de directive européenne de 2021, destinée à faciliter la reconnaissance du statut de salariés pour ces travailleurs). Avec la présidence « Macron II », la République sociale régresse en un Etat qui fait de la charité (loi sur le pouvoir d'achat). Et de nouvelles réformes sont à l'agenda du gouvernement, avec une nouvelle réforme de l'indemnisation des travailleurs salariés privés d'emploi⁽¹²⁾ et l'allongement de la durée du travail sur la vie⁽¹³⁾.

L'exercice fragilisé des droits de l'Homme

Cette évolution législative traduit un *continuum* : chaque gouvernement maintient ici l'essentiel de ce qui a été élaboré par le précédent. Une illustration : la remise en cause continue du repos dominical, portant notamment atteinte au droit de mener une vie familiale normale⁽¹⁴⁾. Ainsi, les textes se succèdent pour mettre au travail des salariés le dimanche dans de nouveaux secteurs professionnels et géographiques : loi Macron de 2015 dans les zones touristiques internationales, les commerces des gares, etc., décret Ayrault de 2014 dans le commerce du bricolage, loi de 2009 dans

« Les réformes législatives (barème fixant un plafond maximum d'indemnisation, limitation des prérogatives du juge judiciaire, contrat nouvelle embauche, etc.) et parfois la jurisprudence sont inspirées par la doctrine *Law and Economics*, qui instrumentalise le droit au profit du seul calcul économique. »



Les acteurs sociaux peuvent s'affranchir de normes législatives qui ne correspondent pas à leurs conceptions du droit du travail. Ils négocient et concluent des accords de branche qui s'émancipent de la nouvelle architecture du Code du travail.

les zones touristiques ou de forte consommation et loi de 2008 dans le commerce de l'ameublement.

Bien entendu, au cours de cette période, des dispositions législatives particulières favorables à la protection de droits fondamentaux des salariés ont été adoptées, notamment sous l'influence de l'Union européenne⁽¹⁵⁾. Mais certaines de ces dispositions sont discrètement vidées de leurs contenus par d'autres textes. Une illustration : la loi dite Pacte de 2019 augmente la présence des représentants salariés avec voix délibérative dans les conseils d'administration (CA) ; mais une société avec un CA peut changer de

statut et se transformer en SAS⁽¹⁶⁾, où cet organe de direction n'est pas obligatoire, ce que font de nombreuses grandes entreprises. Des lois adoptées ne respectent pas les normes du droit international des droits de l'Homme. Exemple emblématique : le contrat nouvel embauche (CNE), qui permettait à l'employeur de licencier un salarié sans justification, a été jugé contraire à la Convention de l'OIT⁽¹⁷⁾ n° 158 par les tribunaux judiciaires. Le gouvernement a été obligé de faire voter une loi pour l'abroger en 2008. Plus récemment, le barème fixant un plafond d'indemnisation en cas de licenciement injustifié ne respecte pas ladite Convention, ni la Charte sociale européenne⁽¹⁸⁾. Signe des temps ? En 2008, la Cour de cassation (chambre sociale) avait opposé le droit international au texte sur le CNE, mais ce ne fut pas le cas en 2022 concernant le barème.

De son côté, le Conseil constitutionnel⁽¹⁹⁾ développe une jurisprudence ne protégeant pas de façon efficace les droits sociaux et économiques fondamentaux.

Quels recours face au règne du marché ?

Ces réformes législatives (barème, limitation des prérogatives du juge judiciaire, CNE, etc.) et parfois la jurisprudence sont inspirées par la doctrine *Law and Economics*, qui instrumentalise le droit au profit du seul calcul économique⁽²⁰⁾. Il convient de sécuriser juridiquement les choix des décideurs économiques au profit des actionnaires, favoriser l'autoréglementation des entreprises et réduire la capacité juridique de résistance des salariés. Les travailleurs ne sont plus alors perçus comme des personnes titulaires de droits fondamentaux mais sont réifiés en « ressources humaines ». Dans cet univers où règnent le marché et le contrat, chaque acteur individuel animé par le seul calcul de son intérêt financier doit pouvoir librement maximiser ses profits ; la dignité, impératif catégorique défini par Kant, et les droits de l'Homme, la justice sociale étant alors soumis au calcul coûts-avantages⁽²¹⁾. Et, selon le néolibéralisme, les exigences du calcul économique ne doivent pas être subordonnées aux contraintes de la démocratie⁽²²⁾.

Au regard de cette évolution défavorable de normes législatives, le droit peut être mobilisé dans plusieurs enceintes pour faire respecter les droits de l'Homme au travail.

Les acteurs sociaux (organisations patronales et organisations syndicales de salariés) peuvent s'affranchir de normes législatives qui ne correspondent pas à leurs conceptions du droit du travail. Ils négocient et concluent des accords de branche qui s'émancipent de la nouvelle architecture du Code du travail. Et le gouvernement s'est trouvé obligé d'accepter ces choix déterminant les accords de branche comme plancher des garanties, s'imposant aux accords d'entreprise⁽²³⁾.

Le droit international des droits de l'Homme est à mobiliser dans les instances internationales et dans les contentieux nationaux (barèmes, forfaits-jours etc.). Une autre illustration récente : le 16 février 2022, l'OIT a pris une position contraire à la législation sur les accords de performance collective, en affirmant que le juge doit pouvoir continuer à procéder à un véritable contrôle judiciaire de l'existence ou non d'un « motif valable » de licenciement. ●

(11) Réforme déjà annoncée sous la présidence Sarkozy.

(12) F. Desriaux, « Rendre le travail plus soutenable pendant la carrière est un chemin exigeant, mais plus prometteur que de taper sur les chômeurs », in *Le Monde*, 22 juill. 2022.

(13) J. Rouaud, « On peut fixer une date de départ en retraite, mais sa date de fin relève de la loterie de la vie, qui est truquée », in *Le Monde*, 31 juill. 2022.

(14) Convention de l'OIT n° 156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), etc.

(15) Malgré le retard constant des gouvernements en matière de transposition correcte. Deux directives devaient ainsi être transposées au plus tard le 1^{er} août 2022 (toujours en suspens au moment où cet article a été écrit, soit fin août) : directive du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles et directive du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants.

(16) Société par actions simplifiée.

(17) Organisation internationale du travail.

(18) Décision du Comité européen des droits sociaux du 23 mars 2022 (rendue publique le 26 sept. 2022). Le Comité conclut à l'unanimité qu'il y a violation de la Charte (<https://blogs.alternatives-economiques.fr/micheline/2022/09/26/bareme-macron-contre-la-charte-sociale-europeenne-conseil-de-l-europe>).

(19) Qui n'est pas une Cour constitutionnelle (comme en Italie et en Allemagne).

(20) A. Supiot, « Calculer l'incalculable : la doctrine *Law and Economics* », in *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

(21) Une illustration : l'arrêt Viking de la Cour de justice de Luxembourg, 11 déc. 2007.

(22) Comme cela a été théorisé par F.A. Hayek dès 1939. Au niveau de l'UE, depuis le traité de Maastricht, cf. notamment le refus de soumettre des choix économiques à des résultats électoraux au sein des Etats (cf. les décisions de l'euro-groupe imposées à l'Etat grec) ; la Constitution du Chili de 1980 ; la Constitution de la Chine depuis 1982.

(23) Il en est ainsi notamment dans la branche du transport routier de marchandises et dans plusieurs secteurs où la structure des salaires minima de branches pourra prévoir des accessoires de salaires complémentaires (branche du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, etc.).