

1305 Vers un nouveau droit du travail

Jean-Denis COMBEXELLE,
*professeur associé à l'université Paris I
 (Panthéon-Sorbonne)*



Un nouveau droit du travail est en train de se construire, réformant en profondeur les principaux éléments constitutifs de l'architecture des relations de travail, tel le « bloc de la négociation collective ». Reste maintenant la question de l'utilisation de ce nouveau corpus normatif par ceux qui ont en charge sa mise en œuvre.

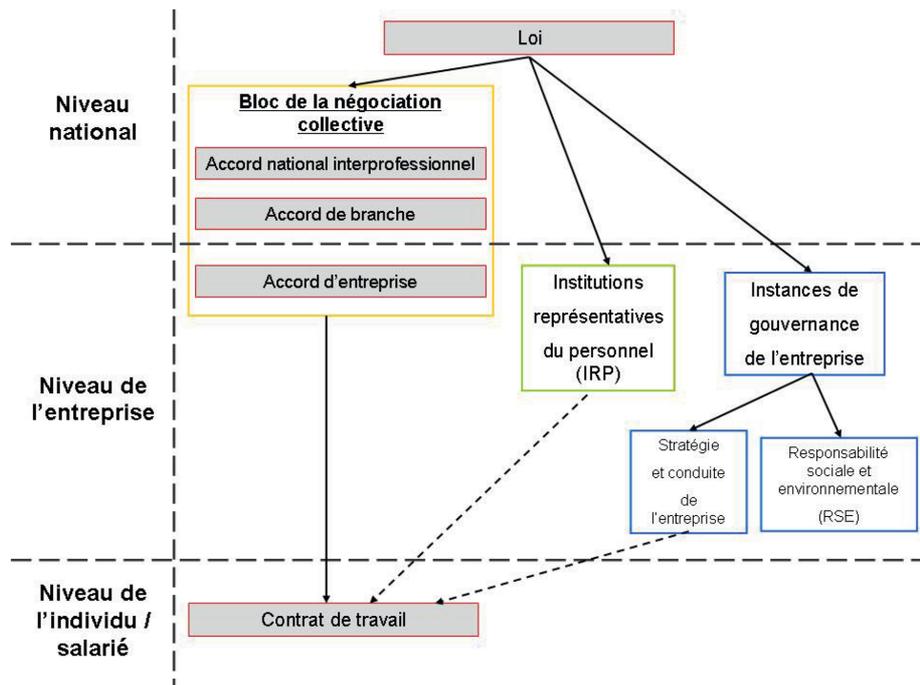
1 - L'objet de la présente contribution n'est ni une défense et illustration des réformes en cours ni une critique de celles-ci. Avant de porter un jugement, positif ou négatif, il faut tenter de cerner le contexte dans lequel elles se situent et les enjeux, qui sont loin d'être seulement juridiques, de leur entrée en vigueur.

1. Évolution du droit

2 - Le constat est qu'un nouveau droit du travail est progressivement en train de se construire dans notre pays. Ce nouveau droit n'est pas une rupture par rapport à l'ancien ; la structure reste la même. En

revanche, ce nouveau droit s'attache à réformer en profondeur, sans les supprimer, les principaux éléments constitutifs de l'architecture de nos relations du travail. Il s'agit de la loi, du « bloc de la négociation collective » constitué par les accords nationaux interprofessionnels, les accords de branche, les accords d'entreprise, du contrat de travail, des institutions représentatives du personnel et des instances de gouvernance de l'entreprise.

Quasiment toutes les lois qui ont modifié le Code du travail depuis le début des années 2000 ont eu pour objet un ou plusieurs de ces éléments constitutifs récapitulés dans le schéma ci-dessous :



Ainsi, si l'on s'en tient aux principaux textes :

- la loi du 4 mai 2004 visait les rapports entre les accords de branche et les accords d'entreprise ;
- la loi du 31 janvier 2007 visait la loi et ses rapports avec la négociation nationale interprofessionnelle ;
- la loi du 25 juin 2008 visait le contrat de travail et la rupture conventionnelle ;
- la loi du 20 août 2008 visait la représentativité syndicale et la négociation d'entreprise appliquée au temps de travail ;
- la loi du 14 juin 2013 visait la négociation d'entreprise appliquée aux plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) ;
- la loi du 5 mars 2014 visait la représentativité patronale et la négociation appliquée à la formation professionnelle ;
- la loi de du 17 août 2015 visait les institutions représentatives du personnel (IRP) et la fusion de celles-ci par la voie d'accords ainsi que, dans une certaine mesure, les instances de gouvernance des entreprises ;
- la loi du 8 août 2016 visait le champ de la loi, le bloc de la négociation collective ainsi que les rapports entre ce bloc et le contrat de travail ;
- enfin les ordonnances du 22 septembre 2017, prises sur le fondement de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017, couvrent, à l'exception des instances de gouvernance, l'ensemble de ces éléments.

3 - La constatation peut être faite que ce sont les derniers textes de 2016 et 2017 qui ont le champ le plus vaste. Mais il y a des convergences et des divergences d'approche entre eux.

La loi du 8 août 2016 contenait des dispositions générales sur le contenu de la loi qui devait s'en tenir à la définition de l'ordre public et des principes fondamentaux du droit du travail, sur les rapports entre les accords collectifs et le contrat de travail et sur la place centrale de l'accord d'entreprise. Elle s'inscrivait dans une évolution déjà commencée mais en marquant un pas décisif dans cette évolution. Pour autant, le champ matériel d'une partie de ses dispositions était délimité. La loi avait été conçue comme un canevas d'un futur Code du travail en cours de construction. Ce canevas prenait comme point d'appui une des parties les plus délicates du code : le temps de travail. Dans les années postérieures, il était prévu que le législateur reprenne ce modèle pour l'appliquer à de nouveaux champs comme l'emploi, les salaires et les conditions de travail. Une commission de spécialistes devait être constituée à cet effet pour réécrire progressivement de nouveaux pans du code.

Tout en partant du même point de départ, **les ordonnances du 22 septembre 2017 accélèrent le processus et ont un champ plus large**. Elles stabilisent le rôle de la branche sur des domaines précis en dehors desquels s'applique la pleine compétence de principe des accords d'entreprise. Par ailleurs, elles fusionnent unilatéralement et impérativement, dans un délai d'application rapproché, les IRP pour l'ensemble des entreprises avec des dispositions spécifiques concernant le dialogue social au sein des TPE. Sans constituer une réforme d'ensemble du contrat de travail, elles modifient des dispositions sur les motifs et la motivation des ruptures et sur les barèmes des indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Enfin, elles aménagent sur le fond et dans le temps les règles concernant la pénibilité, le mot sinon la réalité disparaissant à cette occasion du code. Si d'autres réformes sont annoncées au printemps 2018 sur l'assurance-chômage, l'apprentissage et la formation professionnelle, ces ordonnances tendent à une stabilisation du droit du travail avec la volonté affirmée d'en finir avec des réformes successives et ponctuelles. Dans cette logique, la commission de réforme du code prévue par la loi du 8 août 2016 est supprimée.

Loin de constituer une réponse circonstancielle à une quelconque injonction d'une instance internationale ou européenne, les ordonnances parachèvent ainsi une évolution commencée il y a plus de 20 ans ; certains pourraient même faire remonter le début de cette évo-

lution aux « accords dérogatoires » des lois de 1982 et des lois de 1998 et 2000 sur le temps de travail...

4 - Les principales caractéristiques de ce nouveau droit du travail sont les suivantes :

- un **rééquilibrage entre les différentes sources du droit** qui repose non pas sur une prétendue inversion de la hiérarchie des normes mais sur une répartition claire entre ce qui relève de la loi, de la négociation et du contrat. À une conception pyramidale et kelsenienne du droit succède une architecture fondée sur la subsidiarité et la définition du niveau de régulation adéquat en fonction de la matière traitée ;
- la volonté de **rapprocher le plus possible cette régulation du milieu du travail notamment par l'accord d'entreprise ou par des mécanismes de consultation des salariés**. L'entreprise et la communauté de travail deviennent centrales. La réforme de la représentativité syndicale née de la loi du 20 août 2008 illustre parfaitement ce changement de perspective. La présomption irréfragable de représentativité fondée sur un arrêté ministériel dont les effets descendent à tous les niveaux du national jusqu'à l'entreprise fait dorénavant place à un système de représentativité fondée sur les élections professionnelles dans les entreprises ;

- le souci de **rompre avec une évolution du droit du travail qui devenait de plus en plus procédural et contentieux**. Les procédures et les contentieux servent à garantir les droits et la validité des accords collectifs. Ils ne sont pas un point central autour duquel s'organisent toutes les relations du travail. La refonte des IRP et de leurs modes de consultation ainsi qu'un cadrage des règles de fond et de délais des recours contentieux s'inscrivent dans cette logique ;

- **l'amorce d'un droit de l'individu** qui, à travers divers comptes (CPF, CPA...), l'accompagne tout au long des aléas d'un parcours personnel et professionnel caractérisé, que cela soit subi ou voulu, par la multiplicité des situations. Plus largement, le salarié devient un citoyen à part entière au sein de l'entreprise auquel s'appliquent des droits (droit à la déconnexion, au télétravail...), des libertés publiques et des obligations ;

- le passage d'une conception étroite de l'hygiène et de la sécurité dans l'entreprise à une **conception large des conditions de travail qui intègre les problématiques générales de santé publique** allant au-delà des risques physiques (stress, risques psycho-sociaux, charge mentale...) ainsi que les questions de sens et de reconnaissance du travail.

2. Responsabilité des acteurs

5 - Si la construction de ce nouveau droit du travail n'est pas définitivement achevée, il peut être admis que le gros œuvre est terminé. La question est maintenant celle de l'appropriation de ce nouveau cadre par les acteurs. Ceux-ci ont une responsabilité particulière dans la mesure où les textes qui se sont succédés, notamment les ordonnances du 22 septembre 2017, contiennent en leur sein des logiques sinon contraires du moins différentes qu'il leur appartiendra de surmonter et de concilier.

Si les ordonnances confèrent davantage de place à la négociation collective, elles instituent en même temps, notamment, dans les TPE des dispositifs de démocratie directe qui font abstraction des acteurs naturels de cette négociation que sont les syndicats représentatifs. Si par la place centrale donnée aux accords d'entreprise la loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017 s'attachent à développer une régulation de proximité la plus proche possible du milieu du travail, en même temps la constitution d'une nouvelle IRP avec le comité social et économique conduit insensiblement à faire remonter le dialogue social au niveau des centres de décision des entreprises, elles-mêmes plutôt en phase de concentration de leurs processus de décision. Si les ordonnances ont voulu réaffirmer le rôle des conventions de branche, en même temps elles rendent explicitement oppo-

sables à ces conventions les règles de concurrence dans des conditions potentiellement plus exigeantes que celles ressortant de la jurisprudence jusqu'alors applicable. Enfin, si le rôle du juge est encadré, notamment par la barémisation impérative des indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, en même temps les ordonnances en réécrivant plus d'une centaine de pages du Code du travail créent de nouveaux espaces pour le juge, d'autant plus que les textes contiennent des expressions au contenu volontairement large qui accentueront le pouvoir de ce dernier.

6 - C'est dire si la responsabilité des acteurs sera grande dans les mois et années qui viennent. Chacun d'eux se trouvera placé devant des alternatives décisives. Nous prendrons quelques exemples.

Quand la presse croit pouvoir décrire les réformes comme « la grande victoire des DRH », il faudrait plutôt dire que c'est le grand **défi des DRH** qui s'ouvre tant les réformes impliqueront des **ruptures avec certaines pratiques managériales** parfois éloignées des exigences élémentaires d'une conception loyale et sincère du dialogue social.

Par ailleurs, aménager des dispositifs dérogatoires de négociation notamment par la voie de la consultation directe des salariés, suppose une **grande responsabilité de la part des employeurs**. C'est un moyen d'amorcer du dialogue social dans des entreprises sans représentation des salariés, notamment dans les TPE, non un moyen de refuser le principe même de la légitimité des syndicats sans lesquels la négociation, seul moyen d'engager une réforme profonde du code, deviendrait vite une coquille vide.

S'agissant des **syndicats**, au-delà des réflexions et actions qui seront menées pour développer leurs moyens, ce sera d'abord en leur sein qu'ils devront trouver **la capacité et la volonté de négocier des accords et de faire vivre le dialogue social dans un contexte difficile**.

Enfin, les complexités du Code du travail ont généré un marché prospère de l'insécurité juridique. La question aujourd'hui posée est de savoir si ce marché va être capable de transformer ses modes de pensée et ses approches pour devenir celui de la sécurité juridique en

accompagnant les DRH et les syndicats qui oseront être les plus novateurs dans le nouveau cadre fixé. Cette question est particulièrement sensible dans le champ des dispositifs négociés en matière d'emploi et ce n'est pas un hasard si le Gouvernement a cru utile de « sécuriser » les ruptures amiables collectives qui sont au cœur des plans de départ volontaire.

7 - Tels seront les défis des mois et des années qui viennent. Il reste l'échéance du moyen terme. Certains considèrent que tout ceci n'est que l'amorce d'une évolution bien plus profonde qui irait inéluctablement vers une disparition progressive du droit du travail. Sans même parler de disparition du travail, le droit du travail se dissoudrait progressivement dans un droit de l'activité professionnelle au sein duquel le contrat civil ou commercial régnerait en maître.

À défaut de pouvoir faire des prédictions, il est possible d'avoir des convictions. D'abord que la régulation d'une activité, quels que soient son statut juridique et les formes de son exercice, suppose l'intervention d'une règle régaliennne impérative circonscrite à des principes essentiels, d'un champ et d'une capacité de négociation collective et d'un domaine réservé à la prise en compte des choix personnels.

Il faut ensuite constater que, pour conduire ces évolutions, le cadre national n'est plus suffisant. À défaut de pouvoir être mondial, en dépit des efforts de l'OIT, le cadre doit être européen. L'Union européenne doit jouer un rôle déterminant bien au-delà de ce qu'il est convenu d'appeler l'Europe sociale. C'est en cela que les négociations sur la directive détachement sont annonciatrices de débats plus larges encore sur l'avenir de l'Europe.

Les colonnes de cette revue seront largement ouvertes aux analyses critiques, savantes et subtiles des textes et des dispositions qui viennent d'être publiés. Puissent nos lecteurs garder présentes à l'esprit les quelques observations qui précèdent et en tirer la conclusion que chacun a maintenant sa part de responsabilité dans l'application des textes et dans les évolutions qui viennent.