

Refondation du droit social :

concilier protection
des travailleurs
et efficacité économique

Rapport
Jacques Barthélémy
et Gilbert Cette

Commentaires
Pierre Cahuc
Jean-Paul Fitoussi

À paraître à...

 La
documentation
Française 

*Réalisé en PAO au Conseil d'Analyse Économique
par Christine Carl*

© La Documentation française. Paris, 2010

« En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans l'autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

Sommaire

Introduction	5
<i>Christian de Boissieu</i>	

RAPPORT

Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique	7
<i>Jacques Barthélémy et Gilbert Cette</i>	

<i>Introduction</i>	7
---------------------------	---

1. La nécessité d'une refondation	11
1.1. Un droit trop réglementaire est source d'inefficacité économique et sociale	11
1.2. Protection réglementaire et protection ressentie	15
1.3. Les contradictions de la situation française	16
2. L'architecture de la refondation	32
2.1. Les principaux objectifs et écueils d'une refondation du droit social	32
2.2. Quelle stratégie de refondation ?	35
2.3. L'ordre public social	39
2.4. L'autonomie du droit conventionnel	43
2.5. Nature juridique des accords	46
2.6. Illustrations de la refondation proposée	50
2.7. Pourquoi la société française est-elle prête à une telle refondation ?	57
3. L'élaboration du droit conventionnel : acteurs et modalités	59
3.1. Renforcer la légitimité des acteurs et développer la syndicalisation	61
3.2. Institutionnalisation des règles de conduite de la négociation collective	64
3.3. Institutions représentatives et expression collective du personnel	67
3.4. Ingénierie de la concertation	71
3.5. Un projet doublement novateur	72

4. Vers un meilleur traitement des litiges et du non-respect du droit social	74
4.1. Le rôle de l'Inspection du travail et l'aménagement du droit des contentieux	75
4.2. Le traitement des conflits du travail	78
4.3. L'innovation sans affaiblissement	90
5. Flexicurité et protection sociale conventionnelle	94
5.1. Le concept de flexicurité	95
5.2. La garantie sociale, instrument de la flexicurité	97
5.3. Vers une Sécurité sociale de nature conventionnelle	99
6. Préconisations	101
Annexe	105
Remerciements	113

COMMENTAIRES

<i>Pierre Cahuc</i>	115
<i>Jean-Paul Fitoussi</i>	119

COMPLÉMENTS

A. L'évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière de licenciement pour motif économique	127
<i>Claire Beaumeister</i>	
B. La médiation prud'homale	143
<i>Béatrice Blohorn-Brenneur</i>	
C. Litiges individuels du travail : l'expérience britannique ...	157
<i>Henri Fraise</i>	
D. Le système d'inspection du travail français : une administration en forte évolution aux missions réaffirmées avec force	175
<i>Laurent Villeboeuf</i>	

Introduction

Le rapport qui suit porte sur une question dont l'enjeu économique et social est évident et il a l'avantage de combiner et d'intégrer les points de vue de l'économiste et du juriste.

Le point de départ est un constat relativement sévère : le droit social français, de nature très réglementaire, n'assure ni une bonne protection des travailleurs ni une bonne efficacité économique. La forte intervention réglementaire peut être illustrée par de nombreux exemples, en particulier dans les domaines de la durée du travail, du salaire minimum ou des seuils en matière de droit du travail.

Une refondation du droit social est à l'ordre du jour pour mieux satisfaire et concilier les objectifs de protection sociale et d'efficacité économique. Cette refondation passe par la réduction du droit réglementaire au profit du droit conventionnel et de la pratique des contrats. Mais pour qu'une telle substitution intervienne de façon harmonieuse, plusieurs conditions doivent être satisfaites : renforcement de la légitimité des acteurs concernés qui passe en particulier par une augmentation du taux de syndicalisation, amélioration de la conduite de la négociation collective, meilleur traitement des litiges en donnant, par exemple, plus de place aux procédures de conciliation et de médiation, etc. Innover sans affaiblir les droits, tel est l'esprit général de la démarche privilégiée dans ce rapport. On retrouve *in fine*, lorsqu'il est question de la sécurisation des parcours professionnels, la jonction avec la notion de flexicurité qui tient une telle place dans le débat économique et social en France comme à l'étranger.

Ce rapport a été présenté à Xavier Darcos, ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, lors de la séance plénière du CAE du 19 janvier 2010. Il a bénéficié du concours efficace de Stéphane Saussier, conseiller scientifique au CAE.

Christian de Boissieu
Président délégué du Conseil d'analyse économique

Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique

Jacques Barthélémy

*Avocat, Conseil en droit social
ancien Professeur associé à la Faculté de droit de Montpellier*

Gilbert Cette

*Directeur des Études microéconomiques et structurelles, Banque
de France et Professeur associé à l'Université de la Méditerranée (DEFI)*

Introduction

Les mutations profondes de la vie économique – spécialement des modes d'organisation du travail, essentiellement induites par les progrès des technologies de l'information et de la communication (TIC)⁽¹⁾ – appellent des transformations importantes du droit social, pas seulement du droit du travail, mais aussi de celui de la protection sociale. À défaut, on assisterait à des dérives technocratiques, les règles juridiques n'étant plus en phase avec le contexte auquel elles sont destinées. À terme, cela ne pourrait qu'amener l'ineffectivité totale du droit social, situation paradoxale dans la mesure où les réticences au changement auront été dictées par la volonté de préserver sa fonction protectrice.

Le besoin d'une réflexion sur l'adaptation du droit social aux mutations économiques est donc fort. Il faut veiller à ce que sa vocation protectrice ne se traduise pas par des rigidités qui freineraient les évolutions économiques adaptées aux changements technologiques et sociaux, brideraient la croissance et fragiliseraient la situation des travailleurs, en particulier ceux dont le pouvoir de négociation est le plus réduit (les peu qualifiés...). Il faut que le droit social parvienne à concilier sa vocation protectrice et la capacité à s'adapter aux mutations économiques et sociales (voire à les anticiper).

(1) Les TIC sont potentiellement facteurs d'autonomie du travailleur. Ceci étant, les modes d'organisation du travail qui en découlent peuvent entraîner des formes de contrôle aliénantes. D'autant que les TIC favorisent l'interpénétration des vies professionnelle et personnelle, cf. sur ces questions Barthélémy et Cette (2007).

1. Common law et civil law

« Common law emerged in England and is characterized by the importance of decision-making by juries, independent judges, and the emphasis on judicial discretion as opposed to codes. From England, common law was transplanted to its colonies, including Ireland, The United States, Canada, Australia, New Zealand, India, Pakistan, and other countries in South and East Asia, East Africa and the Caribbean.

Civil law evolved from Roman law in Western Europe through the middle ages, and was incorporated into civil codes in France and Germany in the nineteenth century. Civil law is characterized by less independent judiciaries, the relative unimportance of juries, and a greater role of both substantive and procedural codes as opposed to judicial discretion. Through Napoleonic conquest French civil law was transplanted throughout Western Europe, including Spain, Portugal, Italy, Belgium, and Holland, and subsequently to the colonies in North and West Africa, all Latin America and parts of Asia.

In addition to common law and French civil law, three legal traditions play some role in parts of the world. The German code became accepted in Germanic Western Europe, but also was transplanted to Japan and from there to Korea, and Taiwan. Socialist law was adopted in countries that came under the influence of USSR Finally, an indigenous Nordic or Scandinavian legal tradition developed in Sweden, Norway, Denmark, and Finland ».

Source : Botero et al. (2004, pp. 1344-1345).

« ... common law is likely to be more respectful of private property and contract than civil law. [...] common law's emphasis on judicial resolution of private disputes, as opposed to legislation, as a solution to social problems. [...] the greater respect for jurisprudence as a source of law in the common law countries, especially as compared to the French civil law countries, suggests that common law will be more adaptable to the changing circumstance... ».

Source : La Porta et al. (2008, p. 305).

À cette fin, il doit être vivant et non (quasi) figé ; il ne doit plus être une superposition de strates réglementaires s'ajoutant les unes aux autres en augmentant la complexité et parfois contradictoires. Il doit porter dans sa structure même cette capacité d'adaptation et d'anticipation.

Par ailleurs, même en positionnant le débat sur le seul terrain de la fonction protectrice du droit du travail, celui-ci gagne en efficacité s'il est conçu pour contribuer aussi à l'optimisation du fonctionnement de l'entreprise. En effet, la conciliation entre économique et social, qu'une telle ambition

suggère, favorise l'amélioration de l'emploi. Sous cet angle, il faut citer Alain Supiot (1999) qui distingue trois périodes dans l'évolution du droit du travail, la dernière étape étant celle de l'élévation simultanée des deux types de droits, ceux du travailleur et ceux de l'entreprise, grâce en particulier au principe de proportionnalité.

La littérature économique souligne fréquemment la forte influence des traditions juridiques longues sur l'architecture institutionnelle et sur l'importance du droit réglementaire, en distinguant par exemple les pays ressortant d'une culture de *common law* ou d'une *civil law*. Dans les pays de *common law*, le droit social serait plus contractuel et le pouvoir d'appréciation du juge dans la résolution des conflits du travail serait plus important que dans les pays de *civil law*, où ces décisions seraient davantage encadrées par des codes juridiques et où le droit social serait ainsi d'essence plus réglementaire (cf. encadré 1). Pour Botero et al. (2004) ou La Porta et al. (2008), par exemple, la tradition juridique en Europe de l'Ouest et en particulier en France serait plus propice au développement et à la pratique de la *civil law*. Cette inscription, qui est un des éléments fondamentaux de la *Legal Origin Theory* (cf. La Porta et al., 2008), ne serait pas sans conséquence sur la capacité d'adaptation des institutions aux évolutions économiques. Ce constat peut induire que, dans une société de *civil law*, les réformes sont plus difficiles à mettre en œuvre car elles se heurtent à des obstacles d'ordre culturel.

Cependant, ces approches ne doivent pas amener à conclure trop rapidement que l'inscription d'un pays dans une culture de *civil law* le condamnerait nécessairement à un moindre développement que l'inscription dans une culture de *common law*. Comme en convient parfois la littérature relevant de la *Legal Origin Theory*, le niveau élevé du développement de la France, souvent considérée comme l'archétype d'une culture de *civil law*, témoigne d'une plus grande complexité des ressorts de la croissance. Acemoglu et al. (2009) montrent d'ailleurs que durant certaines périodes, les pays s'inscrivant dans une culture de *civil law* ont bénéficié d'une croissance plus forte que les autres.

Dans la suite de ce rapport, nous supposons que les architectures institutionnelles et, en particulier, l'importance respective du droit réglementaire et du droit conventionnel au sein du droit social ne sont pas figées par le poids de l'Histoire et, en conséquence, que l'inscription dans une culture de *civil law* n'interdit pas de profondes transformations de cette architecture en France. Une analyse récente de Venn (2009) montre d'ailleurs que, sur l'ensemble de la période 1995-2008, les pays ressortant d'une culture de *civil law* connaissent certes des niveaux de rigidités sur le marché du travail supérieurs en moyenne à ceux ressortant d'une culture de *common law*, mais qu'ils ont abaissé ces rigidités tandis que les seconds les ont plutôt durcies, ce qui traduit une certaine convergence.

Pour autant, les transformations préconisées dans ce rapport n'amèneraient pas la France à quitter une tradition de *civil law* : c'est essentiellement par le développement du droit conventionnel que serait réduit le

champ d'application du droit réglementaire. Ce dernier continuerait donc de s'exercer pleinement dans les domaines qui ressortent de l'ordre public et, pour les autres domaines, en cas de carence à l'élaboration d'un tissu conventionnel. En ce sens, la logique de réforme ici proposée n'est pas en contradiction avec la *Legal Origin Theory*⁽²⁾. Les autres approches évoquées dans ce rapport nous paraissent par contre en contradiction complète avec le constat de l'extrême prégnance des traditions juridiques.

De ces considérations préliminaires ressort la nécessité absolue d'une refondation du droit social (section 1) sans laquelle se créeraient les conditions d'une judiciarisation excessive des rapports sociaux, elle-même porteuse de frein au développement économique par la frilosité qu'elle suscite des entrepreneurs. Le droit social se résumerait alors rapidement à une somme de contraintes administratives déconnectées des stratégies sociales. Cette refondation repose sur une idée forte : la capacité plus grande du contrat à concilier économique et social. De ce fait, l'architecture de la refondation (section 2) doit s'appuyer sur une place prépondérante du tissu conventionnel. L'élaboration du droit conventionnel (section 3) obéissant à cette vision du droit social suppose une réelle légitimité des acteurs et des règles substantielles de conduite de la négociation. Un droit plus contractuel et moins réglementaire fait poser autrement la question du traitement des litiges et du non-respect du droit social (section 4), en particulier celle du choix entre sanctions civiles, pénales ou administratives mais aussi suscite le recours aux mesures incitatives à la négociation collective. Dernier élément de réflexion, et non des moindres : la flexicurité oblige à penser autrement la protection sociale (spécialement complémentaire) (section 5), la déconnection des droits du salarié du contrat de travail incitant à la mutualisation.

Notre conclusion sera que la tâche de refondation est immense et difficile mais que les évolutions récentes des positions des acteurs permettent d'être optimistes. La valeur ajoutée du présent rapport dépendra pour partie de ce qu'il a été conjointement conçu par un économiste et un juriste. Non seulement l'angle d'attaque d'un même sujet n'est pas le même pour l'un et l'autre, ce qui exige un effort de conciliation des deux approches, mais encore la créativité est plus grande si elle se nourrit de cultures et d'expertises différentes.

(2) La Porta et al. (2008, p. 325) indiquent ainsi : « *Some accuse us of claiming that legal origin is destiny, so any reform of investor protection or of other regulations short of wholesale replacement of the legal system is futile. This is not what Legal Origin Theory says. The theory indeed holds that some aspects of the legal tradition are so hard-wired that changing them would be extremely costly and that reform must be sensitive to legal traditions* ».

1. La nécessité d'une refondation

Un droit social très réglementaire peut être inefficace sur les plans économique et social (1.1) et même générer un fort sentiment d'insécurité (1.2). La France se caractérise par une situation très contradictoire : un droit social très réglementaire et une faible syndicalisation s'associent à un fort sentiment d'insécurité, à une mauvaise qualité des relations sociales et à un manque de confiance envers les institutions (1.3). Au demeurant, le poids du droit réglementaire en France est sans doute une des raisons significatives de la faible syndicalisation. Or, une forte syndicalisation est indispensable à la promotion des droits du travailleur et à l'élaboration d'un droit de nature plus conventionnelle. Dans le cadre de ce rapport, l'expression « droit réglementaire » s'entend de toute norme émanant de l'État, c'est-à-dire non seulement du pouvoir réglementaire (en gros, les décrets, arrêtés, voire circulaires) mais aussi du pouvoir législatif.

1.1. Un droit trop réglementaire est source d'inefficacité économique et sociale

Le droit réglementaire, par définition homogène, ne permet pas de trouver facilement dans chaque unité de travail le meilleur compromis entre les besoins des entreprises et les attentes des salariés. En particulier, un droit social d'origine réglementaire important, en conséquence uniforme et relativement inerte, limite le champ des compromis possibles que les partenaires sociaux peuvent localement déterminer, notamment en cas de choc économique adverse. Plus le droit réglementaire est important et plus ce compromis s'éloignera de celui qui aurait pu être trouvé avec un espace conventionnel plus important. Par ailleurs, les rigidités du droit social peuvent avoir pour effet de nuire à sa fonction protectrice. Par exemple, le sentiment, justifié ou non, de l'irréversibilité de l'octroi de tout avantage incite les employeurs à ne pas en accorder, même quand la situation de l'entreprise est très favorable.

1.1.1. Les effets sur l'équilibre macroéconomique

Une abondante littérature s'est efforcée de caractériser les effets des rigidités réglementaires concernant le marché du travail sur l'équilibre macroéconomique. Les indicateurs mobilisés à cette fin sont variés, mais leurs enseignements sont convergents. Les conséquences défavorables sur l'équilibre macroéconomique d'un droit social réglementaire important ont une double nature : ils influencent la productivité et l'équilibre sur le marché du travail, ces deux types d'effets n'étant pas indépendants.

Dans une récente étude empirique réalisée sur un panel de onze pays de l'OCDE, Bassanini et *al.* (2009) aboutissent ainsi à des effets très nettement défavorables des rigidités sur le marché du travail, et en particulier des rigidités aux licenciements des personnes en emploi à durée indéterminée, sur la croissance de la productivité globale des facteurs (ces auteurs

proposent également une revue de la vaste littérature empirique sur ce sujet). Plusieurs analyses empiriques, comme par exemple Blanchard et Giavazzi (2001), Blanchard (2005) ou Aghion et al. (2009), montrent que les rigidités réglementaires sur les marchés des biens et du travail interagissent sur les gains de productivité. Cette interaction correspond à une complémentarité des effets des rigidités sur les deux marchés.

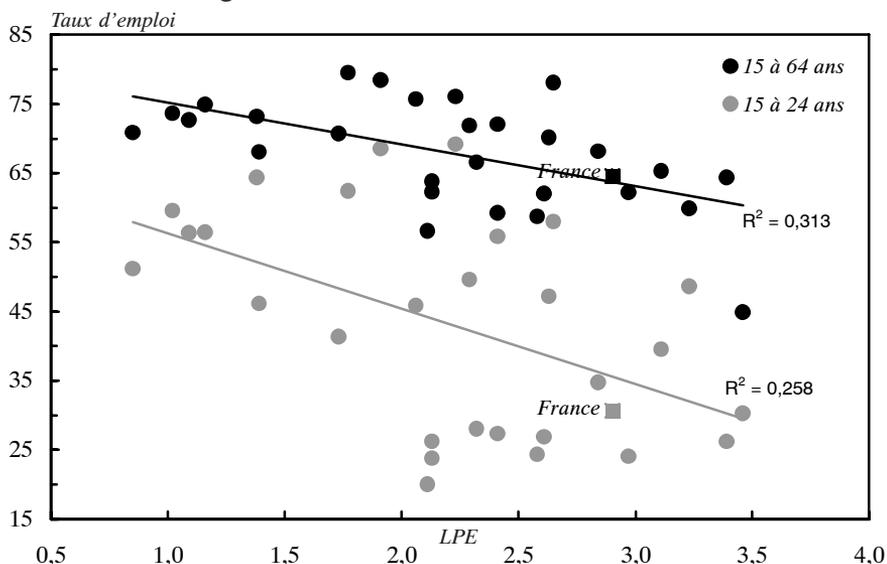
Aghion et al. (2009) montrent que l'impact des rigidités sur les performances productives peut être direct ou transiter par d'autres canaux, comme par exemple la diffusion des TIC. L'impact direct peut avoir de multiples causes : le corporatisme aboutit à une allocation non optimale des ressources, humaines en particulier ; une réglementation dense bride l'initiative économique et entraîne des coûts de gestion juridique qui peuvent être non négligeables, en particulier pour les PME... L'impact transitant par les TIC est lié au fait que l'utilisation performante de ces technologies nécessite certaines formes de flexibilité organisationnelles qui peuvent être contraintes par le droit réglementaire. Plus ce dernier est important et contraignant et plus les potentialités associées à l'utilisation des TIC, en termes de performances productives, sont réduites. L'investissement en TIC – et en conséquence les gains de productivité spécifiques qui lui sont associés – est donc, toutes choses égales par ailleurs, d'autant plus faible que le droit réglementaire est important.

À ce type d'effets s'ajoute le fait qu'un droit social d'origine réglementaire important, autrement dit contraignant, peut abaisser le taux d'emploi. Cet impact sur le taux d'emploi peut intervenir par l'offre ou la demande de travail. Concernant l'offre de travail, des dispositions réglementaires peuvent limiter ou désinciter l'activité de certaines catégories de personnes d'âge actif. Il en est tout particulièrement ainsi en France pour les seniors ou les parents de jeunes enfants⁽³⁾.

Concernant la demande de travail, un droit social d'origine réglementaire important peut aboutir, par les contraintes qu'il exerce sur la gestion de l'emploi, à freiner l'embauche de crainte de difficultés à licencier en cas de retournement conjoncturel ou d'échec d'un projet économique. Les rigidités réglementaires sur le marché du travail peuvent réduire les flux bruts d'emploi et la fluidité du marché du travail et ainsi abaisser le taux d'emploi. On observe d'ailleurs, parmi les pays industrialisés de l'OCDE, une corrélation négative entre le taux d'emploi et le niveau des rigidités (graphique 1). Les personnes les plus pénalisées par une telle situation sont les entrants sur le marché du travail, notamment les jeunes, les salariés en place bénéficiant de la protection née des rigidités.

(3) Pour une revue de littérature et une analyse sur ces aspects, cf. Aghion, Cette, Cohen et Pisani-Ferry (2007).

1. Rigidités sur le marché du travail et taux d'emploi des populations âgées de 15 à 64 ans et de 15 à 24 ans



Lecture : Les rigidités sur le marché du travail sont mesurées par l'indicateur LPE (législation protectrice de l'emploi) construit par l'OCDE, pour l'année 2008 (2009 pour la France et le Portugal), cf. tableau 1. Les taux d'emploi sont ceux de l'année 2008.

Source : OCDE.

À cet effet structurel défavorable des rigidités sur l'équilibre sur le marché du travail s'ajoute un autre effet de nature plus conjoncturelle et dont le signe est incertain en toute généralité. En réduisant les flux bruts d'emploi et en particulier les licenciements, de plus fortes rigidités aboutissent à une moindre baisse de l'emploi et, en conséquence, à une augmentation de moindre ampleur du chômage lorsque la conjoncture se dégrade. Symétriquement, ces mêmes rigidités aboutissent à une hausse de l'emploi plus modérée et à une moindre baisse du chômage lorsque la conjoncture s'améliore (Blanchard et Wolfers, 2000, Venn, 2009 et Elsby, Hobijn et Sahin, 2009).

De multiples indicateurs destinés à synthétiser de façon globale les rigidités sur le marché du travail ont été proposés, les plus utilisés étant ceux construits par l'OCDE. Une littérature abondante s'est ainsi développée, montrant sur un panel de pays les effets défavorables de ces rigidités sur l'équilibre et l'inertie du marché du travail. On renvoie ici à Botero et al. (2004), Haltiwanger et al. (2008) ou Lafontaine et Sivadasan (2009) pour une revue détaillée de la littérature, ces études nous paraissant par ailleurs pertinentes à évoquer.

Botero et al. (2004) construisent des indicateurs nationaux de rigidités réglementaires dans les domaines de la gestion de l'emploi (facilité du re-

cours à l'emploi précaire, coût d'un allongement de la durée du travail, lourdeur et coût des procédures de licenciement...) et dans celui des relations de travail (pouvoir des syndicats, procédures des conflits et de déclenchement de grèves...). À partir d'une analyse empirique développée sur des données au niveau national concernant le début de la décennie 2000, ils montrent l'existence de fortes corrélations entre les niveaux de chacun de ces deux indicateurs agrégés et le taux de participation au marché du travail (corrélations négatives) ainsi que le taux de chômage (corrélations positives), tout particulièrement pour les jeunes et au sein des pays les plus développés.

Les analyses de Haltiwanger et *al.* (2008) ou Lafontaine et Sivadasan (2009) sont réalisées sur des données individuelles d'entreprises qui paraissent particulièrement adaptées pour ce type d'interrogations. Haltiwanger et *al.* (2008) mobilisent des données annuelles d'entreprises sur seize pays industrialisés et sur la décennie quatre-vingt-dix. Les indicateurs de rigidités utilisés sont ceux de l'*Economic Freedom of the World* construits par l'Institut canadien Frazer. Il ressort de l'analyse que les flux d'emplois sont d'autant plus faibles que les rigidités sont fortes.

Lafontaine et Sivadasan (2009) estiment l'influence des rigidités réglementaires sur l'inertie d'ajustement de l'emploi aux chocs de demande. Leur analyse très originale est basée sur l'estimation de cette inertie à partir de données hebdomadaires recueillies sur le début des années 2000, concernant près de 2 500 établissements d'une même entreprise (un *fast-food*), basés dans 43 différents pays. Les indicateurs de rigidités réglementaires sont ceux proposés par Botero et *al.* (2004) pour la gestion de l'emploi ou par le *World Economic Forum*. Les résultats obtenus sont que les établissements ont une gestion d'autant plus inerte de l'emploi que les indicateurs de rigidités sont élevés.

1.1.2. Les différents effets sont interdépendants

Les effets des rigidités sur la productivité et l'emploi sont dépendants les uns des autres. Dans une étude réalisée sur des données individuelles d'entreprises aux États-Unis sur les décennies soixante-dix, quatre-vingt et quatre-vingt-dix et prenant en compte les écarts de coûts de licenciements entre États américains, Autor et *al.* (2007) montrent que des coûts de licenciements plus élevés réduisent les flux d'emploi et la création d'entreprises. Simultanément, cette distorsion induit une substitution entre facteurs correspondant à une augmentation de l'intensité capitaliste (ratio capital-travail) et au recours à une main d'œuvre plus qualifiée, aboutissant à une productivité du travail plus élevée mais simultanément à une productivité globale des facteurs plus faible.

L'exemple des pays européens n'ayant jamais connu de forts niveaux de taux de chômage sur les trois décennies soixante-dix, quatre-vingt et quatre-vingt-dix – ou n'en ayant pâti que durant de très brefs épisodes – permet à Fitoussi et Passet (2000) et Freyssinet (2000) de montrer que ces « réus-

sites » ont résulté de l'élaboration d'un compromis social généralement complexe, car touchant à de nombreux aspects de la gestion de l'emploi et de la flexibilité salariale⁽⁴⁾. En conséquence, les effets défavorables sur l'emploi de tels chocs adverses apparaissent d'autant plus forts et surtout d'autant plus durables que l'intervention réglementaire est importante et contraignante et que de mauvaises relations sociales réduisent la possibilité de compromis. Le caractère trop réglementaire du droit social et la mauvaise qualité des relations sociales affaiblissent ainsi la résilience de l'économie aux chocs. L'interaction des chocs et des institutions réglementaires sur le marché du travail a fait l'objet d'une abondante littérature économique, grandement amorcée par Blanchard et Wolfers (2000). Philippon (2007) privilégie l'effet de la qualité des relations sociales à celui des institutions sur la résilience aux chocs en soulignant que cet effet s'est accru sur les dernières décennies, en particulier depuis la révolution technique associée aux TIC.

1.2. Protection réglementaire et protection ressentie

Si, comme cela vient d'être rappelé, la protection de l'emploi a des effets plutôt pénalisants en termes d'équilibre macroéconomique, elle pourrait cependant avoir un impact favorable sur le bien-être si elle réduisait le sentiment d'insécurité des travailleurs concernant leur emploi. Or, les études disponibles aboutissent de façon robuste à l'enseignement opposé : le sentiment d'insécurité apparaît croissant avec l'intensité de la protection de l'emploi.

Clark et Postel-Vinay (2009) fournissent, outre une revue de littérature, une étude empirique très riche sur la question. Leur analyse est réalisée à partir des données individuelles de plusieurs vagues d'enquêtes réalisées par Eurostat auprès d'un panel européen d'individus. Un échantillon est ainsi constitué sur les cinq vagues d'enquêtes annuelles de la période 1997-2001. Il comprend les réponses d'environ 12 000 hommes âgés de 20 à 55 ans en 1997 et résidant dans douze pays européens. Le sentiment d'insécurité dans l'emploi est appréhendé à partir des réponses à la question : « Êtes-vous satisfait dans votre occupation professionnelle actuelle en termes de sécurité d'emploi ? ». Les réponses individuelles peuvent varier selon six degrés de satisfaction allant de « très satisfait » à « pas satisfait ». Le degré de protection de l'emploi est par ailleurs appréhendé par l'indicateur LPE (législation protectrice de l'emploi) construit par l'OCDE et déjà évoqué plus haut. Enfin, le sentiment de sécurité dans l'emploi est également mis en relation avec la générosité des systèmes nationaux d'indemnisation du chômage, appréciée par un taux de remplacement maximum au moment du passage au chômage.

(4) Cette analyse est partagée par Blanchard et Malinvaud dans leurs commentaires des rapports au CAE de Fitoussi et Passet (2000) et de Freyssinet (2000), publiés dans le même volume.

Les principaux enseignements de l'analyse statistique réalisée, toutes choses égales par ailleurs, sur ces données par Clark et Postel-Vinay (2009) sont les suivants :

- le sentiment d'insécurité est croissant avec la précarité de l'emploi : il est le plus élevé pour les précaires (CDD et intérim), plus faible pour les employés en CDI dans le secteur privé et plus faible encore pour les agents du secteur public ;
- le sentiment d'insécurité est décroissant avec la générosité de l'indemnisation du chômage. Ce résultat est d'ailleurs également obtenu par Lollivier et Rioux (2006) dans leur étude réalisée sur les données françaises de la même base ;
- le sentiment d'insécurité des agents du secteur public est indépendant du niveau de protection de l'emploi ;
- le sentiment d'insécurité des employés précaires ou en CDI dans le secteur privé est croissant avec le niveau de protection de l'emploi.

Le dernier enseignement qui vient d'être mentionné est particulièrement important. Il signifie qu'une augmentation du niveau de protection de l'emploi par la LPE, non seulement peut avoir un effet défavorable sur l'équilibre macroéconomique mais aussi, toutes choses égales par ailleurs, augmenterait le sentiment d'insécurité des travailleurs vis-à-vis de leur emploi. L'explication de ce paradoxe est que la protection de l'emploi protège les personnes en emploi stable (les *insiders*) mais, en réduisant la fluidité du marché du travail et les transitions, rend plus difficile l'insertion ou le retour à l'emploi pour ceux qui l'ont perdu (les *outsiders*)⁽⁵⁾. Le risque de chômage prolongé par cette moindre fluidité du marché du travail serait même ressenti par les personnes en emploi stable dans le secteur privé.

1.3. Les contradictions de la situation française

Le droit social est en France d'essence essentiellement réglementaire (comparé à celui d'autres pays). Le rapport Chertier (2006) fournit une intéressante comparaison de la situation française avec celles de l'Allemagne, des États-Unis, du Royaume-Uni et des Pays-Bas concernant le rôle des partenaires sociaux dans la construction du droit social. Ce rapport montre qu'en France, l'intervention réglementaire est supérieure à ce qui est observé dans les quatre autres pays de cette comparaison.

Simultanément, on constate en France une grande faiblesse de la syndicalisation et une mauvaise image du dialogue social. Le rejet relativement important de l'économie de marché y suggère l'attente d'une forte intervention de l'État. Cependant on y observe à la fois un fort sentiment d'insécurité, un fort incivisme et un rejet important des institutions.

Ces contradictions ne peuvent être ignorées dans tout projet de refondation.

(5) Cf. sur ces aspects, par exemple, Saint-Paul (2002).

1.3.1. Une grande présence du droit réglementaire

La forte présence du droit réglementaire en France peut être appréhendée à partir d'indicateurs synthétiques visant à mesurer le niveau de cette rigidité par comparaison avec d'autres pays ou des illustrations dans des domaines plus ciblés⁽⁶⁾.

Plusieurs institutions calculent des indicateurs synthétiques renseignant sur le niveau des rigidités, dont les rigidités réglementaires sur le marché du travail. Ces indicateurs sont construits à partir d'enquêtes ou d'un examen détaillé des dispositions réglementaires et conventionnelles, parfois même de la jurisprudence spécifique à chaque pays. De tels indicateurs synthétiques sont inévitablement fragiles et ne peuvent prendre en compte toute la complexité de la situation de chaque pays au regard de l'importance des rigidités sur le marché du travail. Les enseignements doivent donc être dégagés avec prudence.

Le tableau 1a fournit une comparaison sur les pays de l'OCDE des indicateurs de rigidités sur le marché du travail construits par diverses institutions. Les deux principaux enseignements de cette comparaison sont que :

- ces indicateurs sont assez cohérents, comme en attestent leurs corrélations deux à deux généralement élevées (cf. tableau 1b) ;
- la France se caractérise par un niveau relativement fort des rigidités sur le marché du travail, qu'on la compare aux seuls pays européens ou à l'ensemble des pays de l'OCDE.

Les indicateurs les plus fréquemment utilisés dans la littérature sont ceux proposés par l'OCDE. Mesurés à partir de multiples sources, ces indicateurs reposent principalement sur les dispositions légales en vigueur, mais tiennent également compte de la jurisprudence et de certaines dispositions fixées par les conventions collectives. Ils indiquent que les rigidités seraient plus fortes en France que dans la moyenne des pays de l'Union européenne et les pays de l'OCDE concernant le licenciement individuel (six pays seulement sur trente connaîtraient des rigidités plus fortes). Elles seraient plus faibles concernant le supplément de rigidités associées aux licenciements collectifs (vingt-cinq pays), contrairement à une vision habituelle de plus fortes rigidités spécifiques en ce domaine en France. Globalement, les rigidités des licenciements, mesurées en ajoutant ces deux composantes, seraient en France comparables à celles de nombreux pays de l'OCDE (elles seraient plus élevées dans dix-neuf pays). Les rigidités seraient particulièrement fortes concernant le recours aux emplois précaires (CDD et intérim) pour lesquelles la France se distinguerait particulièrement (quatre pays seulement connaîtraient des rigidités plus fortes). Au total, les rigidités mesurées à partir de l'agrégation de ces trois composantes seraient fortes en France (cinq pays seulement connaîtraient des rigidités plus fortes).

(6) Un symptôme de la forte et croissante présence du droit réglementaire est l'épaisseur du Code du travail. Dans l'édition Dalloz, le Code du travail représentait dans sa partie codifiée (lois et règlements) 938 pages et 0,5 kg en 1974 et 2 548 pages et 1,5 kg en 2009, soit une progression par un facteur 2,5 en un tiers de siècle !

1. Divers indicateurs de rigidités sur le marché du travail
a. Niveaux des indicateurs pour la plus récente année disponible

	OCDE CDI		OCDE PRE		OCDE Collec.		OCDE Total		Fraser Institute		2007		2009		IMD
	2008	(2009 pour la France et le Portugal)	2008	(2009 pour la France et le Portugal)	2008	(2009 pour la France et le Portugal)	2008	(2009 pour la France et le Portugal)	Empl. WEF	Emb. et lic. WEF	Rig. lic. WB	Coûts lic. WB	2005		
Allemagne	2,85	1,96	3,75	2,63	3,60	44	2,30	69	40	69	69	7,67			
Australie	1,37	0,79	2,88	1,38	9,63	3	4,10	4	10	4	4	5,80			
Autriche	2,19	2,29	2,88	2,41	8,81	37	3,60	2	40	2	2	4,68			
Belgique	1,94	2,67	4,13	2,61	8,52	20	2,90	16	10	16	16	7,31			
Canada	1,17	0,22	2,63	1,02	7,40	4	4,50	28	0	28	28	3,49			
Corée du Sud	2,29	2,08	1,88	2,13	—	37	4,10	91	30	91	91	6,72			
Danemark	1,53	1,79	3,13	1,91	10,00	10	6,00	0	10	0	0	2,40			
Espagne	2,38	3,83	3,13	3,11	4,81	56	2,90	56	30	56	56	6,72			
Etats-Unis	0,56	0,33	2,88	0,85	10,00	0	5,40	0	0	0	0	3,45			
Finlande	2,38	2,17	2,38	2,29	7,59	48	3,50	26	40	26	26	5,25			
France	2,60	3,50	2,13	2,90	7,03	56	2,50	32	40	32	32	7,66			
Grèce	2,28	3,54	3,25	2,97	7,78	55	2,90	24	40	24	24	6,52			
Hongrie	1,82	2,08	2,88	2,11	6,76	30	3,80	35	10	35	35	3,77			
Irlande	1,67	0,71	2,38	1,39	7,78	17	3,60	24	20	24	24	5,04			
Islande	2,12	1,54	3,50	2,11	8,79	28	5,30	13	10	13	13	—			
Italie	1,69	2,54	4,88	2,58	9,81	38	2,10	2	40	11	11	6,12			
Japon	2,05	1,50	1,50	1,73	9,63	17	3,10	4	30	4	4	4,22			
Luxembourg	2,68	3,92	3,88	3,39	6,38	62	2,90	39	40	39	39	—			
Mexique	2,25	4,00	3,75	3,23	5,18	48	3,50	52	—	—	—	—			
Norvège	2,20	3,00	2,88	2,65	8,79	47	2,70	13	40	13	13	5,57			
Nouvelle-Zélande	1,54	1,08	0,38	1,16	10,00	7	3,20	0	10	0	0	5,74			
Pays-Bas	2,73	1,42	3,00	2,23	8,42	42	2,60	17	70	17	17	6,32			
Pologne	2,01	2,33	3,63	2,41	8,79	37	3,80	13	—	—	—	6,91			
Portugal	3,51	2,54	1,88	2,84	1,19	48	2,50	95	50	95	95	6,78			
Répub. slovaque	2,45	1,17	3,75	2,13	8,79	36	3,90	13	30	13	13	3,13			
Rép. tchèque	3,00	1,71	2,13	2,32	7,96	31	3,30	22	10	22	22	5,38			
Royaume-Uni	1,17	0,29	2,88	1,09	7,96	7	3,90	22	10	22	22	4,98			
Suède	2,72	0,71	3,75	2,06	8,79	39	3,20	26	40	26	26	6,16			
Suisse	1,19	1,50	3,88	1,77	7,59	17	5,50	13	10	13	13	2,52			
Turquie	2,48	4,88	2,38	3,46	1,19	42	4,10	95	—	—	—	—			
Moyenne UE-19	2,29	2,17	3,17	2,39	7,40	37,53	3,27	28,05	31,67	29,39	29,39	5,71			
Moyenne OCDE	2,17	2,14	3,06	2,31	7,59	32,10	3,59	28,20	26,30	25,74	25,74	5,40			

b. Corrélations entre les différents indicateurs

	2008 (2009 pour la France et le Portugal)				2007			2009		IMD
	OCDE CDI	OCDE PRE	OCDE Collec.	OCDE Total	Fraser Institute	WEF Emploi	WEF Emb. et lic.	WEF Coûts lic.	WB Rig. lic.	
OCDE CDI	1,000									
OCDE PRE	0,502	1,000								
OCDE Collec.	-0,043	0,158	1,000							
OCDE Total	0,723	0,933	0,309	1,000						
Fraser Institute	-0,583	-0,536	0,075	-0,584	1,000					
WEF Emploi	0,793	0,771	0,224	0,893	-0,513	1,000				
WEF Emb. et lic.	-0,609	-0,380	0,008	-0,498	0,307	-0,605	1,000			
WEF Coûts lic.	0,551	0,486	-0,162	0,517	-0,999	0,484	-0,234	1,000		
WB Rig. lic.	0,722	0,490	0,110	0,648	-0,362	0,786	-0,689	0,331	1,000	
WB Coûts lic.	0,565	0,336	-0,120	0,428	-0,996	0,496	-0,339	0,997	0,345	1,000
IMD	0,566	0,518	-0,008	0,586	-0,447	0,580	-0,781	0,466	0,529	0,509

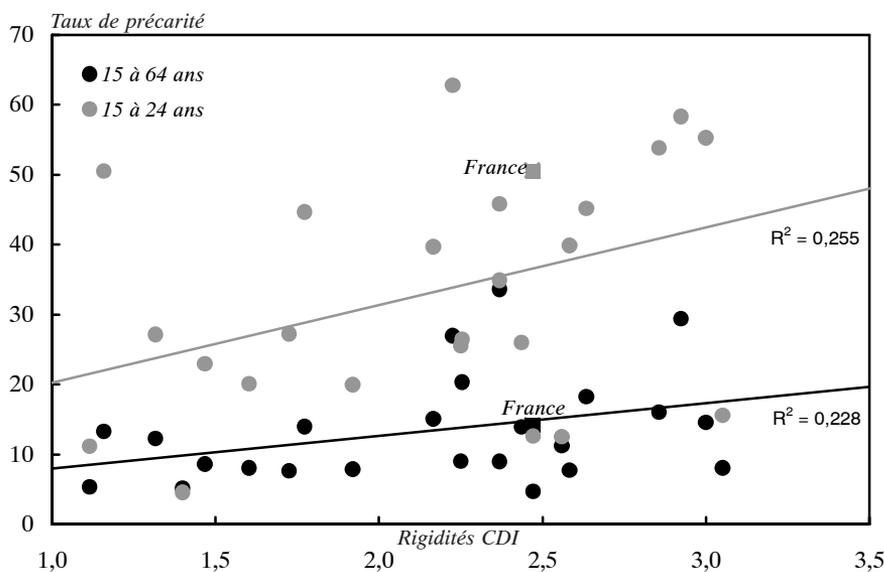
Nature des indicateurs : OCDE CDI = Licencements individuels ; OCDE PRE = Recours aux emplois précaires ; OCDE Collec. = Licencements collectifs ; OCDE Total = Ensemble ; Fraser Institute (Freedom of the world) = Coûts des licencement ; WEF (World Economic Forum) Emploi = Rigidité de l'emploi ; WEF Emb. et lic. = Rigidités à l'embauche et au licencement ; WEF Coûts lic. = Coûts de licencement ; WB (World Bank Doing Business) Rig. lic. (Rigidités de licencement) ; WB Coûts lic. = Coûts des licencements ; IMD (Institute for Management and Development) = Rigidités globales.

Sources : Les indicateurs OCDE sont construits à partir de multiples sources, cf. Venn (2009). Ils reposent principalement sur les disposition légales en vigueur, mais tiennent également compte de la jurisprudence et de certaines dispositions fixées par les conventions collectives. L'indicateur correspondant aux licencements collectifs correspond au supplément de rigidités associées à ces derniers par rapport aux rigidités associées aux licencements individuels. La valeur des divers indicateurs de base servant à la construction de chaque indicateurs agrégé va de 0 (rigidités les plus faibles) à 6 (les plus fortes), données disponibles sur www.oecd.org/emploi/protection ; L'indicateur du Fraser Institute est construit à partir de multiples sources : Banque mondiale, FMI, Forum économique mondial et sources nationales. Il décroît avec les coûts des licencements. Pour des précisions sur le calcul des indicateurs, cf. Gwartney et Lawson (2003), données disponibles sur www.fraserinstitute.org et www.freetheworld.com ; Les indicateurs du World Economic Forum ont comme sources les bases « Doing Business » de la World Bank et « Executive Economic Survey » du Forum économique mondial. Les indicateurs de rigidités de l'emploi et de coûts des licencements correspondant au classement des pays, parmi 134, selon leur niveau de rigidités : les rigidités sont croissantes avec l'indicateur. Les rigidités à l'embauche et au licencement est une moyenne de sous indicateurs dont la valeur peut aller de 0 (rigidités les plus fortes) à 7 (rigidités les plus faibles), données disponibles sur www.weforum.org ; Les indicateurs de la World Bank sont construits à partir d'enquêtes auprès d'experts dans chaque pays. Ils correspondent au classement des pays, parmi 181, selon leur niveau de rigidités : les rigidités sont croissantes avec l'indicateur, données disponibles sur www.doingbusiness.org ; L'indicateur de l'Institute for Management and Development est construit à partir d'enquêtes auprès de managers de 55 pays. Sa valeur est comprise de 0 (rigidités les plus faibles) à 10 (les plus fortes), données disponibles sur www.imd.ch/research/publications/wcy

Venn (2009) souligne que le niveau des rigidités mesurées par l'indicateur d'ensemble (LPE) de l'OCDE est plus élevé dans les pays ressortant d'une culture de *civil law*, comme la France, que dans les pays ressortant d'une culture de *common law*. La situation française serait donc en partie expliquée par une forte inscription dans une culture de *civil law*.

Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que la présence de rigidités aboutit au développement de stratégies de contournement. Ainsi, une corrélation positive apparaît entre l'importance des rigidités et le niveau du recours aux emplois précaires, constitués par les emplois en CDD et en intérim (cf. graphique 2). Ici encore, ce sont les jeunes qui paraissent particulièrement exposés : ils sont plus concernés par ces stratégies de contournement que les autres salariés. Pourtant, Bassanini et al. (2009) montrent par une analyse empirique sur un panel de onze pays de l'OCDE que les effets défavorables sur la croissance de la productivité globale des facteurs de rigidités réglementaires au licenciement des personnes en contrat à durée indéterminée ne peuvent être compensés par un assouplissement du recours aux emplois précaires.

2. Protection de l'emploi à durée indéterminée et taux de précarité des populations âgées de 15 à 64 ans et de 15 à 24 ans



Lecture : La protection de l'emploi en CDI est mesurée par l'indicateur de difficultés de licenciement individuel des salariés en CDI, construit par l'OCDE pour l'année 2008 (2009 pour la France et le Portugal), cf. tableau 1. Le taux de précarité correspond au taux d'emploi en CDD ou en intérim en 2008.

Source : OCDE.

Ces constats suggèrent que les rigidités aboutissent à une dualisation des emplois : quand elles sont fortes, le recours aux emplois précaires l'est également ce qui aboutit au total à une partition plus importante des emplois entre ceux qui sont protégés par les rigidités et ceux qui le sont moins ou pas car leur statut est précaire. Cette dualisation croissante avec les rigidités est bien sûr l'expression d'inégalités accrues sur le marché du travail.

Plusieurs illustrations ciblées peuvent être données de cette forte intervention réglementaire en France. Nous en retiendrons ici trois : la durée du travail, le salaire minimum et les seuils.

Une première illustration est fournie par le droit de la durée du travail. Comme souligné par Barthélémy (2002) ou Artus, Cahuc et Zylberberg (2007), la France se singularise en ce domaine par la forte intervention réglementaire de l'État, qui aboutit à une grande complexité de l'arsenal juridique, principalement sur les questions des heures supplémentaires, de l'organisation des horaires et des durées maximales. Cette complexité vient en bonne partie du fait que les auteurs des textes législatifs nouveaux (il y en a eu vingt en vingt ans) n'ont jamais pris la précaution de vérifier la compatibilité de ce qu'ils ajoutaient avec ce qui existait précédemment. Elle aboutit inévitablement à une certaine ineffectivité du droit : peu d'acteurs patronaux ou syndicaux sont à même de maîtriser les multiples aspects du droit de la durée du travail. Pour cette raison, l'ouverture à l'intervention conventionnelle dérogatoire répétée sur les dernières années s'est révélée d'une efficacité limitée (en particulier pour les PME). Ceci s'explique sans doute par le fait que cette ouverture a privilégié la déconstruction des 35 heures à la simplification et l'effectivité du droit conventionnel. Dans les autres pays industrialisés, l'intervention réglementaire de l'État est plus limitée en ce domaine et de nombreux aspects y sont du ressort de la seule négociation collective, de branche ou d'entreprise.

Une deuxième illustration, largement développée par Cahuc, Cette et Zylberberg (2008), concerne le salaire minimum. Par rapport à la plupart des pays de l'OCDE, le salaire minimum s'impose en France de façon exceptionnellement uniforme. Son mode de fixation y relève de règles d'indexation automatiques et contraignantes, s'appliquant à tous les salariés de plus de 18 ans et sans véritable concertation avec les partenaires sociaux. Il est soumis à des règles de revalorisation automatique plus dynamiques que le seul maintien de son pouvoir d'achat et au-delà desquelles, de plus, seul le gouvernement a voix au chapitre pour octroyer de façon discrétionnaire des « coups de pouce ». Un salaire plancher de ce type existe dans vingt et un pays de la zone OCDE et dans vingt des vingt-sept États membres de l'Union européenne, mais dans ces autres pays il n'est généralement pas soumis à des règles de revalorisation automatique et dans aucun autre ces règles ne dépassent le seul maintien du pouvoir d'achat. Les sept États membres n'ayant pas à ce jour de salaire minimum légal sont l'Allemagne, l'Autriche, Chypre, le Danemark, la Finlande, l'Italie et la Suède. Dans ces pays, des salaires planchers existent le plus souvent, mais ils y sont alors

conventionnels. Aghion, Algan et Cahuc (2008) ont montré que la France est le pays de l'OCDE dans lequel le salaire minimum légal a été structurellement le plus contraignant sur la période 1980-2000. Cahuc, Cette et Zylberberg (2008) montrent également que cette caractéristique s'est accrue sur la dernière décennie, du fait de revalorisations du salaire minimum beaucoup plus fortes que les évolutions du salaire moyen. Il faut aussi souligner que son taux uniforme sur tout le territoire crée des inégalités, dues aux différences importantes du niveau des prix, en particulier des loyers.

Une troisième illustration est fournie par l'existence de seuils réglementaires de taille d'entreprises, à partir desquels les contraintes du droit social changent. Ces seuils sont nombreux en France (*cf.* annexe) et on recherche parfois vainement la raison de différents seuils, tels ceux de dix ou onze salariés. L'existence de ces nombreux seuils présente trois inconvénients majeurs :

- la simple complexité de cette superposition de seuils aboutit à un coût de gestion pour les entreprises qui peut être préjudiciable à l'efficacité économique et à l'emploi ;
- l'existence de seuils peut freiner l'ambition de l'entrepreneur au développement, ce qui est également préjudiciable à l'efficacité économique et à l'emploi. Cahuc, Kramarz et Perez-Duarte (2005) soulignent cependant que cet effet défavorable de l'existence de seuils serait en France assez réduit, de l'ordre de quelques milliers d'emplois ;
- ces seuils sont facteurs d'inégalités aussi bien entre salariés qu'entre entreprises.

Cette question des seuils ne sera pas abordée dans la suite du rapport et mérite en conséquence un développement.

Certains seuils pourraient disparaître. Ainsi, les efforts de reclassement dont bénéficient les salariés en cas de licenciement sont différents selon la taille de l'entreprise (le seuil étant ici à 50 salariés) et l'ampleur des licenciements (individuels ou collectifs). Rien ne peut justifier que des salariés licenciés aient plus de droits quand leur entreprise compte plus de salariés ou que le nombre de licenciés est plus important. Le reclassement des salariés licenciés est une préoccupation collective, qui doit être financée par une contribution de solidarité quelle que soit la dimension de l'entreprise. Les efforts de reclassements et les plans de sauvegarde de l'emploi ne doivent pas être une obligation pour les entreprises, souvent non préparées et peu qualifiées pour cela et dont les services du personnel sont souvent déjà mobilisés pour préparer et mettre en œuvre les réorganisations internes associées aux licenciements collectifs. Pour autant, cette contribution de solidarité devrait pouvoir être réduite dans les entreprises déployant un réel effort de reclassement. Dans les autres cas, elle financerait les efforts de reclassement assurés par des professionnels⁽⁷⁾.

(7) Cette proposition est, par exemple, avancée par Cahuc et Kramarz (2004) ou Barthélémy, Cette et Verkindt (2006 et 2007b).

Pour autant, on ne peut en arriver à la suppression de tous les seuils dès lors que le volume plus ou moins grand des effectifs crée des possibilités et des besoins particuliers de protection, mais aussi des modalités particulières de dialogue social. Sans doute faut-il traiter séparément les seuils ayant un impact sur les charges des entreprises et ceux relatifs à la représentation du personnel. Mais, d'une part, certains seuils pourraient être rapprochés sans difficulté (par exemple, il y a un seuil de 10 et un autre de 11) et, d'autre part, le dépassement de certains seuils doit pouvoir n'entraîner l'accroissement des coûts et des contraintes que dans le cadre d'un processus de lissage dans le temps. Une telle construction a toutefois des limites, liées à l'existence même de certaines institutions sociales comme le comité d'entreprise, ce qui pose un problème d'une tout autre ampleur. Ainsi, après un long temps d'expérimentation, l'institution unique dans les PME ne peut-elle aujourd'hui être imposée légalement ? Ne peut-on imaginer une institution unique assumant les fonctions de Délégué du personnel (DP), du Comité d'entreprise (CE), du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) dès 20 salariés comme c'est le cas en Allemagne et ce jusqu'à un certain effectif ?

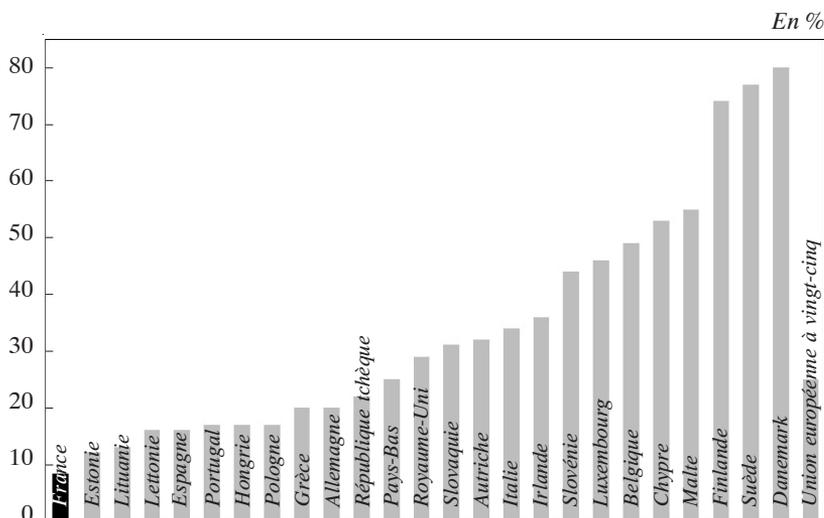
1.3.2. Une faible syndicalisation

Au sein de l'Union européenne des 27 et même au sein de l'OCDE, la France est le pays qui connaît le plus faible taux de syndicalisation des salariés : environ 8 % en 2002-2003 contre une moyenne d'environ 25 % dans l'Union européenne selon la Commission européenne (cf. graphique 3)⁽⁸⁾. Cette faible syndicalisation est encore accentuée dans le seul secteur privé, où le taux de syndicalisation n'est que d'environ 5 %. Simultanément, comme le souligne Wolf (2008), « la France n'est pas le pays dans lequel les salariés sont le moins en contact avec les syndicats, bien au contraire : la part de salariés travaillant dans une entreprise ou une administration dans laquelle un syndicat (ou assimilé) est présent est supérieure à la moyenne » (cf. graphique 4). « Le syndicalisme français est donc un syndicalisme avec peu d'adhérents, mais largement présent sur le terrain des entreprises et des administrations ». Appréhendée par la proportion d'entreprises dans lesquelles il y a au moins un délégué syndical, cette présence aurait même augmenté entre la fin de la décennie quatre-vingt-dix et la fin de la première moitié de la décennie 2000 (cf. tableau 2). Il est vraisemblable à cet égard que la technique du mandatement, fortement mobilisée dans le cadre des accords 35 heures, a joué un rôle dans cette progression.

Le taux de syndicalisation a fortement baissé sur les quatre dernières décennies : il dépassait 30 % en 1949 (cf. graphique 5). Cette baisse s'observe dans de nombreux pays, mais elle n'est pas une généralité (graphique 6). Ainsi, dans plusieurs pays où le taux de syndicalisation dépasse actuel-

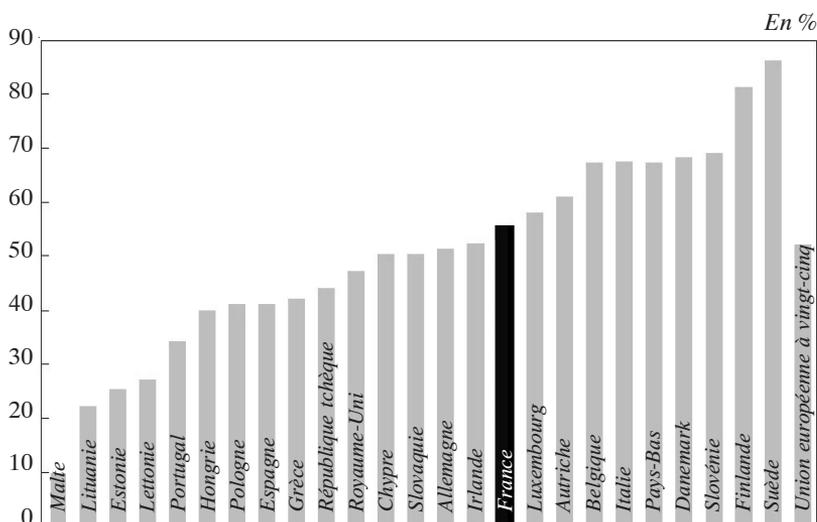
(8) Les données sur le taux de syndicalisation dans l'OCDE sont fournies par exemple par OCDE (2004a). Celles dans l'Union européenne sont construites par la Commission européenne (2006) et ici reprises de Wolf (2008). Enfin, celles spécifiques à la France sont construites par le ministère du Travail et l'INSEE et ici également reprises de Wolf (2008).

3. Salariés syndiqués dans les pays membres de l'Union européenne, 2006



Source : Commission européenne (2006), ici repris de Wolf (2008).

4. Salariés pour lesquels un syndicat est présent dans l'entreprise ou l'administration, dans les pays membres de l'Union européenne, 2006



Source : Commission européenne (2006), ici repris de Wolf (2008).

lement 50 % (par exemple, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède), le taux de syndicalisation est stable voire en augmentation sur les trois dernières décennies. Ces pays sont souvent considérés comme ayant une forte culture du dialogue social et de la recherche du compromis entre partenaires sociaux et, en corollaire, se caractérisent par une importance particulière du droit conventionnel et une présence moindre du droit réglementaire. Les pays où le taux de syndicalisation est intermédiaire (entre 30 et 40 %) ou faible (moins de 20 %) sur les dernières années ont généralement connu une baisse de la syndicalisation. Le contraste avec les pays à forte syndicalisation suscite des interrogations.

2. Délégués syndicaux selon la taille de l'établissement

En %

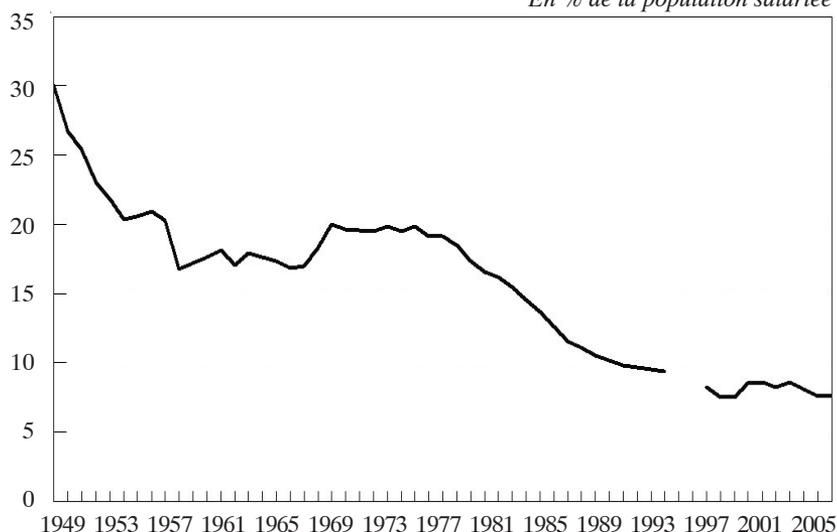
	1998-1999	2004-2005
20 à 49 salariés	19	23
50 à 99 salariés	44	49
100 à 199 salariés	67	74
200 à 499 salariés	81	88
500 salariés et plus	93	97
Ensemble	33	38

Lecture : Proportion d'établissements dans lesquels est présent au moins un délégué syndical.

Sources : Enquête REPONSE réalisée par la DARES, repris de Pignoni et Tenret (2007).

5. Taux de syndicalisation en France

En % de la population salariée

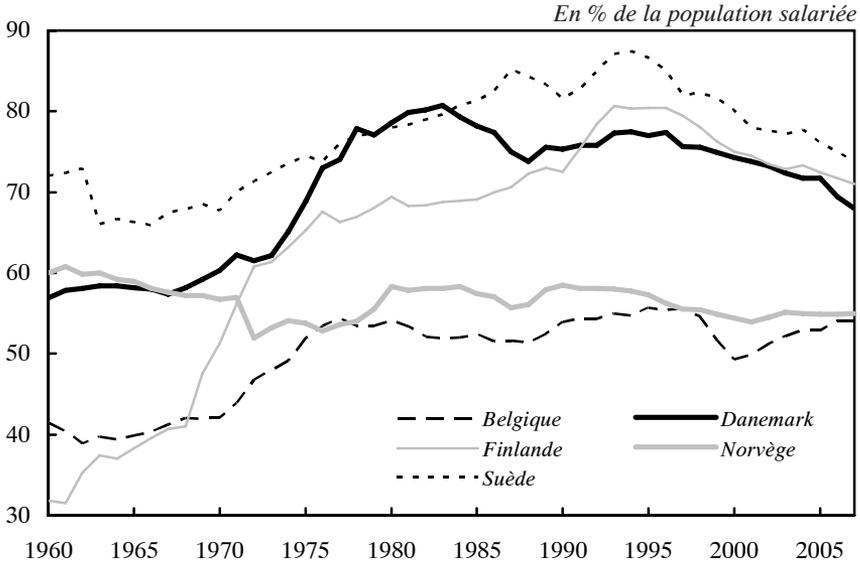


Lecture : Une rupture de source et donc de série intervient en 1993, cf. Wolf (2008).

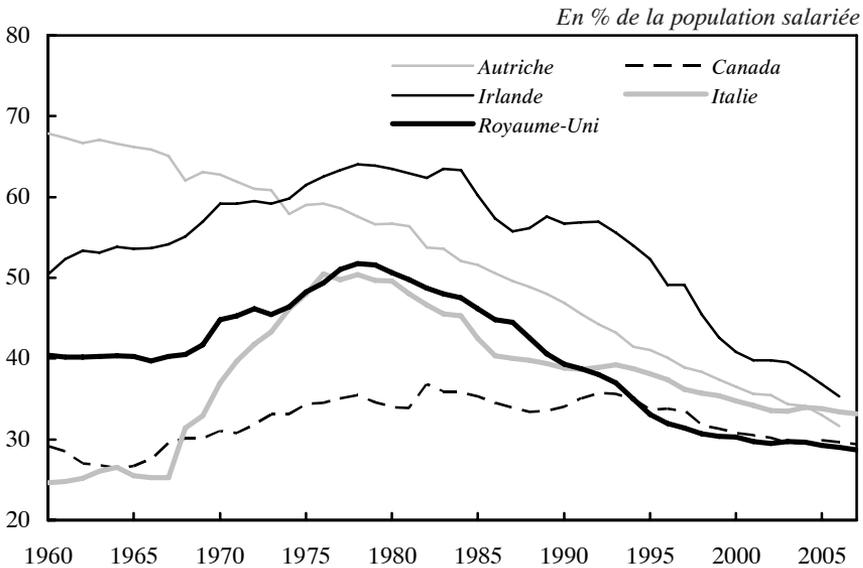
Sources : Ministère du Travail et INSEE, ici repris de Wolf (2008).

6. Taux de syndicalisation

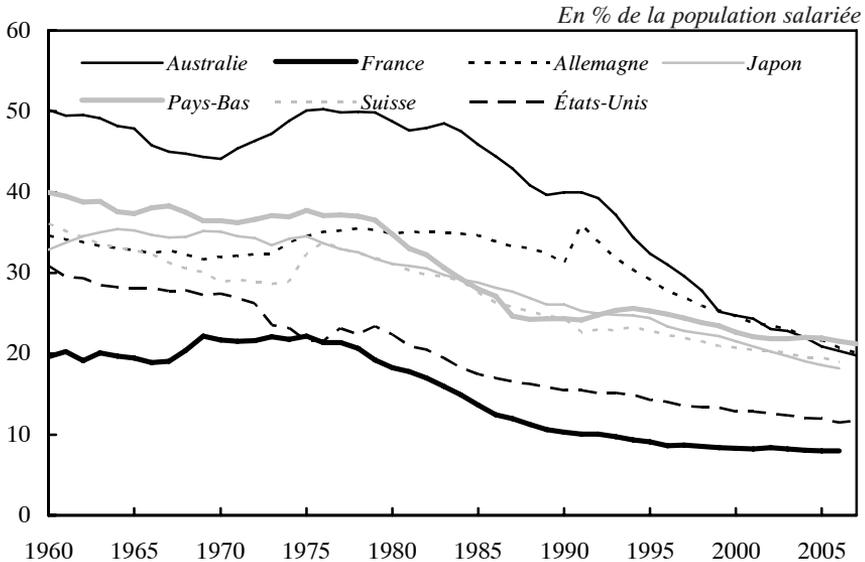
a. Pays à forts taux de syndicalisation



b. Pays à taux de syndicalisation intermédiaires



c. Pays à bas taux de syndicalisation



Sources : OCDE et Visser, Martin et Tergeist (2009).

À l'opposé des pays à forte syndicalisation, en France, le syndicalisme s'est progressivement institutionnalisé, avec en corollaire une faiblesse relative du droit conventionnel et une présence croissante et devenue relativement importante du droit réglementaire. Cette double affirmation nécessite une explication pour éviter critiques et contresens. Comme on le verra *infra*, le pourcentage de salariés entrant dans le champ d'une convention collective de branche est très élevé. Toutefois, nombre de ces conventions collectives nationales professionnelles se contentent pour l'essentiel de leur texte de délayer les dispositions législatives traitant du même thème. Le législateur en est partiellement responsable en donnant une liste impressionnante de clauses obligatoires (pour les conventions étendues) ; le Conseil d'État également qui admet que, alors que la convention doit être en principe plus favorable que la loi, est considérée comme satisfaisant à l'exigence d'une clause sur tel thème précis la convention qui se contente de répéter le texte légal (*cf.* à ce sujet l'avis du Conseil d'État de 1978). Bref la créativité des acteurs sociaux apparaît plutôt faible.

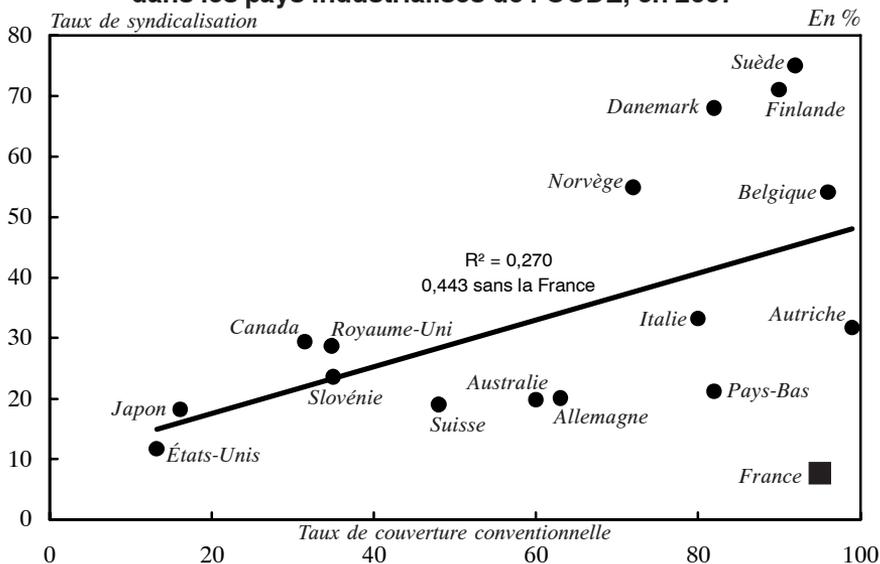
L'importance de la présence syndicale est souvent appréciée par les économistes en fonction du pourcentage de salariés couverts par une convention collective⁽⁹⁾. Sous cet angle, la France pourrait être présentée, malgré une faible proportion de salariés syndiqués, comme l'un des pays où la présence syndicale serait très forte puisqu'elle fait partie des pays industrialisés dans lesquels le taux de couverture conventionnelle des salariés est le plus élevé. Selon l'OCDE, ce taux est d'environ 95 % en France en 2007, un niveau supérieur à 90 % n'étant par ailleurs également atteint que dans quatre autres

(9) Voir, par exemple à ce sujet, Alesina, Glaeser et Sacerdoce (2005).

pays : l'Autriche, la Belgique, la Finlande et la Suède (cf. graphique 7). Ces deux indications de présence syndicale (taux de syndicalisation et taux de couverture conventionnelle des salariés) fournissent au premier regard une information contradictoire qu'il convient d'expliquer.

Le fort taux de couverture conventionnelle en France est largement lié au fait que le ministre du Travail peut *étendre* une convention pour la rendre applicable au sein des entreprises dont l'employeur n'est pas membre d'un syndicat professionnel, mais aussi en *élargir* le champ à un autre territoire ou à une autre profession en l'absence de négociateurs potentiels ou de carence persistante de conclusion d'accords. En outre, le ministre peut, de sa propre initiative, convoquer les parties à la négociation et présider la commission qui, de paritaire, devient alors mixte. Le but de cet « arsenal » est justement de favoriser la couverture de tous les salariés par un tissu conventionnel au nom de l'ordre public social⁽¹⁰⁾. À cet égard, on constate que, parmi les pays les plus industrialisés de l'OCDE, la France se singularise par ce contraste entre un faible taux de syndicalisation et un fort taux de couverture conventionnelle, ces deux grandeurs étant positivement corrélées sur les autres pays (graphique 7). L'État supplée à l'absence d'acteurs à la fois par une forte intervention réglementaire mais aussi par les techniques d'extension et d'élargissement qui contribuent à expliquer le contraste entre la faible syndicalisation et le très fort taux de couverture conventionnelle.

7. Taux de couverture conventionnelle et taux de syndicalisation dans les pays industrialisés de l'OCDE, en 2007



Lecture : Les pays les plus industrialisés de l'OCDE sont ici tous les pays de l'OCDE sur lesquels ces données sont disponibles.

Sources : OCDE et Visser, Martin et Tergeist (2009). Données OCDE disponibles sur http://www.oecd.org/document/34/0,3343,en_2649_33927_40917154_1_1_1_1,00.html

(10) Il faut aussi signaler l'obligation annuelle de négocier dans l'entreprise (loi Auroux du 13 novembre 1982), dont le non-respect peut être lourdement sanctionnable pénalement puisqu'il s'agit d'un délit.

1.3.3. De mauvaises relations sociales et un rejet des institutions

Parmi les pays industrialisés, la France se singularise par une mauvaise qualité des relations sociales au sein du monde du travail. Le sentiment de cette mauvaise qualité est partagé par les travailleurs et par les chefs d'entreprise.

Concernant les salariés, les raisons de la non-syndicalisation sont indiquées par de rares enquêtes, parmi lesquelles deux sondages réalisés en mai 2006 et en janvier 2008 par l'institut TNS-SOFRES (cf. tableau 3). La principale raison de non-syndicalisation évoquée est la « peur des représailles », ce qui témoigne de très mauvaises relations sociales. Les autres réponses les plus fréquentes traduisent une certaine défiance vis-à-vis des syndicats ou, pour le moins, un scepticisme au sujet de leur efficacité : « les syndicats sont trop divisés », « les syndicats ne comprennent pas nos préoccupations », « les syndicats ne sont pas efficaces ».

3. Pourquoi les salariés français ne se syndiquent-ils pas plus ?

	En %	
	Mai 2006	Janvier 2008
Par peur des représailles	41	36
Les syndicats sont trop divisés	36	34
Les syndicats ne comprennent pas nos préoccupations	33	38
Les cotisations sont trop chères	26	16
Les syndicats ne sont pas efficaces	22	25

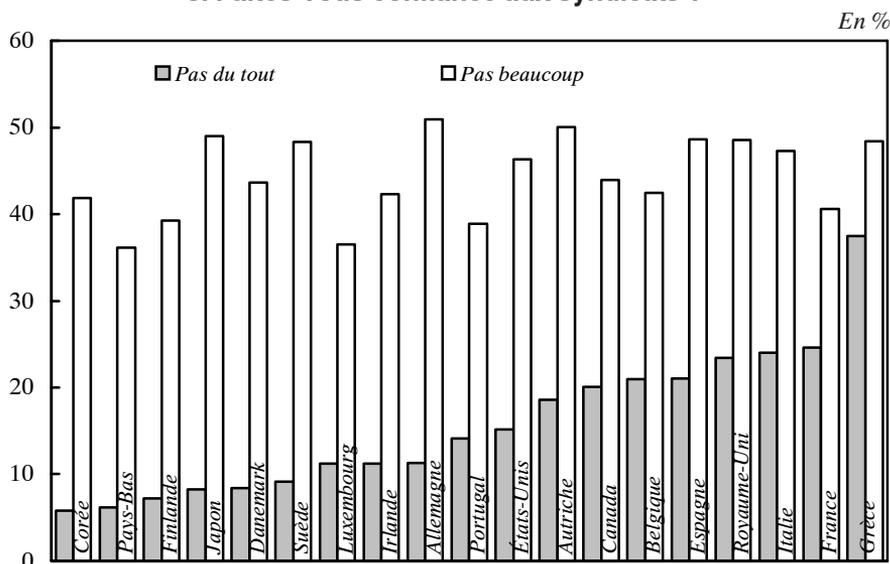
Source : Résultats de deux sondages TNS-SOFRES.

L'enquête réponse réalisée par la DARES indique que les salariés porteraient en France un regard pour le moins ambivalent sur les syndicats (cf. Amossé, 2006). Ainsi, 65,9 % des salariés interrogés y signalent que les « syndicats jouent un rôle irremplaçable dans la représentation des salariés ». Mais en même temps, les représentants syndicaux sont perçus comme prenant moins en compte les aspirations du personnel que les représentants élus du personnel, puisque 57,2 % des salariés y indiquent que les « syndicats font passer leurs mots d'ordre et leurs intérêts avant ceux des salariés » et par contre 65,8 % que les « représentants élus du personnel traduisent les aspirations des salariés ».

Une enquête réalisée en 2000 dans un grand nombre de pays par le *World Value Survey* (WVS) indique que près d'un quart des Français déclare ne faire aucune confiance aux syndicats, ce mauvais score ne paraissant dépassé que dans peu de pays industrialisés, parmi lesquels la Grèce (cf. graphique 8). Dans les pays nordiques où le taux de syndicalisation est très élevé, elle n'est exprimée que par moins de 10 % des habitants. Algan et Cahuc (2007) soulignent, à partir de nombreux résultats d'enquêtes, que cette défiance particulière des Français ne concerne pas seulement les syn-

dicats ou les patrons, mais aussi le Parlement, la justice et plus globalement « les autres ». Cette défiance générale leur semble expliquer un niveau d'incivisme particulièrement élevé en France, dont témoigne la faible proportion (par rapport aux autres pays industrialisés) de personnes trouvant injustifiable de « réclamer indûment des aides publiques », d'« acheter un bien dont on sait qu'il a été volé » ou d'« accepter un pot-de-vin dans l'exercice de ses fonctions ».

8. Faites-vous confiance aux syndicats ?



Lecture : Enquête auprès de l'ensemble de la population adulte

Source : World Value Survey (2000).

Concernant les dirigeants d'entreprise, deux enquêtes réalisées en 2004 par le Forum économique et par l'IMD (une école de commerce de Lausanne) confirment un même sentiment, pour ces acteurs, de mauvaises relations sociales : la France est classée 99^e sur 102 pays dans la première enquête et 57^e sur 60 pays dans la seconde pour la qualité des relations sociales dans l'entreprise (ces chiffres sont repris de Philippon, 2007). Les enquêtes réalisées par le Forum économique auprès des chefs d'entreprise indiquent par ailleurs que la France est dans une position moyenne concernant la confiance qu'ils accordent à la justice ou à la politique.

La défiance envers les acteurs du dialogue social et de la négociation collective paraît d'autant plus complexe que des études montrent que l'existence d'accords collectifs peut pacifier les relations sociales dans les entreprises. Sur la base d'une analyse empirique sur des données individuelles concernant la France, Cahuc et Kramarz (1997) montrent ainsi que la main d'œuvre est, toutes choses par ailleurs, davantage stabilisée dans les entre-

prises dans lesquelles des accords collectifs sont conclus, cet effet étant d'autant plus intéressant que la main d'œuvre est qualifiée et mobilise un capital de connaissances spécifiques.

Cette défiance générale ne s'explique pas par un rejet du travail. En effet, l'enquête réalisée auprès d'individus en 2000 par le WVS indique que la France est, parmi les vingt-quatre pays les plus développés, placée avant-dernière (avant la Grèce) concernant la « satisfaction dans son travail » mais la mieux placée concernant l'« importance du travail dans votre vie » (cf. tableau 4).

4. Place du travail au sein des pays les plus industrialisés

	Rang de la France	Score de la France (en %)	Score moyen sur l'ensemble des pays (en %)
Le travail est très important dans la vie	1/24	69,8	54,9
Le travail est très important ou assez important dans la vie	1/24	94,6	89,5
Travailler dur est une valeur importante à transmettre aux enfants	8/24	50,2	40,2
Indice de satisfaction au travail	17/21	7,0	7,3

Lecture : Enquête auprès de l'ensemble de la population adulte.

Source : World Value Survey, 2000.

Comment expliquer une telle défiance généralisée ? À cet égard, Algan et Cahuc (2007) et Philippon (2007) apportent une explication globale très proche. Selon Algan et Cahuc (2007, p. 48), « le déficit de confiance des Français entrave leur capacité de coopération, ce qui conduit l'État à régler les relations de travail dans leurs moindres détails. En vidant de son contenu le dialogue social, ces interventions entretiennent la défiance entre les travailleurs, les entreprises et l'État ». Selon Philippon (2007, pp. 48-49), « il existe un cercle vicieux évident dans lequel la mauvaise qualité du dialogue social peut justifier l'intervention de l'État, cette intervention déresponsabilisant en retour les négociateurs potentiels et détruisant finalement les incitations au dialogue qu'elle aurait pourtant dû protéger ». Dans ces deux analyses, l'intervention de l'État contribue à transformer la défiance vis-à-vis du dialogue social en une défiance plus généralisée vis-à-vis de toutes les institutions par des pratiques non seulement dirigistes, mais aussi corporatistes en accordant des avantages particuliers et visibles à certains groupes. La logique des grands corps de l'administration publique est une illustration d'un tel fonctionnement ; l'accès à des postes de direction de grandes entreprises est souvent en France davantage lié à l'appartenance à un tel corps et/ou au passage en cabinet ministériel qu'à la compétence et à

la connaissance du monde de l'entreprise. Cette pratique a un coût économique : Kramarz et Thesmar (2006) montrent par exemple que, toutes choses égales par ailleurs, les performances des entreprises dont les conseils sont dominés par ces anciens des grands corps et cabinets ministériels sont moins élevées que celles des autres entreprises.

2. L'architecture de la refondation

Un processus rigoureux, né d'une vision globale des relations de travail, s'impose pour éviter contradictions et approche partielle. À cet effet, il paraît essentiel de commencer par mettre en évidence les principaux objectifs et écueils de la refondation du droit social (2.1). La stratégie de refondation proposée s'appuie sur la négociation collective (2.2). Elle nécessite cependant de bien définir ce qui relève de l'ordre public en matière sociale (2.3) et par voie de conséquence de l'autonomie du droit conventionnel (2.4). Il est indispensable d'évoquer la nature juridique des accords (2.5). L'état de droit dans certains domaines éclaire le sujet (2.6). Il est utile enfin de souligner que la société française est prête à une telle refondation (2.7).

2.1. Les principaux objectifs et écueils d'une refondation du droit social

Avant de présenter la stratégie de refondation du droit social, il faut cerner les principaux objectifs et écueils d'un tel projet.

2.1.1. Les principaux objectifs

Les principaux objectifs à viser nous paraissent les suivants :

- *encourager la négociation collective*, droit d'origine constitutionnelle s'agissant des conditions de travail, de rémunération, d'emploi, de formation et des garanties sociales. Cet objectif vise au développement important du droit conventionnel. Cela implique que non seulement soient mis en œuvre les moyens permettant de compléter l'exigence de représentativité par celle de légitimité à l'égard de la collectivité des travailleurs concernés, mais aussi que soient déclinées et rendues substantielles les règles de conduite de la négociation ;

- *protéger la fonction protectrice du droit du travail*, inhérente au caractère déséquilibré de la relation contractuelle. Mais sans altérer cette fonction, on peut mieux concilier objectifs économiques et exigences sociales. Cela implique de modifier la nature des règles protectrices, en faisant en sorte qu'elles soient prioritairement d'essence contractuelle ;

- *réduire la complexité du droit du travail*, car celle-ci a deux types d'effets défavorables. Tout d'abord, elle crée une réelle insécurité juridique, notamment en raison des difficultés à appréhender la règle de droit.

Ensuite, elle suscite la frilosité de l'entrepreneur, ce qui est contre-productif au plan de l'emploi. Ceci étant, certaines complexités s'imposent en particulier au nom du respect des droits et libertés fondamentaux, au nom de l'ordre public. Celles-ci ne sauraient être sacrifiées au nom de l'efficacité économique et même au nom de l'emploi. Le droit plus contractuel prévu par le présent rapport pourrait, à première vue, apparaître comme contre-performant en ce domaine, en particulier eu égard à la multiplication des normes qui en résultent comme du fait du champ plus restreint de chacune d'elles. Cette idée n'est toutefois pas pertinente : le contrat n'a qu'une ambition limitée, celle de faire la loi des parties, de surcroît pour un temps limité, tout engagement à vie étant prohibé. En outre, le compromis qu'est tout contrat favorise son respect, même s'il est imparfait, alors que la loi est subie.

De plus, la réduction de la complexité du droit social doit s'accompagner du maintien des hétérogénéités quand ces dernières répondent à des besoins et à des attentes. Ainsi, l'unicité de statut n'est pas factrice de protection et l'existence de formes juridiques différentes de contrats et/ou de statuts est un moyen d'adapter les normes juridiques à la diversité des situations concrètes. La possibilité de recourir à des types différents de contrats permet aussi de répondre plus aisément à des attentes particulières, liées à des besoins particuliers. Cela vaut pour les formes de relations entre employeurs et salariés comme cela vaut pour les formes juridiques de la personne morale donnant naissance à l'entreprise ;

- *réduire les sources d'inégalités que le droit social peut créer*, curieusement du reste dans la mesure où il est théoriquement porteur d'égalité, spécialement sous couvert d'interdiction des discriminations. Dans cette perspective, il est important de cultiver la complémentarité du droit du travail et du droit de la protection sociale, celle-ci étant porteuse de solidarité, spécialement par sa composante « droit de la Sécurité sociale ». Plus généralement, l'application à des situations diversifiées de normes légales, donc uniformes, peut être source d'inégalités. Il y a lieu par ailleurs de saluer la fermeté avec laquelle la Cour de cassation élabore une doctrine pour donner sa pleine puissance à la règle « salaire égal, travail égal » qu'elle a peu à peu magnifiée pour en faire un authentique principe d'égalité de traitement ;

- *réduire les risques et les incertitudes de la judiciarisation*, d'autant plus grands qu'on appréhende difficilement les évolutions de la jurisprudence et que la boulimie législative, qui fait intervenir la loi dans des domaines davantage de la compétence du contrat, conduit à ridiculiser l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». La réduction du risque judiciaire ne peut cependant se concevoir par la réduction du champ de compétence du juge, cette orientation étant à la fois impossible en raison des contraintes internationales et inconcevable dans un État de droit.

Le nombre d'objectifs expose le présent rapport à la double critique de l'impossibilité de les réaliser tous en un temps réduit et de l'appauvrissement de l'ambition dès lors qu'ils ne sont pas de la même importance. Pourtant, ceux-ci s'inscrivent dans un objectif unique plus large, celui de

parfaire une société de contrats. Laisser subsister des textes obéissant à la logique de la société de règlements favorise l'insécurité juridique, donc une judiciarisation excessive du droit social et nuit à l'efficacité du nouveau droit, ce dont atteste la réalité actuelle du droit positif.

2.1.2. Les principaux écueils à éviter

Dans le processus de réforme du droit social, les principaux écueils à éviter sont :

- *un arsenal dirigiste*⁽¹¹⁾, travers dans lequel le droit français est tombé malgré la volonté affichée depuis quelques décennies de privilégier le contrat sur le règlement. Comme indiqué plus haut, la densité du tissu législatif contribue à l'ineffectivité du droit social. Le droit social a sombré dans une tendance paroxysmique, les textes nouveaux n'étant que rarement confrontés à ceux déjà existants pour analyser leur compatibilité avec ceux-ci. Ceci change depuis quelques années. Par ailleurs, employeurs et salariés confrontés en permanence à la pratique du droit social font nécessairement du droit du travail comme Monsieur Jourdain de la prose. Dès lors, existe un risque de privilégier l'interprétation littérale du texte sur une analyse de fond à partir des principes juridiques qui l'irriguent. Ceci ne peut avoir comme effet que de conforter des convictions sur ce qui n'est que l'apparence. De ce fait, la réforme du droit social doit viser à en adapter les normes aux mutations du travail et non amplifier sa complexité ;

- *une confiance exagérée dans le contrat*. La relation étant déséquilibrée, on ne peut faire totalement confiance au contrat pour faire la loi des parties. À tout le moins et compte tenu des évolutions majeures des dernières années rendues possibles par les progrès des TIC, il faudrait faire une distinction suivant les types d'emplois en tenant compte du degré d'autonomie, donc de responsabilité du travailleur. Sous cet angle, l'évolution récente de la définition de la notion de subordination juridique par la Cour de cassation à partir des tâches ou missions exécutées sur instruction ou ordre d'un entrepreneur ayant la capacité de contrôler et de sanctionner, ouvre la porte à des solutions réellement différenciées. Ceci étant, ne tenir compte, pour justifier un arsenal protecteur, que de la seule subordination juridique n'autorise pas une ambition à la mesure des mutations profondes du travail, dès lors que n'est pas prise en considération la seule dépendance économique. Au vu de ce constat, le concept de parasubordination mérite réflexion. Nombre d'États de l'Union européenne ont traduit législativement ce concept et les instances européennes le prennent en compte dans leurs études⁽¹²⁾ ;

(11) « Le signe le plus avéré de la décadence d'une société est la prolifération des lois » disait Montesquieu.

(12) Voir sur ce thème Barthélémy (2003). Voir aussi Antonmattei et Sciberras (2008).

• *la non-prise en compte de contraintes juridiques incontournables, tant nationales qu'internationales, et des attentes des personnes concernées.* Le projet de contrat unique est symptomatique d'une telle non-prise en compte de contraintes juridiques, pour certaines incontournables⁽¹³⁾. Les exemples récents du Contrat nouvelle embauche (CNE) et du Contrat première embauche (CPE) sont aussi à cet égard exemplaires. Le CNE permettait aux entreprises de 20 salariés et moins le licenciement sans motivation les deux premières années suivant l'embauche. Instauré en 2005, il a été considéré par l'OIT en 2007 non conforme à la convention 158 de cette même organisation, convention ratifiée par la France en 1989⁽¹⁴⁾. Il a pour cette raison été abrogé en février 2008. Le CPE transposait le principe du CNE pour l'ensemble des entreprises du secteur privé, mais pour la seule population de moins de 26 ans. Instauré en janvier 2006, ce dispositif fut retiré définitivement en avril de la même année suite à une importante mobilisation de jeunes. Signalons d'ailleurs que, pour les mêmes raisons que le CNE, le CPE se serait probablement révélé en contradiction avec le droit international.

Ces tentatives de réformes vouées à l'échec ont des effets désastreux. Elles décrédibilisent en effet, tant auprès des employeurs que des salariés et des organisations syndicales, le processus de réforme lui-même. Elles font par ailleurs perdre un temps précieux dans la mise en œuvre de ce processus.

2.2. Quelle stratégie de refondation ?

Pour réussir, la stratégie de refondation ne peut que s'inscrire dans la culture de *civil law* du droit français. Dans ce contexte, certaines orientations sont à écarter.

2.2.1. La stratégie de refondation dans une culture de civil law

Une littérature s'est récemment développée sur la *trade-off* entre différentes formes de protection des salariés et sur les facteurs de nature sociale pouvant expliquer l'importance des rigidités réglementaires visant à protéger l'emploi.

Mobilisant sur les deux décennies quatre-vingt et quatre-vingt-dix les données construites au niveau agrégé par l'OCDE, Algan et Cahuc (2009) relèvent une corrélation négative entre générosité de l'indemnisation chômage et degré de protection réglementaire de l'emploi. Ils montrent par

(13) De telles propositions de contrat unique sont par exemple faites par Blanchard et Tirole (2003), Camdessus (2004) ou Cahuc et Kramarz (2004). Les analyses de Barthélémy, Cette et Verkindt (2006 et 2007a, b et c) montrent l'incompatibilité de ces propositions avec des contraintes juridiques, pour certaines incontournables. Elles montrent également que le contrat unique augmenterait les risques de judiciarisation.

(14) Voir sur ce point le rapport du Directeur général de l'OIT (2007).

ailleurs que le point d'équilibre entre ces deux formes de protection est lui-même fortement corrélé avec le niveau moyen des valeurs civiques dans les pays. Les valeurs civiques sont mesurées par le pourcentage de personnes qui, interrogées dans le cadre des différentes vagues d'enquêtes (1980, 1990 et 2000 du *World Value Survey*) trouvent injustifié de réclamer des aides publiques auxquelles on n'a pas droit. Plus les valeurs civiques sont élevées et plus la protection réglementaire de l'emploi est faible et l'indemnisation chômage est généreuse. Ils remarquent par ailleurs une certaine permanence des valeurs civiques, puisqu'une corrélation apparaît parmi les réponses de personnes interrogées aux États-Unis entre le civisme révélé par leur réponse et le pays d'origine de leurs ancêtres. Aghion, Algan, Cahuc et Shleifer (2009) élargissent cette analyse en montrant, à partir d'analyses mobilisant des données sur de nombreux pays industrialisés ou en développement, que la défiance envers les autres et les institutions, d'une part, l'intervention réglementaire et, d'autre part, sont positivement corrélées. De multiples indicateurs de défiance et d'intervention réglementaire sont utilisés. Concernant la défiance, il s'agit en particulier des réponses aux questions posées dans les différentes vagues du WVS concernant la confiance envers les autres ou les valeurs civiques. Concernant l'intervention réglementaire, il s'agit notamment d'indicateurs de difficultés à créer une entreprise, de contrôle des prix ou de régulation du marché du travail. Le manque de confiance envers les institutions et le Gouvernement, lié par exemple à la suspicion de corruption, apparaît croissant avec l'importance de l'intervention réglementaire. Pour autant, le rejet de l'économie de marché apparaît également croissant avec le degré d'intervention réglementaire. En conséquence, des paradoxes peuvent être expliqués : le souhait d'une dérégulation est d'autant plus faible que l'intervention réglementaire est forte et simultanément la défiance envers les institutions est elle-même forte, car « *Gouvernement is bad but business is worse* ».

Ces travaux suggèrent que les origines culturelles des personnes influenceraient leur civisme et leur défiance envers les institutions, lesquels influenceraient à leur tour la demande et le degré d'intervention réglementaire. Les évolutions culturelles, étant très progressives, pourraient laisser envisager de grandes difficultés de réforme du droit social visant à le rendre moins réglementaire. Une telle conclusion serait erronée. Venn (2009) remarque ainsi que, en moyenne sur la période 1995-2008, si les pays s'inscrivant dans une culture de *civil law* connaissent des niveaux de rigidités sur le marché du travail supérieurs à ceux des pays s'inscrivant dans une culture de *common law*, ils ont connu sur la même période une réduction des rigidités tandis que les seconds ont plutôt connu une augmentation de ces rigidités, ce qui traduit une certaine convergence. Comme indiqué dans l'introduction, les travaux ressortant de la *Legal Origin Theory* suggèrent que la stratégie de réforme et de refondation du droit social dans la culture et la tradition de *civil law* doit, pour réussir, être en parfaite cohérence avec cette culture. C'est la logique de la stratégie ici proposée, qui n'aboutit à une réduction du droit réglementaire que là où les acteurs de la négociation

élaborent du droit conventionnel. Les stratégies ressortant d'autres logiques nous paraissent pour ces raisons vouées à entrer en contradiction avec la culture de *civil law* française et pour cette raison à échouer⁽¹⁵⁾.

2.2.2. L'orientation de la stratégie de refondation

Trois grandes orientations de refondation peuvent *a priori* être envisagées :

- *la libéralisation*. Cela consiste à réduire le droit réglementaire en supposant qu'un droit conventionnel pourrait spontanément s'y substituer. Mais cette approche, qui affaiblirait le caractère protecteur du droit social, repose sur l'hypothèse fautive que le droit conventionnel peut se développer spontanément, ce qui paraît utopique dans le contexte français d'une mauvaise qualité des relations sociales et d'une faible syndicalisation, et n'est sans doute politiquement pas envisageable dans un pays de *civil law* comme la France. Comme cela a été illustré plus haut par certains exemples récents (le CNE et le CPE), une telle orientation pourrait à la fois faire perdre un temps précieux dans le processus de réforme et même aboutir au rejet de ce processus ;

- *l'encouragement au développement d'un droit plus conventionnel*. Cette orientation repose sur l'idée qu'un tel développement permettrait de réduire ensuite le droit réglementaire en laissant l'espace ainsi libéré à l'exercice du droit conventionnel. Mais cette approche paraît utopique, car ce développement spontané du droit conventionnel est difficile dans le contexte français, comme cela vient d'être rappelé et est difficilement envisageable sans espace d'intervention préalablement défini ;

- *la réduction du droit réglementaire PAR le développement du droit conventionnel*. C'est le développement du droit conventionnel qui simultanément réduit le droit réglementaire. Ainsi, à aucun moment, les protections ne sont affaiblies. L'incitation au développement du droit conventionnel réside dans les rentes juridiques (et parfois financières) concédées aux acteurs du droit conventionnel. C'est la voie proposée dans ce rapport. Cette incitation favorise à la fois la recherche de meilleures relations sociales permettant de tirer le bénéfice des rentes envisageables et l'émergence des acteurs de l'élaboration du droit conventionnel. Une telle orientation nous paraît nettement plus en cohérence avec la tradition de *civil law* française. En effet, le droit réglementaire continue de s'appliquer pleinement en l'absence de droit conventionnel, dont l'élaboration nécessite par essence le plein accord des parties concernées, autrement dit des partenaires sociaux : les représentants syndicaux des employés et les représentants des entreprises.

(15) Acemoglu et al. (2009) soulignent cependant que des changements radicaux de culture peuvent dans certains cas être bénéfiques en termes de croissance. Ils montrent que l'imposition, au XVIII^e puis au XIX^e siècle, d'une culture de *civil law* à de nombreux pays européens par les conquêtes françaises révolutionnaires puis napoléoniennes a souvent dans ces pays, été favorable à la croissance, cette dernière étant auparavant bridée voir paralysée par l'entretien onéreux obligatoire de vastes catégories de personnes détenant de fortes rentes (nobles et ecclésiastiques essentiellement).

L'ambition de ce rapport est, dans la logique de cette troisième (et seule envisageable) orientation, de définir le cadre d'un droit social protégeant autant sinon mieux les salariés et économiquement plus efficace.

Deux principes sont essentiels dans la stratégie de refondation proposée :

- le contrat collectif ne peut déroger à toute disposition d'ordre public mais au sens strict, c'est-à-dire civiliste du terme ;
- il peut « déroger » à toute autre disposition du Code du travail. Le mot « dérogation » doit être précisé car il ne se décline pas de la même façon suivant les types de conflits de sources.

2.2.3. L'ingénierie juridique au service de la refondation

Organiser, par la mise en œuvre de ces deux principes, le maximum d'autonomie du contrat collectif à l'égard du tissu tant réglementaire que conventionnel d'amont ne peut que favoriser une meilleure conciliation entre économique et social. Cela ne peut que contribuer à améliorer l'efficacité économique, la situation de l'emploi mais aussi à l'effectivité du droit social.

L'autonomie plus grande du tissu conventionnel nécessite une compétence technique plus affirmée des négociateurs. Cette compétence s'impose aussi bien en raison de la créativité plus grande qui résultera du dialogue social en termes de normes que par souci de sécurité juridique, elle-même vectrice de protection du travailleur. Parce que cette exigence de compétence s'inscrit dès lors dans le cadre de l'intérêt général, il est de la responsabilité de l'État de concevoir les moyens, tant financiers que juridiques, permettant aux négociateurs de se former. Certes, des dispositifs de ce type existent déjà, notamment sous forme de budgets en direction des organisations dans la perspective de la formation au dialogue social. Mais ils doivent être fortement amplifiés eu égard aux effets de l'autonomie plus grande du contrat collectif. D'une part, doit être instauré pour les nouveaux délégués syndicaux, un congé formation de quelques jours, à l'image de ce qui existe pour les nouveaux membres des comités d'entreprise. D'autre part, un dispositif de portée générale concernant le financement de la formation à la négociation doit être conçu, remplaçant dès lors des dispositifs traitant de tel ou tel domaine, comme c'est le cas, par exemple, pour faciliter la mise en œuvre des rémunérations différées ; l'accroissement des financements publics est facilité par l'obligation nouvelle, pour les organisations syndicales, tant patronales que salariales, de faire certifier leurs comptes. Les financements complémentaires de ces formations par les entreprises invitent à une plus grande sophistication des règles de mutualisation.

La mise en œuvre de ces moyens est de nature à éviter deux écueils préjudiciables à l'efficacité de la négociation collective : le premier c'est d'aborder le droit comme une fin en soi, ce qui conduit à concentrer le dialogue social sur la gestion des contraintes avec, de surcroît, un risque

sérieux de dérive technocratique ; le second, c'est d'élaborer les stratégies sociales sans prendre en compte le droit comme un matériau parmi d'autres, le rôle du juriste étant réduit à celui de metteur en forme des décisions. Mais il est vrai que, pour éviter ces deux écueils, il faut sans doute d'abord former les juristes pour que de techniciens ils deviennent organisateurs. Les études universitaires intéressant le droit social devraient prendre en compte cette exigence.

Au vu des développements qui précèdent, il apparaît indispensable de bien cerner le concept d'ordre public appliqué au droit social avant de traiter des conditions et limites de l'autonomie conventionnelle.

2.3. L'ordre public social

Le droit du travail est soumis aux exigences des disciplines juridiques fondamentales, tel le droit civil. Cette première remarque permet de prendre conscience que la notion d'ordre public social a pris des distances avec sa notion civiliste, donc orthodoxe. Sans entrer dans une analyse doctrinale hors de propos, on peut, en simplifiant, préciser que les dispositions qualifiées d'ordre public sont celles que ni individuellement ni par le contrat, on ne peut transgresser, donc qui présentent un caractère impératif. S'il s'agit de l'ordre public de protection, ce sont celles qui globalement touchent aux droits fondamentaux de la personne et aux libertés essentielles tant collectives qu'individuelles, lesquels peuvent résulter de sources en amont du législateur lui-même.

Le caractère déséquilibré de la relation contractuelle entre le salarié et son employeur ainsi que la nature et l'étendue du pouvoir de direction expliquent que le volume des dispositions légales et réglementaires impératives soit plus vaste que ce que recouvre la notion civiliste d'ordre public ; cette situation est en effet susceptible d'affecter la volonté du salarié. D'où du reste le caractère d'ordre public de la notion de contrat de travail, son existence étant liée à des éléments de fait attestant d'un état de subordination juridique au plan des conditions de travail (ainsi que de l'exécution d'un travail moyennant rémunération). Le déséquilibre contractuel explique également que, en cas de conflits de normes, seule s'applique la plus favorable au salarié. Ceci vaut non seulement s'agissant des conflits dans lesquels sont impliquées des dispositions légales ou réglementaires autres qu'impératives (spécialement celles se traduisant par des avantages quantitatifs constituant dès lors des minima) mais aussi de ceux intéressant des sources de droit privé.

Le concept d'ordre public social est mal cerné par les employeurs et les salariés, premiers utilisateurs du droit du travail, ce qui est source d'insécurité et de judiciarisation excessive (*cf.*, par exemple, le nombre des arrêts de la Cour de cassation concernant l'égalité de traitement). Cela ne peut qu'inciter à conseiller aux acteurs sociaux de décliner concrètement les droits fondamentaux et les libertés individuelles et collectives par accord national

interprofessionnel : droit à la santé, droit à l'employabilité, droit à un procès équitable, droit au respect de la dignité et à un travail décent, ou encore au respect de la vie personnelle à l'intérieur de la sphère professionnelle, principe d'égalité de traitement se prêteraient facilement à un tel exercice comme les modalités du droit syndical et ce qui se rapporte aux institutions représentatives du personnel. Il ne peut s'agir par définition de créer conventionnellement des droits mais de les rendre accessibles à ses utilisateurs que sont les employeurs et les salariés, à la fois par des énumérations non limitatives de leurs domaines d'expertises et par les procédures les mettant en œuvre.

2.3.1. Les droits fondamentaux du travailleur

Le Code du travail propose une distinction entre les dispositions auxquelles on peut ou non déroger par convention collective. Tel est l'objet de l'article L2251-1 du Code du travail : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui révèlent un caractère d'ordre public ». Il a été fait pendant longtemps une application extensive de cette double limite à l'autonomie de la convention collective, conséquence de la double subordination, juridique mais aussi économique du salarié. Le droit du travail est alors conçu sur le fondement de la qualité de « mineur social » de tout salarié, qu'il faut donc protéger, y compris contre lui-même ; il limite son ambition à corriger les effets de la subordination. Cette conception du droit du travail est héritée de la civilisation de l'usine et des modes hiérarchiques d'organisation qui l'accompagnent.

Deux raisons justifient le reflux du champ de l'ordre public social depuis le début des années quatre-vingt :

- ce qui vaut pour le contrat individuel de travail ne s'impose pas nécessairement pour le contrat collectif où l'équilibre des pouvoirs est plus aisé à établir en raison de l'indépendance et de la force des organisations syndicales. De ce fait, le contrat collectif peut, sous conditions, faire seul la loi des parties. On notera toutefois que le postulat de « mineur social » vaut surtout pour les ouvriers et les employés. L'indépendance technique et/ou un degré élevé d'autonomie au plan des conditions de travail rendent possible que, sous certaines conditions, l'équilibre contractuel dans la relation individuelle soit effectif. Au demeurant, la tendance expansive du salariat qui a résulté de ce postulat a eu deux sortes d'effets pervers : d'un côté elle a apporté la plus grande protection à ceux des travailleurs en ayant le moins besoin dès lors que leur contrat peut faire la loi des parties et qu'ils bénéficient en plus du filet protecteur du droit du travail ; d'un autre côté, elle a laissé sans protection le travailleur en état de seule dépendance économique, dès lors que le contrat de travail se détermine à partir de la subordination juridique ;

- la création d'un véritable droit de la négociation collective et pas seulement des conventions collectives (c'est-à-dire des actes naissant de la

négociation) a jeté les bases, en termes de qualité des acteurs comme de règles de conduite de la négociation, permettant d'autonomiser l'accord collectif. Les lois Auroux de 1982 pouvaient de ce fait inventer la technique de dérogation permettant à un accord collectif de remettre en cause le caractère impératif d'une norme légale ou réglementaire et/ou de concevoir une norme conventionnelle moins favorable. Il n'est pas inutile de préciser que les lois Auroux, dans le prolongement de la « nouvelle société » de Chaban-Delmas, proposaient une société intégrant davantage de contrats et moins de règlements, une partie du rapport à l'initiative de ces lois visant à permettre « aux salariés d'être les acteurs du changement ».

Depuis l'ordonnance du 16 janvier 1982 (sur les 39 heures) et la loi du 13 novembre 1982 (sur la négociation collective) qui ont légalisé la technique de dérogation, les domaines de celle-ci et, à l'intérieur de chaque thème d'application, le degré d'autonomie de l'accord, donc de résistance au règlement, n'ont cessé d'augmenter. Cela atteste du reste de l'évolution des mentalités qui a rendu possibles des évolutions. D'une part, l'autonomie du contrat collectif s'exerce aussi désormais à l'égard des accords de rang supérieur. D'autre part, la hiérarchie des normes a été bouleversée : on est passé de la suppléativité à la subsidiarité qui fait de l'accord d'entreprise la source de droit commun, la convention de branche ne s'appliquant qu'à défaut et la réglementation qu'en l'absence de tissu conventionnel. Le fait que la technique de dérogation se soit exprimée principalement dans le domaine de la durée du travail ne doit pas abuser ; les bases sont jetées et les esprits préparés à une évolution plus décisive parce que d'application plus générale. De même, le fait que le renversement de la hiérarchie des normes né de la loi du 20 août 2008 ne concerne que certains aspects du droit de la durée du travail n'en est pas moins annonciateur de nouvelles avancées en direction d'un droit du travail marqué par une plus grande autonomie du droit conventionnel.

L'autonomie de la convention collective à l'égard tant du règlement que du tissu conventionnel de rang supérieur présente l'immense avantage de promouvoir des normes adaptées à chaque contexte, voire à chaque projet. Elle est donc potentiellement vectrice d'une plus grande efficacité économique. Mais sans pour autant faire perdre au droit du travail sa fonction protectrice, dès lors que l'accord collectif est un contrat mais aussi une loi professionnelle. D'où du reste l'importance, bien plus grande alors, de la légitimité des acteurs de la négociation au regard de la population visée et des règles de conduite de la négociation qui permettront plus aisément au contrat de faire seul la loi des parties.

La notion de droits fondamentaux est difficilement traduisible de façon opérationnelle. Leur volume augmente par ailleurs continûment dans un État de droit. Pour une bonne part, ils ont leur source dans la convention européenne des droits de l'Homme et dans le préambule de la Constitution. La jurisprudence contribue à mettre en évidence qu'ils se déclinent dans tel ou tel domaine. Par exemple, la Cour de cassation a indiscutablement donné

du sens au droit à la santé dans l'entreprise en imposant à l'employeur une obligation générale de résultat et non seulement de moyen en matière de sécurité. On peut, de même, soutenir que le droit à l'employabilité – concrétisé par le Code du travail à partir du droit à une qualification reconnu comme une obligation nationale mais aussi de l'obligation faite à l'employeur de maintenir les compétences – devient peu à peu un droit fondamental du travailleur. L'élévation d'une règle au rang de principe va dans le même sens ; c'est le cas par exemple de l'égalité de traitement. La prohibition des discriminations est évidemment concernée.

2.3.2. Les libertés collectives

L'autonomie de la convention collective doit donc être promue avec comme seule limite l'ordre public, entendu de manière stricte, orthodoxe, en un mot civiliste, d'autant que l'efficacité économique induite de cette autonomie contribue à l'effectivité du droit social. Devraient donc désormais demeurer seuls impératifs les textes concernant les droits fondamentaux de la personne, les libertés individuelles et collectives. Cela n'exclut pas un arsenal réglementaire destiné à définir les droits des *outsiders*, même si la négociation collective peut s'y intéresser ; il n'est pas inutile de rappeler que les indemnisations des chômeurs et les pensions complémentaires de retraite sont issues d'accords collectifs nationaux interprofessionnels.

Tout cela, l'accord collectif, même conçu pour être très autonome, ne peut le contourner. Cela ne signifie pas qu'il ne doit pas s'en préoccuper. Au contraire, de l'imagination créatrice des acteurs sociaux viendront les matériaux permettant de mieux les respecter, d'une part en les déclinant pour les adapter à un contexte donné et, d'autre part, en élaborant les mesures préventives, notamment d'information et de formation, ainsi que les procédures s'y rapportant.

Les libertés collectives des travailleurs sont d'autant plus à protéger que, en raison des progrès des TIC qui permettent l'accès direct et total au savoir à de plus en plus de travailleurs, l'individualisation des rapports de travail connaît une forte augmentation sur les dernières décennies. Cela met, par exemple, en évidence l'importance du principe d'égalité de traitement qu'on ne peut transgresser que pour des raisons objectives et pertinentes. La cohésion de la collectivité du personnel est un facteur de progrès social et de protection sociale. Il est donc important que soit affirmée sa consistance juridique, ce que favorise le fait qu'elle ait des intérêts propres, donc distincts de la somme des intérêts individuels de ses membres, et qu'elle dispose des moyens pour les faire-valoir, en particulier le comité d'entreprise qui a en charge l'expression de ceux-ci. La reconnaissance juridique de la collectivité du personnel devient encore plus nécessaire si, par l'autonomie de l'accord collectif, le « statut » du personnel peut se construire sur la base d'une négociation « donnant-donnant ».

Relève donc inévitablement du domaine des lois impératives ce qui se rapporte au droit syndical, au droit des institutions représentatives du per-

sonnel, au droit à la négociation collective, au droit d'expression collective. Mais aussi au droit de la protection sociale, notamment (surtout) dans sa dimension complémentaire qui, comme le droit du travail – et contrairement au droit légal de la Sécurité sociale – est un droit du contrat. Ainsi, et malgré l'autonomie de la « convention collective de Sécurité sociale », le principe de solidarité ne saurait être méconnu même, du reste, au nom du droit de la concurrence. Mais une nouvelle fois, le caractère d'ordre public de ces droits, spécialement celui syndical et des institutions représentatives du personnel, n'interdit pas à l'accord collectif de s'y intéresser, y compris du reste ici pour créer des avantages (qui sont collectifs) plus favorables.

2.4. L'autonomie du contrat collectif

L'indépendance des syndicats, notamment à l'égard de l'employeur – critère légalement prévu de sa représentativité – *cf.* article L2121-1 du Code du travail tel qu'il résulte de la loi du 20 août 2008 – ainsi que la force que confère le poids de la masse des adhérents permettent de corriger partiellement le déséquilibre lié au fait que l'employeur détient les moyens de production. De ce fait, le contrat collectif peut plus aisément faire seul la loi des parties ; plus aisément mais pas entièrement et pas de manière automatique. Encore faut-il que, s'inspirant de la technique contractuelle, on instaure des règles de conduite de la négociation (*cf. infra*). Ces règles sont d'autant plus importantes que, contribuant à faire du contrat la loi des parties, elles rendent possible la remise en cause du champ de la règle de l'avantage le plus favorable dans les rapports entre accords de rangs différents ainsi que la dérogation aux dispositions réglementaires. C'est au vu de ces considérations que doivent s'organiser les rapports entre accords de niveaux différents dans la perspective d'une ingénierie juridique conçue pour mieux concilier économique et social.

2.4.1. L'accord collectif « dérogatoire »

Les relations de l'accord avec la loi et le règlement sont, dans la perspective d'un droit social plus contractuel, relativement simples à concevoir. Aujourd'hui, la dérogation est possible mais doit être expressément prévue par la loi. Demain, elle doit devenir la règle pour tout ce qui ne relève pas de l'ordre public tel que défini *supra*. Pour ce qui relève de l'ordre public, toute disposition conventionnelle contraire est frappée de nullité. Aux droits légaux quantifiés, on peut, sans intervention du tissu conventionnel, déroger dans un sens plus favorable au salarié.

La question des rapports entre accords de rangs différents est plus complexe : la nature duale de toute convention collective, contrat certes mais aussi loi professionnelle, milite pour une relative soumission de l'accord d'entreprise au contenu de la convention de branche, au nom de ce qu'on pourrait baptiser « ordre public social interne à la branche ». Depuis la loi du 4 mai 2004, la règle de l'avantage le plus favorable peut disparaître dans le conflit entre ces deux types d'accords sauf lorsque, dans un domaine

précis, les acteurs de la convention de branche ont rétabli l'autorité de celle de niveau supérieur et, quoi qu'il en soit, dans quatre domaines énumérés par la loi. La qualification de loi professionnelle de la convention de branche permet de cerner ce qui doit rester impératif :

- d'abord, les domaines dans lesquels l'accord de rang inférieur ne peut déroger que dans un sens plus favorable pourraient être définis à partir de l'un ou l'autre des deux objectifs majeurs que sont l'identité de la branche et une solidarité professionnelle. C'est du reste pour respecter le premier de ces objectifs que la loi du 4 mai 2004 a interdit à l'accord d'entreprise de déroger aux classifications conventionnelles de branche. Et c'est pour respecter le second qu'est interdite la remise en cause de l'obligation décidée par la convention de branche de mutualiser auprès d'un opérateur unique les contributions des entreprises destinées au financement d'actions de formation ou de prévoyance. L'idée de loi professionnelle peut, par ailleurs, être invoquée lorsqu'est interdit à l'accord d'entreprise de déroger aux minima contractuels qui jouent dans la profession le même rôle que le SMIC ; d'où du reste la vigilance de l'État à l'égard des grilles de salaires qui laissent subsister des salaires minima inférieurs au SMIC. Cette vigilance justifie le dispositif adopté dans la loi du 3 décembre 2008 asseyant les exonérations de charges sur les bas salaires, non plus sur le SMIC mais sur les salaires minima professionnels nés de la convention collective quand ces derniers sont inférieurs au SMIC. Dans chaque convention collective – et au vu de l'identité de la branche – devrait être ainsi défini un espace de non-dérogação ;

- ensuite, il y a les dispositions pour lesquelles la dérogation *in pejus* ne pourrait prospérer que si sont respectées certaines exigences, par exemple d'amplitude dans la variation du quantum de l'avantage ou, et cela est très important, liées à la qualité du dialogue social. D'un tel processus pourraient naître des différences de traitement suivant la réalité du dialogue social. Cela permettrait par exemple de réglementer le transfert du pouvoir de négociation sur une institution élue et/ou sur un mandataire *ad hoc* ; ceci d'autant que l'accord d'entreprise ne prend vie, dans le premier de ces cas, qu'après agrément par la commission paritaire de la branche ;

- enfin, il y a les dispositions conventionnelles pour lesquelles la dérogation est la règle, soit parce qu'elles traitent de questions n'ayant pas d'impact sur les droits essentiels, soit parce que cela permet d'organiser l'application directe de textes conventionnels, spécialement dans les PME.

2.4.2. L'autonomie de l'accord collectif

Ce qui suit n'appelle pas nécessairement de modification législative pour peu que les acteurs sociaux, spécialement au niveau des branches, fassent preuve de créativité. Il est regrettable que, pour l'instant, ils se contentent d'interdire toute dérogation dans tout domaine, ce qui est à la fois la négation de l'économie de la loi et le refus d'une meilleure conciliation entre économique et social au nom de l'emploi.

Cette mutation profonde du droit social – organisée par la technique de dérogation (supplétivité) liée à la loi du 4 mai 2004, voire le renversement de la hiérarchie des sources (subsidiarité) comme c'est le cas dans certains domaines touchant à la durée du travail du fait de la loi du 20 août 2008 – doit être mise au service de cette conciliation, ce qu'autorise sa capacité à adapter les normes à chaque contexte, voire à chaque projet. De ce fait, l'accord d'entreprise, conditionné par le texte conventionnel de branche, peut devenir outil de gestion, contribuant à optimiser le fonctionnement de l'entreprise sans pour autant réduire la fonction protectrice du droit social. Mais alors il convient que les acteurs sociaux ne traitent pas comme de simples clauses de style celles relatives à la durée de l'accord, à sa dénonciation, à l'interprétation des textes, à la résolution des conflits suscités par son application, etc., de même qu'est alors essentiel l'exposé des motifs qui positionne l'arsenal contractuel au regard du contexte, favorisant son évolution par la révision lorsqu'est affectée l'économie de la convention.

Ces exigences de qualité dans la conception des textes conventionnels obligent à s'interroger sur la capacité des acteurs sociaux à construire du droit. On se plaît à souligner la médiocrité du travail législatif (*cf.* le rapport annuel du Conseil d'État de 2006). Est-on sûr que la qualité du tissu conventionnel est meilleure ? La simple lecture des conventions de branche atteste hélas du contraire. Cela n'est pourtant pas suffisant pour critiquer la proposition d'un droit plus contractuel, d'autant que la connaissance du droit social, la majorité des travailleurs l'ont davantage par la fréquentation de leur convention que par celle du Code du travail ! Cela rend du reste socialement acceptable que nombre d'entre elles se contentent pour l'essentiel de délayer la loi.

Plutôt qu'imposer des avantages sur la base de standards, mieux vaut permettre à l'accord de définir des avantages sur la base d'un projet en phase avec la réalité économique et sociale de la branche, projet définissant contractuellement la place de chaque niveau de négociation et les moyens de la faire fonctionner. Depuis quelques années, le rôle de l'accord d'entreprise s'est considérablement accru, notamment grâce à la technique de dérogation qui a favorisé l'adaptation des normes au contexte local. Parallèlement, celui de l'accord national interprofessionnel a aussi grandi, la loi du 31 janvier 2007 lui donnant des lettres de noblesse en permettant à ses acteurs de se comporter en pré législateurs. Que reste-t-il alors pour la convention de branche, d'autant que dans les grands ensembles économiques, c'est au niveau du Groupe qu'on négocie de plus en plus ?

Le rapport Poisson (2009) réalisé à la demande du Premier ministre souligne la nécessité de se pencher sur la définition de la branche afin de pouvoir élaborer à partir d'elle un tissu de lois professionnelles. Le rôle de la convention de branche serait renforcé grâce à une finalité mieux définie. Cette réflexion ne peut conduire qu'à une réduction drastique du nombre des conventions de branche, par souci aussi bien d'efficacité technique que de réduction du coût du dialogue social. Plus de 500 conventions de bran-

che, ce n'est pas sérieux ! Il faut donc déployer les instruments permettant de favoriser les regroupements, en particulier au travers des clauses obligatoires des conventions étendues. On pourrait subordonner l'extension à un effectif minimum de salariés concernés. C'est le procédé que l'on a utilisé pour réduire le nombre de caisses de retraites complémentaires et celui des organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) qui naissent, du reste, d'accords collectifs.

2.5. La nature juridique des accords

Pour définir la convention collective, il a été dit qu'elle avait une âme de loi et un corps de contrat. Cette nature duale induit un certain nombre de conséquences, aussi bien en ce qui concerne les conflits de sources, la durée de vie ou les acteurs de cette institution. Si la nature de loi professionnelle est prépondérante, l'acteur peut sans risque se déterminer à partir d'une définition abstraite et générale de la notion de représentativité. Les rapports avec les autres sources sont alors marqués par le principe de faveur et le développement du tissu conventionnel se fait principalement au niveau de la branche. C'est cette vision que véhiculait la loi du 11 février 1950, ce dont attestent les propos, dans l'exposé des motifs, du professeur Pierre-Henry Teitgen, alors ministre du Travail.

La recherche d'un droit social plus contractuel et moins réglementaire invite à privilégier la nature contractuelle de la convention collective. Cela implique que la notion de représentativité soit complétée par celle de légitimité à l'égard de la collectivité des travailleurs visés et que soient imposées et rendues substantielles les règles de conduite de la négociation. L'autonomie de la convention à l'égard tant de la loi et du règlement que du tissu conventionnel d'amont est alors possible sans remettre en cause la fonction protectrice du droit social. Elle est souhaitable parce que l'adaptation des normes au contexte dans lequel elle prospère est factrice de conciliation entre économique et social.

La maximisation de la nature contractuelle de la convention n'écarte pas pour autant toute nature réglementaire. La convention, destinée à s'appliquer à tous les membres d'une collectivité, a un caractère normatif. En droit français, elle s'applique à tous les salariés, qu'ils soient ou non syndiqués. Des évolutions importantes ont été réalisées depuis des décennies, en commençant par la loi du 13 juillet 1971 déclinant la philosophie de la « nouvelle société » de Chaban-Delmas puis par celle du 13 novembre 1982 inspirée du rapport Auroux et jusqu'aux récentes lois du 4 mai 2004 puis du 20 août 2008. Appréhendée sous cet angle, l'histoire du droit de la négociation collective et de celui de la durée du travail montre beaucoup plus une continuité qu'une succession de ruptures liées aux changements politiques. Ces évolutions ont été rendues possibles par celles des mentalités : il n'est pas inutile de souligner que la loi Robien de 1996 a été précédée de l'accord du 31 octobre 1995, celle du 4 mai 2004 de la déclaration commune de juillet 2001 et celle du 20 août 2008 de la position commune du 9 avril 2008.

Le poids de la nature réglementaire, même moindre que celui de la nature contractuelle, doit varier suivant le niveau de l'accord et même suivant son objet. La tentation est grande, par souci d'éviter la cacophonie et des difficultés de gestion, de vouloir affecter tel thème à tel niveau de négociation. Une telle pratique se heurterait au caractère constitutionnel du droit à la négociation collective qui ne peut dès lors que prospérer à tout niveau sur tout sujet. La nécessaire différenciation ne peut dès lors se réaliser qu'au niveau de la nature juridique des accords.

2.5.1. La différenciation en fonction du niveau de l'accord...

Le prototype de la convention collective identifiée par une nature duale est la convention de branche, parce qu'elle règle les rapports entre toutes les entreprises d'une profession et tous leurs salariés. À cet égard, l'extension accentue le poids de la nature réglementaire dans la mesure où l'acte administratif fait entrer dans le champ de la convention les employeurs non syndiqués. Sans pour autant lui faire perdre sa nature contractuelle prioritaire ; en atteste le fait que la dénonciation par les parties fait disparaître le contrat collectif sans que l'on ait besoin d'abroger l'acte administratif. Le fait que la convention collective susceptible d'extension doive contenir une vingtaine de clauses obligatoires accroît encore sa nature de loi professionnelle, d'autant qu'elle doit concerner aussi toutes les catégories de personnels et l'ensemble des conditions de travail, d'emploi, de formation, et des garanties sociales. La possibilité d'élargir, par arrêté ministériel, le champ de la convention à un ou des secteurs autres que ceux rentrant dans le champ de compétence du syndicat patronal accentue encore le caractère de loi professionnelle de la convention, sans pour autant remettre en cause sa nature contractuelle prépondérante puisque l'élargissement n'est possible qu'en l'absence de syndicats pour négocier, situation à laquelle est logiquement assimilée la carence de négociation (sur tout thème) pendant cinq ans.

Étendue ou pas, la nature de loi professionnelle de la convention de branche apparaît aussi de ce que sa vocation est de définir des avantages minima qui complètent ceux émanant de la loi, aussi bien en thèmes traités qu'au niveau quantitatif. Même si la convention de branche poursuit un objectif économique, notamment en régulant la concurrence, sa finalité est prioritairement sociale. Au demeurant, l'argument de la concurrence est beaucoup moins pertinent depuis que la convention d'entreprise peut déroger à la convention de branche.

Au contraire, l'accord d'entreprise gagnerait en efficacité en ayant une nature contractuelle pure. Y invite le fait que la collectivité du personnel concerné est aisément identifiable. Y invite aussi le fait que cette collectivité a des intérêts propres, distincts de la somme des intérêts individuels de ses membres et qu'elle dispose, pour l'expression de ces intérêts, d'organes et de moyens adaptés, en l'occurrence le comité d'entreprise dont il n'est pas inutile de préciser qu'il est doté de la personnalité civile. L'accord d'entreprise a donc vocation à être un outil de gestion de l'entreprise, d'autant

que sa qualité de contrat le prédispose à la construction de compromis au nom de l'intérêt de l'entreprise qu'il ne faut pas réserver à celui des actionnaires, la collectivité du personnel étant également concernée. Or le droit social est de plus en plus, en particulier grâce au principe de proportionnalité (*cf.* Cornesse, 2001, *cf.* également article L1121-1 du Code du travail), vecteur de prise en compte simultanée de progrès social et d'efficacité économique. Conçu comme outil de gestion, il s'intéresse aux avantages effectifs – et pas seulement minima – ce que consacre du reste le Code du travail depuis la loi du 13 novembre 1982 au travers de la négociation annuelle obligatoire. Cela implique un contenu différent et une réflexion sur la durée de l'accord pour que celle-ci coïncide avec la période pour laquelle sont établis les projets, variables suivant l'objet. Là encore, le Code du travail a innové ce dont attestent, par exemple, les dispositions sur la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise (NAO) ou celles sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC). Il est toutefois dommage que le législateur doive intervenir en ces domaines car on est là sur le terrain de l'ingénierie.

Traitant des avantages effectifs conçus pour avoir une durée limitée à celle des prévisions, l'accord d'entreprise n'est alors pas concurrent de la convention de branche qui a plus vocation à fixer des avantages minima pour une durée plus longue, mais forcément limitée puisque, comme tout contrat, la convention est soumise à la prohibition des engagements à vie. La survie d'effet jusqu'au remplacement de l'accord et pendant une durée en principe d'un an ne remet pas en cause ce principe, son objectif étant d'éviter les vides conventionnels. On peut le comprendre si la convention est une loi professionnelle ; la nature contractuelle pure de l'accord d'entreprise devrait permettre de l'écarter du champ de cette règle, ce qui est au demeurant déjà possible si l'accord est conclu à durée déterminée et qu'il le prévoit expressément.

L'accord national interprofessionnel (ANI), par son champ aussi bien que par ses fonctions, a vocation à être un quasi-règlement, le poids de loi professionnelle étant ici plus important (*cf.* Barthélémy, 2008). Ceci étant, trois types d'ANI doivent être distingués. Il y a d'abord celui classique, intersectoriel qui ne concerne que les secteurs de l'industrie, du commerce, des services, conséquence de ce que, relativité des effets du contrat oblige, là s'arrête la compétence du MEDEF et de la CGPME. Et même à l'intérieur de ce secteur encore faut-il que le syndicat patronal soit adhérent de l'une ou l'autre de ces confédérations pour que l'accord s'applique, y compris du fait de l'extension. Et l'élargissement d'un tel accord à tel ou tel secteur n'est à nouveau possible dans celui-ci que s'il n'y a pas d'organisation pour négocier ou carence de conclusion d'accord depuis cinq ans.

Il y a ensuite celui par lequel les partenaires sociaux définissent les modalités d'application d'une loi. Ils se substituent en quelque sorte au pouvoir réglementaire. C'est le cas des accords ayant créé les grands régimes de retraite complémentaire qui mettent en œuvre la loi de générali-

sation du 29 décembre 1972 et celui ayant créé le régime chômage qui met en œuvre le droit de tout travailleur salarié à un revenu de substitution en cas de perte d'emploi subie. Le champ doit ici être identique à celui de la loi. La technique d'extension et même celle d'élargissement sont impuissantes à réaliser un tel objectif. D'où l'agrément des conventions chômage et le régime extension-élargissement propre à la retraite complémentaire. C'est ici que la qualification de « quasi-règlement » est la plus justifiée.

Il y a enfin celui par lequel les acteurs sociaux jouent les prélegislateurs, c'est-à-dire mettent en œuvre la loi Larcher du 31 janvier 2007. Cette technique est inspirée du droit communautaire. En matière de droit du travail (mais pas de la protection sociale), le Gouvernement ne peut plus préparer de projet de loi sans avoir au préalable invité les acteurs sociaux à se concerter sur le sujet⁽¹⁶⁾. Littéralement, c'est donc un avis qui est sollicité, solution logique car le texte émanant de la concertation ne saurait ôter au Parlement le pouvoir qu'il détient seul d'élaborer les lois au nom du peuple souverain. Cela n'exclut pas que les acteurs sociaux puissent profiter de leur concertation pour mettre au point un accord, lequel aura alors une vie propre, distincte de celle de la loi votée sur le même sujet après concertation. Ce qui précède invite fortement à donner un contenu juridique précis à la notion de position commune ou de déclaration commune qui doit être distinguée, s'agissant de sa nature juridique, de l'accord. En particulier, il faut affirmer clairement que la position commune doit obéir aux mêmes exigences, en matière d'audience de ses signataires, que l'accord collectif. Tout ceci est important dans la mesure où, eu égard à la conclusion rapide de deux accords ayant suscité deux lois en 2008, le succès de la loi du 31 janvier 2007 est acquis. Remarque importante dans la mesure où son contenu aurait davantage sa place dans la Constitution que dans une loi, qu'une autre loi peut aisément défaire. Ce succès a déjà fait entrer la technique de prélegislation dans la pratique. Il est clair que cette technique ne peut que favoriser, en valorisant la démocratie sociale, la transformation profonde du droit social pour le rendre plus contractuel. D'autant que si la loi est un acte unilatéral du peuple souverain, l'accord national interprofessionnel est nécessairement un compromis du fait de sa qualification de contrat.

(16) L'article 1 de la loi du 31 janvier 2007 indique ainsi : « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une *concertation préalable* avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel *en vue de l'ouverture éventuelle* d'une telle négociation.

À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation ».

2.5.2. ... et de la nature de l'accord

L'objet de la négociation peut aussi être source de différenciation de la nature de l'accord. Ainsi l'objectif de solidarité poursuivi, grâce à la technique de répartition, dans les accords de retraite complémentaire, fait de ceux-ci des « conventions collectives de Sécurité sociale » (cf. Barthélémy, 1987 et 1997). Ceux-ci peuvent emprunter aux conventions collectives de travail leur partie contractuelle, c'est-à-dire régissant les rapports entre les parties ; il n'y a qu'avantage à le faire dans la mesure où y sévit la technique contractuelle civiliste, de surcroît adaptée à un contrat collectif. Par contre, la partie normative, c'est-à-dire celle définissant les droits des travailleurs, ne peut être la même dans la mesure où les droits ne sont pas garantis par l'employeur et de surcroît peuvent être versés à une époque où le contrat de travail n'existe plus. Le différé dans le temps des prestations, qui peut se traduire par un conflit de générations, exige que, au mépris de la prohibition des engagements à vie, la durée de tels accords soit illimitée. Cette considération est importante dans la mesure où la mise en œuvre de la flexicurité se traduira par la création de nouvelles garanties sociales qui, au nom d'un objectif de solidarité, pourraient se concrétiser par de véritables régimes de Sécurité sociale de nature conventionnelle. De même, le droit à l'employabilité devenant peu à peu un droit fondamental de la personne exige la création d'un régime destiné à la gestion préventive du risque d'inemployabilité par le truchement d'un accord national interprofessionnel (ANI) de ce type et par la montée en puissance du classique fond d'assurance formation (FAF) au détriment de l'OPCA.

Même à l'intérieur du champ de compétence de la convention collective de travail, l'objet spécifique de l'accord peut justifier sinon une nature juridique propre, à tout le moins des règles particulières, notamment relatives à la périodicité des négociations. Le Code de travail illustre parfaitement ceci. Les acteurs sociaux devraient être très imaginatifs en ce domaine ; il y va de la productivité des accords en termes aussi bien de progrès social que d'efficacité économique.

2.6. Illustrations de la refondation proposée

Les orientations qui précèdent peuvent trouver de multiples domaines d'application concrète permettant au droit social d'associer à sa fonction protectrice une plus grande efficacité économique. Les exemples ci-après sont à cet égard topiques, de surcroît chacun pour une raison différente.

2.6.1. La durée du travail

À plus d'un titre, le droit de la durée du travail a été sur les trois dernières décennies et demeure un terrain d'expérimentation pour un droit plus contractuel. Deux critiques qui lui sont faites sont infondées : celle d'imposer une durée effective de travail alors que la durée légale n'est qu'un seuil de plus en plus facile à transgresser et celle d'un carcan réglementaire incom-

patible avec les impératifs d'organisation liés à l'activité particulière de chaque profession, alors qu'on est sur le terrain privilégié de la dérogation qui permet d'écarter aisément la norme légale. Si critique il doit y avoir, c'est davantage celle de la très grande complexité d'un droit légal qui, paradoxalement, est le vecteur de la contractualisation du droit du travail.

La simplification étant source d'efficacité économique, il convient d'éviter les complexités qui ne s'imposent pas au regard des droits fondamentaux et des libertés individuelles et collectives. En matière de droit de la durée du travail, qui s'inscrit dans la perspective de la protection de la santé, relèvent de l'ordre public les durées maxima du travail et les repos minima. Ceci étant, ajouter à la durée maximum de 48 heures par semaine prévue par le droit communautaire une durée moyenne de 44 heures sur douze semaines comme le fait le droit français complexifie inutilement dans la mesure où les acteurs sociaux ont toujours la faculté d'aller au-delà du système réglementaire. Au demeurant, c'est un ANI qui a inventé ce second seuil, auquel (complexité supplémentaire) on peut du reste déroger conventionnellement en le portant à 46 heures⁽¹⁷⁾ !

On ne peut dès lors que saluer la suppression par la loi du 20 août 2008 du repos compensateur de 50 % qui valait pour les heures supplémentaires au-delà de la 41^e heure mais aussi celle de l'autorisation administrative pour effectuer des heures supplémentaires au-delà du contingent. On est là par définition sur le terrain des acteurs sociaux.

Deux voies sont envisageables pour engager les réformes indispensables :

- la suppression pure et simple des règles françaises (mais non pas par définition celles du droit communautaire) concernant les durées maximales de travail et le traitement des heures supplémentaires en termes de repos compensateur et de contingents. Les partenaires sociaux demeurent bien évidemment libres de décider des règles d'encadrement plus contraignantes, via des accords collectifs. Cette voie, proposée par exemple dans le rapport Artus, Cahuc et Zylberberg (2007), nous paraît présenter un grand risque : celui de la contraction pure et simple des dispositions du droit français favorables aux salariés, sans développement d'un droit conventionnel plus équilibré ;

- la possibilité de déroger par accord collectif à toutes les dispositions du droit français qui ne répondent pas à des préoccupations d'ordre public. C'est bien entendu cette seconde voie, détaillée dans Barthélémy et Cette (2006), qui permet une évolution du droit social conciliant le caractère protecteur de ce dernier et l'efficacité économique. Elle est en partie réalisée par la loi de 2008.

(17) Par ailleurs, il paraîtrait souhaitable de favoriser par la voie conventionnelle le développement du temps partiel choisi. Barthélémy et Cette (2002) avancent des propositions très concrètes en ce domaine.

Il convient en effet de rappeler que le droit de la durée du travail poursuit deux objectifs :

- celui de protection de la santé. Il est d'autant plus important que les lois Aubry ont eu notamment comme fonction de transposer en droit français la directive du 23 novembre 1993, renouvelée en 2003, qui a un tel objectif. Sous cet angle, ce qui est déterminant, ce sont la durée maximum de travail appliquée à une définition précise de ce que sont le temps de travail et les repos minima. On est alors sur le terrain de l'ordre public par excellence. À ces dispositions, il est d'autant moins possible de déroger par voie d'accord collectif, que les normes impératives émanent du droit communautaire ;

- celui de l'organisation du temps de travail d'un côté, de la variation du nombre d'heures et de son impact sur les salaires d'un autre côté. Ici, il n'y a aucune raison que les normes soient impératives. De ce fait, en ce domaine, deux choix sont envisageables, qui pour l'économiste sont assez équivalents :

- soit les dispositions légales deviennent subsidiaires. C'est bien ce que prévoyait l'article L212-5 depuis la loi Fillon du 17 mars 2003 concernant les majorations de salaires liées aux heures supplémentaires avant recodification du Code du travail. Le taux en est fixé par convention collective de branche ou d'entreprise et ne peut être inférieur à 10 %. Ce n'est qu'à défaut d'un tel accord que les dispositions légales s'appliquent, soit 25 % pour les 8 premières heures et 50 % au-delà. C'est cette voie qu'a empruntée de manière plus large et plus ambitieuse la loi du 20 août 2008 en faisant, dans ce qui se rapporte aux contingents et à la répartition des horaires, de l'accord d'entreprise le droit commun, la convention de branche ne s'appliquant qu'à défaut et la réglementation ne s'appliquant qu'en l'absence de tissu conventionnel ;
- soit à ces dispositions on peut déroger par voie d'accord collectif. La dérogation peut intervenir par convention de branche étendue ou par accord d'entreprise (majoritaire ou non frappé d'opposition). C'est la voie très majoritairement retenue par le Code du travail et initiée par l'ordonnance des 39 heures du 16 janvier 1982.

Se pose enfin la question de l'existence de la durée légale du travail, seuil de déclenchement des dispositions relatives aux heures supplémentaires. Artus, Cahuc et Zylberberg (2007) ne tranchent pas sur cette question, remarquant seulement que « l'intérêt de définir une durée légale du travail, valable sur tout le territoire national, n'est pas établi sur le plan économique ». Ils ajoutent que, « du point de vue plus général des principes de vie en société, la définition d'une durée légale peut se justifier, car elle constitue un seuil de coordination sur une durée de travail à temps plein jugée 'normale'. La durée légale du travail peut donc faire office de norme ou de référence. Porter une appréciation sur ce point ne relève pas de la compétence des économistes ». La forte convergence de la durée effective du tra-

vail en France vers la durée légale illustre bien la fonction de norme sociale de cette dernière. Soulignons de plus que, réduite à son rôle de seuil de déclenchement des majorations d'heures supplémentaires, la durée légale du travail n'est pas un frein à l'emploi, comme en témoigne par exemple le cas des États-Unis. Dans ce pays, qui connaît fréquemment des situations que nous pouvons qualifier de plein emploi, le *Fair Labor Standards Act* a fixé dès 1938 à 40 heures hebdomadaires la durée légale du travail, avec une majoration salariale de 50 % au-delà de ce seuil. Il nous semble donc que l'existence de cette norme ne nuit en rien à l'efficacité économique et devrait être conservée. En outre, une norme de l'organisation internationale du travail (OIT) crée l'obligation de rémunérations majorées au-delà d'un certain seuil, sans définir pourtant ce dernier. Puisque seuil il doit y avoir, il importe peu qu'il soit à 35, 39 ou 40 heures. L'impact sur les salaires est faible, surtout si le taux de majoration des heures supplémentaires entre dans le champ de la dérogation (et peut donc être réduit à 10 %). Plus délicate est par contre la question de la résistance possible du salarié à l'employeur en matière de volume (en plus ou en moins du reste) du temps de travail.

2.6.2. Le salaire minimum

Comme indiqué plus haut, la France se caractérise, par rapport à la plupart des pays de l'OCDE, par un salaire minimum uniforme, d'un niveau relativement élevé et dont la revalorisation obéit pour une grande part à des dispositions automatiques qui réduisent le rôle de la négociation collective. Cahuc, Cette et Zylberberg (2008) montrent par ailleurs que le salaire minimum, du fait de son uniformité, est très peu efficace pour lutter contre la pauvreté ; cette lutte étant mieux servie par des dispositifs fiscaux (les minima sociaux associés aux prélèvements visant à les financer) qui présentent l'avantage de pouvoir être ciblés selon les facteurs de pauvreté (revenu annuel et charges de famille essentiellement). Ils préconisent donc l'abandon des règles actuelles de revalorisation du salaire minimum (sauf éventuellement celle de l'indexation sur l'inflation) et la détermination du niveau de ce dernier dans le cadre de la loi de finances et simultanément avec celui des minima sociaux, afin de permettre une évolution cohérente et plus ambitieuse des différents dispositifs de lutte contre la pauvreté. Ils préconisent également un rôle accru de la négociation collective dans la détermination du salaire minimum, la forte intervention publique en ce domaine réduisant le champ du droit contractuel.

Ces propositions nous paraissent complémentaires à deux dispositions déjà prises dans le cadre de la loi du 4 décembre 2008 et dont l'objectif est que la négociation collective s'empare davantage du domaine salarial et du salaire minimum. Ces deux dispositions sont proches de celles préconisées dans de précédents travaux, par exemple, le rapport du COE (2008) ou Barthélémy et Cette (2008). La première disposition (article 26) implique une baisse des allègements de charges sociales sur les bas salaires pour les entreprises n'ayant pas engagé une négociation annuelle obligatoire sur les

salaires effectifs, cette baisse étant de 10 % dès la première année et de 100 % lorsque l'employeur ne remplit pas cette obligation pour la troisième année consécutive. La seconde disposition (article 27) base les barèmes de taux de cotisations sociales (intégrant les allégements) sur les minima salariaux de branche quand ces derniers sont inférieurs au SMIC. Cette disposition devrait avoir pour effet d'inciter à la négociation collective de branche et contribuer à réduire le tassement des hiérarchies salariales au niveau du SMIC.

2.6.3. Les garanties sociales face aux précarités

La création de fonds collectifs sur lesquels le travailleur dispose d'un droit de tirage lorsque les conditions de son utilisation sont réunies est un moyen de favoriser la conciliation entre flexibilité nécessaire de l'emploi et non-précarisation des personnes. Il convient dès lors de définir ce qu'est une garantie sociale fournie par une institution mutualisant des contributions des entreprises pour couvrir un risque qui peut être lié aux aléas aussi bien de la vie humaine (prévoyance-retraite) que de la vie professionnelle (perte d'emploi subie ou employabilité). Plus largement, telle garantie sociale peut permettre de mettre à disposition des travailleurs des revenus de substitution à la rémunération chaque fois que, quelle qu'en soit la raison, celle-ci est compromise ou des remboursements de frais engagés en vue d'améliorer la situation professionnelle.

La notion de garantie sociale ainsi définie peut être vectrice d'une véritable Sécurité sociale d'origine conventionnelle, concrétisée par la création d'une institution, elle-même identifiant un régime. La négociation collective a un rôle décisif à jouer en la matière dans la mesure où le régime, donc l'institution, ne peut naître que d'un accord (paritarisme de conception) et où la fonction sociale de l'institution exige qu'elle soit gérée par les acteurs sociaux (paritarisme de gestion). Ceci est-il soluble dans les règles de libre prestation de services déclinées du droit communautaire ? Sans doute oui sous condition, comme le livre IX du Code de la Sécurité sociale le prévoit pour la protection sociale complémentaire.

2.6.4. Les coûts et incertitudes de la judiciarisation des licenciements

Une simplification souhaitable des procédures juridiques de licenciement, actuellement souvent longues, incertaines et complexes, est souhaitable. La situation actuelle peut paraître encourager une telle judiciarisation, du fait de l'asymétrie des risques. En première analyse, le salarié risque peu à engager une procédure tandis que l'entreprise risque d'être condamnée à indemniser le préjudice du licenciement lorsque celui-ci n'est pas fondé sur un motif réel et sérieux. Cependant, cette asymétrie n'est pas nécessairement inéquitable si l'on considère que la subordination inhérente à la relation de travail justifie l'abandon de toute tentative de parallélisme juridique entre la position du salarié et celle de l'employeur. À cet égard, le

droit du licenciement économique ne saurait être appréhendé sous le seul angle de son coût.

La rupture conventionnelle, imaginée dans l'accord conclu entre les partenaires sociaux le 11 janvier 2008 et transcrite dans le droit par la loi du 25 juin 2008, est un pas vers une moindre judiciarisation des licenciements et une réduction des coûts et incertitudes de ces derniers (*cf. infra*).

Une moindre judiciarisation des licenciements ne doit pas réduire la protection et les droits des salariés. La proposition de Barthélémy et Cette (2006, p. 31) répond à cette attente. Elle responsabilise de façon équilibrée les acteurs locaux en proposant que la gestion des conflits puisse échapper, grâce par exemple au recours à l'arbitrage, aux juridictions de droit commun, à condition d'être organisée par accord collectif. Les acteurs responsables auraient ainsi la possibilité d'accélérer et de simplifier autant que possible le traitement des conflits, spécialement ceux relatifs à l'exécution du contrat de travail. Ici encore, cette voie permettrait de réduire le droit réglementaire au profit du droit contractuel. L'organisation de telles procédures d'arbitrage est détaillée plus loin. Sans doute convient-il aussi de s'intéresser à la médiation qui a connu, dans certaines cours d'appel (Grenoble), des succès réels dont il convient de rechercher la cause.

2.6.5. L'emploi précaire

L'emploi précaire (CDD et intérim) correspond à la fois à un réel besoin des entreprises et dans certains cas à une attente de salariés. À ce titre son existence ne devrait pas être remise en cause. Pour autant, il nous semble que la précarité qu'il génère inévitablement amène à ne pas encourager son recours, afin que ce dernier se rapproche le plus possible des situations où il répond à un réel besoin.

L'emploi précaire sécurise l'employeur concernant le risque de judiciarisation à la fin du contrat, puisque cette fin n'appelle pas d'initiative de sa part. Ce motif ne doit pas amener le recours à l'emploi précaire pour des situations auxquelles il n'est pas censé répondre, car cela signifie alors un affaiblissement du rôle protecteur du droit social. Aussi, il nous semble que le principe actuel des durées maximum des CDD devrait être conservé, ce qui n'empêche pas une réflexion sur le niveau souhaitable de telles durées, notamment leur adaptation à différents types d'emplois. Quoi qu'il en soit, une réflexion doit être conduite sur la compatibilité, en ce domaine, du droit interne avec la directive européenne de 1999, en particulier s'agissant des CDD d'usage.

Le recours au CDD, et plus globalement à l'emploi précaire, accroît les coûts sociaux, ce qui appelle un surcoût spécifique, bénéficiant à la fois au travailleur et aux organismes de gestion de l'indemnisation du chômage.

Concernant les travailleurs, le maintien de l'actuelle prime de précarité est une contrepartie souhaitable d'une absence de toute possibilité de contestation du salarié à la fin de son contrat. Cette prime de précarité versée

en fin de contrat se substitue à l'indemnité de licenciement pour les CDI. Son calibrage devrait être financièrement plus avantageux pour les salariés précaires que pour les CDI, et pourrait faire l'objet d'accords collectifs au-delà d'un minimum réglementaire.

Concernant les organismes de gestion des indemnités de chômage, une taxe spécifique peut paraître souhaitable compte tenu de la disproportion actuelle entre le coût de l'indemnité de chômage des personnes ayant acquis leur droit à indemnité dans des emplois précaires et les cotisations chômage prélevées sur ces emplois. Pour autant, il serait préjudiciable à l'efficacité économique de limiter par un tel surcoût le recours aux emplois précaires de façon uniforme pour toutes les activités économiques, quel que soit leur besoin réel. Mais il ne paraît pas souhaitable que la réglementation fixe les bons et mauvais recours à l'emploi précaire. Il semble préférable que les acteurs de l'activité économique soient mobilisés localement sur cet aspect. À cette fin, la proposition avancée par Barthélémy et Cette (2006, p. 31) est :

- de taxer davantage le recours à l'emploi précaire par une majoration de la contribution de solidarité évoquée ci-dessus pour les CDI ;
- d'abaisser cette majoration quand le recours à l'emploi précaire est encadré par accord collectif. Cette disposition responsabiliserait les partenaires sociaux sur cette question en les amenant à discuter des besoins de l'entreprise et des attentes des salariés et, ce faisant, dynamiserait la négociation collective et favoriserait le développement du droit conventionnel.

Une autre suggestion pertinente est avancée par Coquet et Sylvain (2007). Elle consiste à préconiser que le taux de cotisations chômage employeurs devienne pour chaque salarié dégressif avec son ancienneté dans l'entreprise. Une forte dégressivité sur les courtes durées pourrait efficacement décourager le recours abusif à l'emploi précaire. C'est du reste cette méthode qui a récemment été retenue pour dynamiser l'emploi des seniors.

2.6.6. Les délais de prescription

La question des délais de prescription de droit commun de l'action en justice doit être réexaminée. Le mouvement législatif va d'ailleurs en ce sens, la prescription réduite ayant tendance à gagner du terrain. La responsabilisation des partenaires sociaux pour prendre davantage en main la question des risques de judiciarisation est atténuée si ces risques peuvent courir sur une période trop étendue par rapport aux faits générateurs, compte tenu de délais de prescription très longs.

La limite du risque pour l'employeur pourrait résulter de l'obligation faite au salarié de dénouer rapidement la situation en le contraignant à agir en justice dans des délais raisonnables, sauf bien entendu dans les cas où cette action fait suite à la révélation d'un problème de santé pouvant être lié à une situation professionnelle antérieure et éventuellement très éloignée dans le temps.

2.7. Pourquoi la société française est-elle prête à une telle refondation

Le droit français connaît la technique de dérogation depuis longtemps :

- en matière de durée du travail, elle a pris naissance avec l'ordonnance des 39 heures en 1982 (encore qu'une ordonnance du 21 septembre 1967 avait déjà prévu de déroger par convention étendue aux modalités de répartition de l'horaire fixées par les décrets de la loi du 21 juin 1936) ;
- en matière de protection sociale, elle est présente depuis l'ordonnance de 1945 sur la Sécurité sociale, mais sous une forme différente, celle de la substitution de l'accord interprofessionnel au règlement pour définir les modalités d'application d'un principe législatif.

Ce mouvement s'est amplifié, en particulier au travers des lois intéressant la durée du travail qui ont élargi à la fois les domaines où la dérogation est possible et le degré d'autonomie de l'accord à l'intérieur de chaque thème.

De ce fait, les mentalités ont évolué. Et c'est cette évolution qui a permis des avancées significatives, celles des lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008 d'un côté, celle du 31 janvier 2007 d'un autre côté. Tous ces textes sont liés à une position des partenaires sociaux. La loi du 4 mai 2004 sur la négociation et celle du 20 août 2008 sur la représentativité, le dialogue social et la durée du travail construisant les moyens de l'autonomie contractuelle.

Pour autant la mise en œuvre de ce nouveau droit conçu pour favoriser une évolution vers une place plus grande réservée au contrat et le repli de celle de la loi n'est pas exempte de critiques auxquelles il est indispensable, pour le succès de la refondation, d'apporter une réponse satisfaisante :

- l'effort de modernisation a été trop ciblé sur le droit de la durée du travail et ceci en continu depuis l'ordonnance du 16 janvier 1982 sur les 39 heures, tous les textes successifs ayant de surcroît été fortement chargés d'idéologie. Certes en matière de conditions de travail, la durée du travail tient une place importante. Au demeurant cela devrait inciter à s'intéresser à tous les aspects de la durée du travail, y compris les repos hebdomadaires et les congés annuels qui ont en commun avec la durée du travail *stricto sensu* de contribuer à la protection de la santé, devenue, au travers de l'obligation générale de sécurité de résultats, un droit fondamental de la personne. Le droit des congés annuels est devenu un arsenal complexe et inefficace du fait de l'empilement, loi après loi en augmentant la durée, de dispositions qui ne sont pas totalement en harmonie (par exemple, les jours supplémentaires pour fractionnement qui concernent la 4^e semaine mais pas la 5^e et surtout l'inadéquation avec la modulation ce qui crée des régimes juridiques multiples pour des jours de repos). La dérogation a sa place ici, c'est évident.

Ceci étant le droit de la durée du travail a été un laboratoire de réflexion, d'autant plus qu'il a servi à des évolutions décisives, y compris des mentalités. L'exportation de la technique de dérogation dans le domaine des pro-

cédures de plans sociaux n'aurait pas été possible si elle n'avait largement été utilisée dans le domaine de la durée du travail.

- les modalités de concrétisation de l'autonomie de l'accord de rang inférieur par rapport à celui de rang supérieur ne sont pas totalement satisfaisantes à défaut d'avoir élaboré un principe inspiré du poids de la nature de loi professionnelle au vu de celle de contrat (*cf.* nos propositions à ce sujet *supra*) ;

- enfin et peut-être surtout, il convient de mieux cerner l'étendue des obligations faites au Gouvernement et à un degré moindre au législateur au travers de la signature d'un accord national interprofessionnel ou d'une position commune dans la mise en œuvre de la procédure définie par la loi du 31 janvier 2007. Les organisations signataires de la position commune du 9 avril 2008 (y compris le MEDEF) ont protesté contre les textes de la loi du 20 août 2008 concernant la durée du travail qui ne respectaient pas leur volonté. Littéralement, un tel reproche est infondé dès lors que, d'une part, c'est de concertation qu'il s'agit et que le pouvoir de légiférer ne peut être enlevé au Parlement dans un État démocratique et, d'autre part, les signataires de cette position commune n'avaient pas, c'est le moins qu'on puisse dire, répondu sur cette question de la durée du travail à la demande du Gouvernement. En se contentant de proposer qu'on étudie à titre expérimental la manière de contourner les contingents d'heures supplémentaires nés de l'accord de branche par le biais d'accords d'entreprise, il est manifeste qu'on était loin d'avoir épuisé le sujet. Le Gouvernement pouvait donc logiquement considérer que les partenaires sociaux n'avaient fait aucune proposition, ce qui le libérait de toute contrainte. Pour autant, il y avait là matière à crispation dès lors que le sentiment de passage en force (à partir, il ne faut pas l'oublier, d'une proposition d'abolir les 35 heures du candidat à la Présidence de la République) ne pouvait que donner le sentiment que le Gouvernement bafouait la loi (du 31 janvier 2007) à l'origine de laquelle il était. Voilà du reste la raison pour laquelle le projet du Premier ministre François Fillon de concevoir une « charte du dialogue social » doit être accueilli avec intérêt. C'est en effet une déontologie qu'il convient d'élaborer à partir de l'idée que les partenaires sociaux assument ici une mission d'intérêt général en jouant le rôle de prélegislateurs.

Peut-être faut-il imaginer une procédure permettant, sans réduire le rôle du Parlement, de faciliter la prise en compte de la position des acteurs sociaux. À cet égard, une difficulté non négligeable vient de ce qu'il n'est pas possible et d'ailleurs pas souhaitable de limiter la souveraineté du Parlement à modifier et amender un texte conventionnel dans le cadre de sa transcription dans la loi. Le rapport Chertier (2006, p. 64) évoque diverses pistes pour gérer cette difficulté, pour en privilégier une qui paraît pertinente : « la solution la plus équilibrée et la plus prometteuse consisterait à proposer au Parlement le vote d'une loi d'habilitation permettant au Gouvernement de transcrire par voie d'ordonnance l'accord des partenaires sociaux. Cette solution aurait plusieurs avantages : elle permettrait de pré-

server le rôle du Parlement qui pourrait ne pas voter cette loi s'il s'opposait à l'accord, elle favoriserait des processus de transposition relativement rapides, elle ne placerait pas les parlementaires en porte-à-faux pour voter des dispositions qu'ils ne peuvent modifier et enfin elle favoriserait le tri à opérer par le Gouvernement entre dispositions selon leur nature législative ou réglementaire. Le recours aux ordonnances est d'ailleurs de plus en plus fréquent pour la transposition des directives communautaires qui placent les parlementaires dans une position relativement semblable ».

Pour autant, quelle que soit la procédure retenue concernant la transcription en droit d'une position ou d'un accord des partenaires sociaux, il revient au Parlement de s'assurer que les dispositions correspondantes ne sont pas préjudiciables aux intérêts des personnes en demande d'emploi (au cas où les partenaires sociaux auraient exclusivement pris en compte l'intérêt des seuls « *insiders* » aux dépens éventuels de ceux des « *outsiders* ») et, au-delà, que la mise en œuvre de ces dispositions n'aurait pas d'externalités sur l'équilibre macroéconomique ou les finances publiques. Enfin, le régime juridique de la position commune, sous-entendu différent de celui de convention collective, doit être défini.

3. L'élaboration du droit conventionnel : acteurs et modalités

Tant que le vecteur principal du droit social est le travail législatif, il importe peu que la qualité du tissu conventionnel ne soit pas excellente. Il n'intervient qu'à la marge, d'autant que cette situation invite, de ce fait, les acteurs sociaux à s'inspirer largement du règlement, aussi bien en ce qui concerne les thèmes traités que les modalités d'application. Si est organisée l'autonomie du droit conventionnel dans les limites de l'ordre public social revisité et que de ce fait le poids du principe de faveur est relativisé, des conditions strictes doivent être respectées au risque de faire perdre au droit social sa fonction protectrice. Elles ont trait d'un côté à la qualité des acteurs de la négociation, la seule exigence de représentativité, abstraite et théorique, devant être complétée par celle de légitimité à l'égard de la collectivité du personnel concernée. Mais cela passe d'abord, on l'a vu *supra*, par une amélioration de l'audience directe des syndicats, c'est-à-dire du nombre de leurs adhérents (3.1). D'un autre côté, il faut qu'absolument le contrat, qu'est tout accord collectif, puisse faire seul la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil. Cela suppose que soient instaurées des règles de négociation (3.2), rendues substantielles de sorte que leur non-respect puisse être sanctionné par la nullité de l'acte.

On ne peut pas, sauf à prendre le risque d'une dérive technocratique du droit social, dissocier la concertation de la négociation, les deux techniques participant du dialogue social. Au demeurant, la frontière entre les deux, largement entretenue en droit français, est beaucoup moins tranchée en droit communautaire et ceci ne peut qu'influencer les évolutions de notre droit

interne. En droit communautaire, la concertation peut (doit même si possible) déboucher sur un accord. La division des compétences en droit interne entre la commission paritaire, donc le rôle des syndicats et le comité d'entreprise est d'autant plus source de rigidités juridiques que le comité est doté de la personnalité civile, qu'il a en charge l'expression de la collectivité du personnel mais que l'employeur en est membre et même le préside ! Il faut sérieusement s'inquiéter des attributions de chaque institution, ceci d'autant que les délégués du personnel peuvent, dans certaines conditions, assumer les responsabilités du comité et que l'instauration d'une institution unique est possible. Il faut s'inquiéter surtout de leur composition, spécialement celle du comité, ceci d'autant que depuis la loi du 20 août 2008 le résultat des élections sert à mesurer l'audience des organisations syndicales dans la perspective de la négociation et que, sous certaines conditions, les attributions de celles-ci en matière de négociation peuvent être transférées sur une institution élue (3.3). Ce qui précède ne peut qu'inviter au développement d'une authentique ingénierie de la concertation, parallèle et parfois substitutive à la négociation (3.4). On ne peut pas saucissonner autant que le propose le droit des relations collectives en France les modalités d'expression de la collectivité du personnel sans risque de dérive technocratique, vectrice de judiciarisation excessive.

Les lois Auroux ont eu l'ambition de mener en parallèle les modifications du droit de la négociation collective (par la loi du 13 novembre 1982) et de celui de la concertation (essentiellement par la loi du 31 octobre 1982). Les évolutions intervenues depuis en matière de négociation ne peuvent qu'inviter à une réfection du droit des institutions représentatives élues du personnel, ne serait-ce que par souci de cohérence. La réforme ne peut se construire qu'en fonction de la prise de conscience que la notion d'entreprise ne se limite pas à celle que propose le droit des sociétés à partir de la personne morale rassemblant les détenteurs du capital. La notion d'entreprise est fonctionnelle à défaut d'une définition universelle émanant de la loi. Celle que propose le droit des sociétés peut, eu égard à l'objet de cette discipline, se concevoir seulement par référence à la collectivité des détenteurs du capital ; encore que la théorie moderne du droit des sociétés en fait une technique au service de l'intérêt général de l'entreprise à partir d'une approche organisationnelle de ce droit.

La notion d'entreprise que véhicule le droit social ne peut, quoi qu'il en soit, se concevoir sans la prise en considération de l'intérêt du personnel. Cette remarque est d'une importance considérable si on prend en considération que la déclinaison du principe de proportionnalité permet aujourd'hui de redonner vie à la conception institutionnelle de l'entreprise. À défaut de pouvoir cerner la notion d'intérêt de l'entreprise, le fait de faire reposer le pouvoir de l'employeur sur sa qualité de chef conduisait à ce qu'il en soit seul juge. Le principe de proportionnalité permet de définir l'intérêt de l'entreprise en prenant en compte aussi celui du personnel. La Cour de cassation a pu ainsi récemment annuler une réorganisation des conditions de travail décidée par l'employeur au nom du risque pour la santé, donc en invoquant un détournement de pouvoir.

Bref, un droit social plus contractuel grâce à l'accroissement du rôle de la négociation collective ne peut qu'inviter à une réflexion sur le concept d'entreprise, donc que solliciter d'autres disciplines juridiques.

En préambule de cette partie, il convient de préciser – eu égard à l'objectif central de ce rapport qui est l'achèvement de la construction d'un droit plus contractuel – que les propositions ci-après déclinées ne peuvent être dissociées de celles énumérées dans la section 4.

3.1. Renforcer la légitimité des acteurs et développer la syndicalisation

La régulation des relations sociales gagne à se réaliser par la qualité du dialogue social. Des relations sociales de qualité portées par des partenaires sociaux représentatifs et légitimes réduisent les risques de débordement et permettent, sans réduire le caractère protecteur du droit social, de réaliser les mutations économiquement fructueuses et utiles rendues nécessaires par les évolutions technologiques et sociales. La stratégie préconisée dans le présent rapport de refondation du droit social en France par le développement du droit conventionnel et la contraction simultanée du droit réglementaire appellent d'ailleurs l'existence de partenaires sociaux représentatifs et légitimes. C'est sous cet angle qu'il faut s'intéresser aux moyens de favoriser la syndicalisation, d'autant que le droit syndical dans l'entreprise n'a pas été modifié fondamentalement depuis la loi du 31 décembre 1968, notamment en ce qui concerne le délégué syndical et la section syndicale et ceci jusqu'à la loi du 20 août 2008.

3.1.1. Les tentatives précédentes

Des tentatives ont eu lieu : Raymond Barre, lorsqu'il était Premier ministre, a permis la déductibilité de la cotisation syndicale de l'assiette de l'impôt sur le revenu. Cette intention louable fut peu productive d'effets, un foyer fiscal sur deux ne payant pas cet impôt et la pratique de l'impôt négatif n'étant pas encore en usage à l'époque.

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, cinq confédérations syndicales (CFDT, CGT, FO, CFTC et CGC) bénéficiaient, pour des raisons historiques, d'une présomption irréfragable de représentativité. Cette rente réglementaire légitimait des négociateurs parfois peu présents et leur permettait d'engager par des accords la collectivité du personnel tout en constituant une barrière à l'entrée de nouveaux acteurs de la négociation⁽¹⁸⁾. Une telle situation n'a pu que nourrir la défiance vis-à-vis des syndicats.

(18) Quelques autres acteurs ont pu cependant émerger au niveau des branches et des entreprises en devant chaque fois apporter la preuve de leur représentativité. Outre des syndicats autonomes spécifiques à certaines professions généralement dans les grandes entreprises, évoquons l'UNSA et, dans le secteur et les grandes entreprises publiques, Solidaires et la FSU.

La loi du 20 août 2008, inspirée de la position commune des partenaires sociaux du 9 avril 2008 (signée toutefois, du côté des syndicats de salariés, par les seules CGT et CFDT), met un terme à la situation antérieure et modifie totalement les critères de représentativité des acteurs de la négociation :

- s'agissant de la représentativité pour bénéficier de tous les droits attachés à l'activité syndicale, cette loi prévoit qu'à terme, à chacun des trois niveaux – interprofessionnel, branche et entreprise – seront considérées comme représentatives les organisations ayant obtenu au moins 10 % des voix aux dernières élections professionnelles. À titre transitoire, le seuil est fixé à 8 % aux niveaux interprofessionnel et de la branche. Les organisations représentatives au niveau interprofessionnel continueront à participer aux négociations de branche et l'audience est appréciée par collègue pour les organisations catégorielles affiliées à une confédération catégorielle. Les organisations non représentatives dans une entreprise peuvent constituer une section syndicale et bénéficier d'heures de délégation jusqu'aux prochaines élections, ce qui favorise l'implantation de nouvelles organisations. En cas d'échec à ces élections, si l'organisation veut continuer à garder une section syndicale, elle doit désigner un autre délégué. Enfin, en cas d'absence de délégué syndical dans une entreprise, les organisations représentatives au niveau de la branche pourront mandater un salarié⁽¹⁹⁾. L'accord peut aussi en pareil cas être conclu avec le comité d'entreprise, mais il ne prend effet qu'après ratification par la commission paritaire de la branche. Ces dispositions sont susceptibles de légitimer les acteurs des négociations et en cela de réduire la défiance actuelle vis-à-vis des syndicats, mais il reste à voir comment les dispositions transitoires le seront réellement ;

- par ailleurs, cette loi prévoit qu'un accord n'est valide que s'il est signé par une ou des organisations ayant ensemble une audience minimale. Une légitimité à l'égard de la collectivité du personnel s'impose si l'on entend optimiser la nature contractuelle de la convention. L'accord majoritaire est défini comme signé par des organisations ayant obtenu 30 % des suffrages aux dernières élections professionnelles, à condition de ne pas faire l'objet d'opposition de la part d'organisations ayant obtenu au moins 50 % aux mêmes dernières élections. Ces dispositions vont obliger les signataires d'un accord à s'assurer de l'assentiment du collectif de travail avant d'engager ce dernier. Elles sont également susceptibles de réduire la défiance vis-à-vis des syndicats. Mais telles quelles, elles peuvent aussi aboutir à des situations aberrantes, par exemple à la validation d'un accord signé par plusieurs organisations ayant ensemble obtenu juste 30 % des suffrages et auquel s'opposerait une organisation en ayant obtenu 49 %.

(19) Le dispositif de mandatement a été créé par les partenaires sociaux eux-mêmes (accord interprofessionnel du 31 octobre 1995) puis ensuite repris dans différentes lois sous des majorités parlementaires diverses (par exemple, les lois Robien en 1996 ou Aubry en 1998 et 2000). Il paraît ainsi consensuel.

3.1.2. De nouvelles dispositions

Les évolutions engagées par la loi du 20 août 2008 constituent un progrès : elles devraient contribuer à réduire l'éclatement syndical, à responsabiliser les acteurs de la négociation et à abaisser la défiance vis-à-vis des syndicats. Mais cette construction technique présente le défaut de faire reposer la légitimité du syndicat sur le résultat d'une élection qui a un tout autre objet que de mesurer son audience dans la collectivité du personnel. Elle est en quelque sorte l'aveu de la faiblesse inhérente à l'insuffisance d'adhérents. Car c'est d'abord par le nombre de ses adhérents qu'un syndicat apporte la preuve de sa représentativité réelle, cette dernière favorisant le développement du dialogue social, donc l'accroissement du tissu conventionnel ce qui, par ricochet, permet au volume de la loi de refluer, sans dommage pour la fonction protectrice du droit social.

Le développement de la syndicalisation doit donc être favorisé.

Une première préoccupation doit être de combattre énergiquement le frein à l'adhésion syndicale que constitue « la peur des représailles » soulignée plus haut, qui témoigne d'une mauvaise qualité des relations sociales. Le droit d'association étant une liberté individuelle, le droit de s'associer ou pas est un droit fondamental de la personne. Il en résulte qu'il s'exerce aussi bien positivement (par la prohibition de toute discrimination et de toute entrave à l'adhésion) que négativement (par le respect du droit de ne pas s'associer). C'est donc par des stratégies de forte incitation et par la mise en place d'une déontologie (destinée à modifier les comportements) que non seulement les appréciations négatives doivent être éliminées, mais encore l'intérêt de l'adhésion à un syndicat et plus largement d'une forte présence syndicale doit être cultivé. À cet égard, un accord national interprofessionnel pourrait aisément, malgré le caractère qualitatif d'un tel objet, être d'une utilité certaine.

Une seconde préoccupation est une plus forte dynamisation du développement syndical. Plusieurs voies sont envisageables :

- favoriser un syndicalisme de services, autrement dit de clients, comme dans les pays scandinaves. Cette approche, préconisée par exemple par Cahuc et Zylberberg (2009), vise à éviter le possible comportement de « passager clandestin » de salariés vis-à-vis de l'action syndicale, dont ils peuvent bénéficier sans y contribuer (*cf.* Olson, 1978, qui a développé l'analyse de tels comportements). Elle peut se heurter à une difficulté constitutionnelle : l'accès des travailleurs à certains services, ne peut différer selon qu'ils sont ou non syndiqués. En outre, elle est peut-être politiquement difficilement acceptable en France. Pourtant, elle doit être explorée, quitte à en encadrer les moyens d'exploitation dans des règles limitatives permettant en particulier le respect de deux exigences : écarter toute remise en cause de l'égalité de traitement et éliminer le risque d'atteinte au principe de libre concurrence ;

- instaurer le chèque syndical. L'organisation de ce moyen doit être fortement réfléchi en amont. Il faut sans doute un substitut à l'utilisation

syndicale de ces chèques (œuvres sociales...) pour éviter d'enfermer les salariés dans le choix entre des syndicats qu'ils considéreraient comme non légitimes et une non-utilisation de ces chèques qui pourrait être encouragée par des directions d'entreprises. Par contre, l'utilisation de ces chèques pourrait progressivement contribuer à la mesure de la représentativité ;

- favoriser la prise de conscience de l'intérêt de l'adhésion à un syndicat, en particulier par des instruments adaptés de formation ainsi qu'en faisant connaître les dispositions légales de liberté syndicale par tous les moyens, notamment par affichage sur le panneau de direction ;
- accroître les moyens d'expression et de communication des organisations syndicales (télévision, radio, presse, Internet...), c'est-à-dire élargir les instruments imaginés par la loi du 31 décembre 1968, lesquels n'ont pas été modifiés malgré les formidables évolutions des TIC.

Le développement de la syndicalisation doit être la première des réponses à l'éternelle et difficile question du financement des syndicats. Les cotisations provenant de leurs adhérents devraient représenter la partie principale de leurs ressources car elles constituent leur principale garantie d'indépendance. À cet égard, soulignons que la loi du 20 août 2008 va, comme cela était souhaité par les signataires de la position commune du 9 avril 2008, accroître à la fois la rigueur et la transparence en ce domaine. L'article 10 de cette loi prévoit en effet que dorénavant les ressources et les dépenses des organisations doivent avoir un lien avec leur objet. Elles seront retracées dans des comptes qui devront être approuvés par les instances au niveau correspondant, certifiés et rendus publics. La mise en œuvre de ces dispositions pourra contribuer à réduire la défiance vis-à-vis des syndicats, tant patronaux que de salariés.

À terme, pourrait également être envisagé le renoncement aux techniques d'élargissement et d'extension. Cela pourrait dynamiser le dialogue social en réduisant le bénéfice de certains attentismes. Mais la mise en œuvre d'une telle option dépend d'un niveau de syndicalisation bien plus élevé que celui actuel.

3.2. Institutionnalisation des règles de conduite de la négociation collective

L'indépendance des syndicats et le poids que leur confère leur audience, en termes de nombre d'adhérents et/ou de résultats des élections professionnelles, ont pour effet que, contrairement à ce qui vaut pour le contrat de travail en raison de l'état de subordination du salarié, le contrat collectif peut faire seul la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil. « Peut » seulement toutefois dans la mesure où la situation de l'employeur crée les conditions, ne serait-ce qu'eu égard à l'état de dépendance des travailleurs, d'un déséquilibre susceptible de fausser le jeu naturel de la négociation.

3.2.1. Les règles de conduite de la négociation collective

Voilà pourquoi sont importantes les règles de conduite de la négociation. Elles doivent contribuer à l'équilibre des pouvoirs entre les parties, à favoriser un comportement de bonne foi des négociateurs et à faciliter l'exécution loyale de la convention. Elles sont encore plus importantes si, dans la perspective de construire un droit plus contractuel et moins réglementaire, l'autonomie de la convention est la règle sous réserve du respect de l'ordre public, entendu selon sa conception orthodoxe, civiliste.

La technique contractuelle est au service d'un tel objectif. De la même manière qu'ont été définies les règles de composition et de fonctionnement des institutions représentatives du personnel, il faut construire celles concernant la négociation collective. Le Code du travail l'évoque, qu'il s'agisse de la négociation de branche (article L2232-8, 9 et 10) ou surtout d'entreprise (article L2232-20). Mais tandis que, s'agissant des institutions représentatives du personnel – et principalement du comité d'entreprise – c'est la loi qui définit ces règles, c'est aux partenaires sociaux que revient la responsabilité de définir celles entourant la négociation. Cette solution est sage : l'objet de la négociation tout autant que son niveau peuvent justifier des solutions différentes, en tout cas adaptées à un contexte particulier. Le contrat collectif est donc plus compétent que la loi pour élaborer ces règles.

Encore faut-il que ce travail soit fait. Ce n'est que rarement le cas, en raison d'une suspicion difficilement compréhensible à l'égard de ces accords de méthodologie qui devraient systématiquement précéder la négociation sur le fond, sauf si ces règles ont déjà été établies ou si elles s'imposent du fait de l'autorité d'un accord de rang supérieur. On voit du reste ici apparaître l'intérêt, pour les négociateurs de branche, d'encadrer la négociation d'entreprise, non en limitant son autonomie mais en érigeant des règles de négociation. Le législateur doit cependant intervenir pour qualifier de substantielles ces règles, de sorte que leur non-respect puisse être sanctionné par la nullité de l'acte.

Le principe d'un accord de méthodologie précédant (dans l'entreprise) la négociation sur le fond est posé depuis les lois Auroux. L'article L2232-20 prévoit que l'objet et la périodicité des réunions ainsi que les informations permettant aux syndicats de négocier en toute connaissance de cause font l'objet d'un accord, sous-entendu préalable. Il n'y a que dans l'hypothèse d'une négociation obligatoire, de surcroît dont le non-respect est sanctionnable pénalement (la négociation annuelle obligatoire – NAO), que l'employeur est autorisé à définir unilatéralement ces règles, ce qui ne le dispense toutefois pas de rechercher précédemment l'accord en ce domaine. Le moins que l'on puisse dire est que cet arsenal, dont l'utilité n'est pourtant pas à démontrer, est peu respecté. C'est sans doute affaire de culture : on prône inconsciemment l'idée que la négociation est le domaine du « poker menteur » alors que, dans les pays anglo-saxons c'est le culte de la bonne foi qui l'irrigue. Pourtant, l'exigence de bonne foi est inscrite dans les textes de l'OIT :

- l'équilibre des pouvoirs se construit à partir de la qualité des informations remises par la délégation patronale et les moyens, notamment d'ex-

pertise et de formation, permettant de les traiter pour les rendre crédibles et compréhensibles. D'où du reste l'intérêt du financement par l'employeur, non du syndicat mais de la négociation, surtout si l'on admet qu'elle s'inscrit dans un objectif d'« intérêt général de l'entreprise » ; mais aussi la fixation du nombre, de la durée, de la périodicité des réunions de négociation ou encore des séances de préparation de celles de négociation proprement dite ;

- le comportement de bonne foi des négociateurs peut aussi se construire à partir de règles, d'autant que celles-ci vont permettre de passer du subjectif à l'objectif, donc rendre possible la sanction. L'interdiction faite à l'employeur de prendre une décision unilatérale dans les thèmes objet de la négociation avant qu'elle n'ait échoué est une manifestation d'un tel objectif. Il faut que les acteurs sociaux l'appliquent à tout accord et pas seulement à la NAO comme le prévoit la loi. On peut aussi imaginer de donner un sens concret à l'idée qu'une proposition n'a de sens que si elle est destinée à favoriser un compromis, ce qui interdit toute position abrupte (c'est cela ou rien) ; ou encore de conférer une certaine solidité à telle proposition, sur laquelle on ne pourrait revenir qu'eu égard à une raison sérieuse ;
- l'exécution loyale, ce sont en particulier des procédures de suivi, des dispositifs d'interprétation des textes, etc.

Il est d'une grande importance que les acteurs sociaux s'inquiètent des règles de conduite de la négociation qui contribuent, au demeurant, à optimiser les chances de conclure⁽²⁰⁾. C'est ici de culture qu'il s'agit plus que de modification des textes, sauf pour rendre nuls les actes conclus au mépris de ces règles.

3.2.2. Les négociateurs

Il faut aussi évoquer la composition des délégations participant aux négociations. Une nouvelle fois, la loi prévoit qu'un accord doit intervenir à ce sujet, spécialement s'agissant de la négociation d'entreprise. Afin de conférer plus de consistance juridique à la collectivité du personnel – ce que suggère l'autonomie de l'accord, laquelle favorise des négociations « donnant-donnant » –, on peut imaginer, d'une part, de composer les délégations au prorata de l'audience effective de chaque organisation (ce qui est toujours possible si un accord unanime le prévoit) et, d'autre part et surtout, de faire prendre les décisions de la partie « salariée » à la majorité de ses membres. Cette solution est d'autant plus concevable qu'est possible le transfert du pouvoir de négociation sur le comité d'entreprise, lequel prend effectivement ses décisions à la majorité et est doté de la personnalité civile.

Élever le rôle de la négociation dans la construction du droit social exige, au nom de l'intérêt général, que les acteurs sociaux soient compétents. Cela

(20) Sur cette question des règles de conduire de la négociation collective, cf. Barthélémy (2001 et 2004).

implique que soient conçues les modalités permettant à tout nouveau délégué syndical de suivre une formation adaptée à l'exercice de cette mission. C'est le même objectif qui a conduit la loi Auroux du 31 octobre 1982 à rendre obligatoire une formation de cinq jours en matière économique pour tout nouveau membre du comité d'entreprise. Le droit de s'absenter sans que cela constitue une faute au plan disciplinaire et sans qu'une autorisation de l'employeur soit requise (sauf risque de désorganisation de l'entreprise) doit de ce fait être défini par la loi, qui indiquera les populations concernées, à savoir les délégués syndicaux et, éventuellement, les autres membres des délégations. Un financement public doit être prévu à cet effet, encore que des financements complémentaires particuliers peuvent être définis par l'accord de méthodologie et mis à la charge de l'entreprise. Sur ces questions, on ne part pas de zéro, la loi s'y intéressant depuis 1982.

3.3. Institutions représentatives et expression collective du personnel

Une réflexion prospective sur les effets de la multiplicité d'institutions représentatives du personnel doit être engagée.

3.3.1. La délégation unique du personnel

La délégation unique du personnel (DUP) est une solution efficace dans les PME. D'abord parce que cela facilite la gestion des relations sociales en diminuant le nombre des élus ; ceci est à l'origine de l'idée promue par le Centre des jeunes dirigeants (CJD). Plus fondamentalement, c'est le moyen de donner de la consistance juridique à la collectivité du personnel : non seulement la DUP, parce qu'elle assume les attributions du comité, a en charge l'expression collective du personnel, mais encore l'institution, devenue unique, peut devenir en quelque sorte le « conseil d'administration de la collectivité », ce qui ne peut que contribuer à donner de la consistance juridique à celle-ci et au-delà à la notion d'entreprise. Tout ceci va de pair avec l'idée d'un droit plus contractuel et moins réglementaire.

L'expérience de la DUP étant concluante si l'on en juge par le nombre d'entreprises ayant opté pour cette solution, on peut proposer de la rendre obligatoire. Cela pourrait se traduire par la création d'une institution unique de 20 à 100 salariés cumulant les attributions des DP, du même CE et du CHSCT. Le passage du seuil de 11 à 20 salariés pour les DP serait en harmonie avec l'instauration du dispositif spécial de négociation dans les très petites entreprises (TPE), que les acteurs sociaux ont toutefois des difficultés à concevoir. En pareil cas, la solution simplifiée rendue possible en matière de rapports annuels serait généralisée, tout au moins jusqu'à un effectif à déterminer. Il ne s'agit pas de réduire les droits collectifs, d'autant que dans une majorité d'entreprises de moins de 100 salariés il n'y a concrètement pas de représentation, mais d'en faciliter la gestion pour accroître l'effectivité du droit. La représentativité dans les TPE pourrait alors s'apprécier dans un cadre interentreprises, au plan local et/ou régional.

3.3.2. Le rôle du comité d'entreprise

Un droit plus contractuel et moins réglementaire exige une reconfiguration du comité d'entreprise. Celui-ci reste l'institution majeure parce qu'elle a en charge l'expression collective du personnel. Elle doit donc contribuer à conférer plus de consistance juridique à la collectivité du personnel. Elle doit d'autant plus y contribuer qu'elle est dotée de la personnalité juridique. À cet égard, la loi Auroux du 31 octobre 1982 constitue un réel progrès dans la mesure où cette personnalité, dont l'institution ne disposait à l'origine que pour ses attributions dans l'ordre social, a été étendue aux attributions dans l'ordre économique et professionnel.

Cette extension exige des modifications profondes de l'institution. Le comité – en tant que personne morale ayant en charge l'expression des intérêts de la collectivité du personnel – est obligatoirement consulté préalablement à toute décision de l'employeur intéressant la marche générale de l'entreprise. Par ailleurs, le comité est présidé par l'employeur. De ce fait, ce n'est pas le comité que l'on consulte mais la délégation du personnel au sein du comité d'entreprise.

Une réforme du comité d'entreprise s'impose donc. Elle doit se manifester d'abord par la sortie de l'employeur du comité. L'actuel secrétaire doit en devenir président. Cela rendrait plus aisé l'exercice de ses attributions dans l'ordre économique et social pour lesquelles il a vocation à donner des avis et à formuler des vœux. Indirectement, parce que le comité est une personne morale, cela conférerait plus de consistance juridique à la collectivité du personnel, solution en harmonie avec l'autonomie plus grande de l'accord d'entreprise par rapport tant à la loi qu'à la convention de branche.

On peut aussi imaginer, dans le prolongement de la loi du 20 août 2008, que le mode de scrutin soit modifié. Un système à un tour avec représentation proportionnelle et une audience minimale de 10 % pour obtenir un siège serait plus compatible avec le nouveau droit de la négociation collective inscrit dans la loi du 20 août 2008. Bien sûr, cela inciterait à la disparition des candidatures libres, mais cela va dans le même sens que l'extension des moyens d'expression des syndicats souhaitée par cette loi. Au demeurant, ne s'appliquant qu'au CE, cette règle ne concernerait pas les plus petites PME, si est créée l'institution unique jusqu'à un seuil de 100 salariés.

Une telle solution doit contribuer à une meilleure répartition des compétences, dans l'élaboration du social, entre concertation et négociation. Les institutions sont vécues comme des fins en soi. Elles ne sont pourtant que des moyens au service de la collectivité du personnel et, au-delà ou au travers de l'intérêt de celle-ci, au service de l'intérêt de l'entreprise.

La consultation du comité d'entreprise – imposée par la Cour de cassation – préalablement à la signature d'un accord collectif est inspirée de la nécessité de prendre en compte l'expression collective du personnel. On peut l'admettre tant que les syndicats, du fait d'une conception abstraite de la

notion de représentativité et du fait que le délégué syndical est désigné, sont en quelque sorte extérieurs à la collectivité du personnel, ceci d'autant que tout syndicat peut, indépendamment des autres, signer un accord avec l'employeur. La physionomie nouvelle de la représentation du personnel et du dialogue social née *in fine* de la loi du 20 août 2008 invite à considérer autrement les choses. Concertation – préalable à la décision unilatérale de l'employeur arrêtée dans l'intérêt de l'entreprise et exprimée dans le cadre du pouvoir de direction – et négociation – se traduisant par un contrat au bénéfice des salariés sous forme d'avantages individuels ou collectifs – sont des moyens au service d'un seul objectif : la prise en considération de l'intérêt de la collectivité du personnel dans la perspective de concrétiser l'intérêt de l'entreprise. La consultation du comité préalable à la signature d'un accord devient alors superfétatoire d'autant que, sous certaines conditions, le pouvoir des syndicats en matière de négociation peut être transféré sur le comité.

3.3.3. Le monopole syndical de la négociation

C'est au vu de ce qui précède que présente un réel intérêt la réflexion sur le monopole de la négociation confié aux syndicats. Deux remarques préalables : d'abord il résulte de textes émanant de l'OIT que ce monopole s'impose au nom du progrès social, ne serait-ce qu'en raison de leur indépendance ; ensuite, la qualification affirmée de loi professionnelle de la convention de branche justifie qu'ici seuls les syndicats puissent agir. Reste qu'une réflexion s'impose sur l'impact de la notion fonctionnelle de représentativité liée à l'audience effective, née de la prise en considération du résultat des élections professionnelles dans les entreprises de la branche : ne devrait-on pas plutôt créer une commission paritaire de la branche ayant la personnalité civile, composée au prorata de l'audience effective de chaque organisation et prenant des décisions (pour la partie salariée) à la majorité de ses membres ?

C'est dire que la question de l'éventuel transfert du pouvoir de négociation se pose surtout dans l'entreprise. Avec les nouvelles règles concernant la représentativité et le dialogue social, le « mandataire *ad hoc* »⁽²¹⁾ pourrait voir son rôle décroître, la mise en place de délégués syndicaux étant facilitée. C'est donc essentiellement de transfert sur une institution élue dont il faut s'inquiéter, mais aussi de l'intervention directe de la collectivité du personnel, donc de référendum.

L'intervention du comité est actuellement possible sans condition préalable – contrairement à ce qui valait sous l'empire de la loi du 4 mai 2004 – d'un dispositif de la convention de branche l'autorisant. Par contre, elle

(21) Soulignons toutefois l'importance de cette institution qu'est le mandatement, créé par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, légalisé ensuite par les lois Robien (1996), Aubry 1 (1998) et Aubry 2 (2000), et dont la pratique a été facilitée par un large consensus dans les PME.

n'est possible que dans les domaines où la mise en œuvre d'un dispositif suppose l'intervention d'un accord d'entreprise. Cette restriction du champ de la transposition peut se justifier par la volonté de favoriser le développement du syndicalisme dans l'entreprise. Mais alors, pourquoi rester au milieu du gué ? Mieux valait supprimer toute possibilité de transfert. On peut, au contraire, estimer que ce transfert – qui n'est concevable que dans les PME, c'est important de le souligner – correspond à la volonté de conférer plus de consistance juridique à la collectivité du personnel.

Au vu de ce qui précède, la subordination de l'entrée en vigueur d'un tel accord atypique à l'« agrément » de la commission paritaire de la branche est d'autant plus une solution que la loi du 20 août 2008 a nettement précisé que cette commission exerce seulement un contrôle de légalité. Un contrôle d'opportunité réduirait à néant la volonté des parties de l'accord d'entreprise et, ne serait-ce qu'à ce titre, doit être écarté. Par contre, on peut imaginer d'autres voies pour sécuriser cet agrément. Par exemple, la convention de branche pourrait restaurer des règles de procédure dont le respect serait garant que le contrat peut seulement et seul faire la loi des parties. Ceci milite aussi pour la solution, dans certains cas, d'une autorisation de la convention de branche sauf, en toute hypothèse, lorsque l'accord d'entreprise s'impose et que celui-ci devient le droit commun.

Une question complémentaire se pose. Le transfert doit-il être l'exception, possible donc uniquement en l'absence d'organisations syndicales capables d'engager la négociation, solution supplétive en quelque sorte ou bien peut-on y recourir concurremment, solution alternative alors ? Il est clair que, ne serait-ce qu'eu égard au pouvoir des syndicats en matière de négociation, la première solution est à privilégier. Mais les partenaires sociaux de la branche pourraient par contre décider d'un tel transfert, le champ de l'intervention du comité étant alors plus large que celui défini par la loi du 20 août 2008.

3.3.4. Le référendum

Le référendum n'est généralement pas bien accueilli : on le suspecte d'être une arme antisyndicale. Pourtant dans le domaine de la protection sociale, il prospère aisément. Depuis l'ordonnance de 1945 sur la Sécurité sociale, il est un mode alternatif à l'accord collectif classique, les deux pouvant être utilisés concurremment. Tout au plus et depuis la loi du 8 août 1994 ayant réformé le livre IX du Code de la Sécurité sociale, une hiérarchie a-t-elle été instaurée entre les deux. En effet, si un accord collectif peut réviser un acte référendaire, l'inverse n'est pas possible. S'agissant de la prévoyance, le référendum a concrètement été privilégié, sans doute parce qu'un accord créant des garanties collectives met à la charge du salarié une cotisation qui diminue le salaire net. Mais un accord collectif de travail plus autonome est également susceptible, en favorisant une négociation *in pejus*, de réduire des avantages. C'est du reste la raison pour laquelle a été inventé le droit d'opposition dont il est important de souligner qu'il s'exprimait par référence à la majorité du personnel et non par rapport aux votants.

Le référendum peut, d'un point de vue théorique, prendre deux formes différentes : ou bien il s'agit d'un contrat entre l'employeur et la collectivité du personnel, solution que la jurisprudence avait adoptée sous l'empire de l'article L4 du Code de la Sécurité sociale (arrêt Penven c/Jourdain, 1982) ; ou bien il s'agit d'une condition suspensive d'applicabilité d'une décision unilatérale de l'employeur, solution consacrée par la loi Evin du 31 décembre 1989 puis par la loi du 8 août 1994.

En se positionnant dans la logique du présent rapport et dans la perspective de donner plus de consistance à la collectivité du personnel, on peut imaginer un recours au référendum, à condition qu'il soit encadré par la négociation de branche, notamment pour définir, d'une part, les modalités de scrutin et, d'autre part, le projet sur lequel les personnels seront appelés à se prononcer, projet qui devra être soumis à avis préalable du comité d'entreprise. L'accord de branche pourrait en limiter le recours aux entreprises ayant un effectif inférieur à un certain seuil.

3.4. Ingénierie de la concertation

La capacité à construire un droit social plus contractuel et moins réglementaire dépend à la fois de la qualité de la négociation et de sa conjugaison avec la concertation. Il est donc indispensable de s'inquiéter de l'arsenal mis en place pour favoriser, au nom de l'intérêt de l'entreprise, l'expression collective du personnel, spécialement à l'occasion des décisions unilatérales que l'employeur prend dans l'exercice régulier de son pouvoir de direction.

On doit souligner que, s'agissant des procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise, le Code du travail est à la fois prolix et précis... ce qui alimente au demeurant un contentieux abondant et tatillon ! Ainsi, la pratique des plans sociaux a fait progressivement dévier les procédures de consultation du comité d'entreprise en direction d'un exercice formel. Au mépris de l'esprit de la loi, la décision est souvent arrêtée bien avant l'intervention du comité. Dès lors, la procédure est un jeu, dans lequel les employeurs font ce qu'il faut pour éviter le délit d'entrave et surtout l'annulation du plan social tandis que les membres du comité s'exercent à mettre les grains de sable qui feront repousser le plus loin possible l'échéance. L'essentiel, c'est-à-dire le projet industriel que l'on élabore dans le souci de l'intérêt général, on ne s'en préoccupe guère ! À preuve : nombre d'avocats considèrent que le plan de sauvegarde n'est pas destiné aux salariés mais au juge, ce qui est une aberration !

D'où l'intérêt d'optimiser les moyens de la consultation et pas seulement la nature des informations à remettre par l'employeur et les moyens de les traiter pour les rendre crédibles et compréhensibles. Il s'agit, sans que la liste soit limitative, des modalités de tenue de réunions, de l'intervention d'experts, des délais à respecter, des moyens financiers d'autant que de délicates questions se posent sur ce que l'employeur doit financer et

sur ce qui peut être financé par le budget de fonctionnement du comité d'entreprise, des temps libres pour les membres du comité, etc.

Il serait préférable que les normes soient adaptées au contexte particulier de l'entreprise et à l'objet de la concertation, donc de recourir à l'accord dérogatoire. C'est par l'adaptation des procédures au contexte particulier que se construira le système protecteur le plus efficace. Le législateur est déjà intervenu pour tenter de simplifier, par exemple, en rendant possible le remplacement des quelque quinze communications annuelles dues par l'employeur au comité par un seul rapport annuel. Pourquoi ne pas laisser aux partenaires sociaux la faculté de promouvoir le système le plus en harmonie avec la spécificité de l'entreprise ? Mais alors se pose une question complémentaire : qui est l'acteur de ces accords dérogatoires ? Les organisations syndicales représentatives, sous réserve du transfert, dans les conditions légalement définies, du pouvoir de négociation sur le comité ou bien le comité lui-même, du fait qu'il s'agit de ses règles de fonctionnement ? La sérénité dans la recherche d'une solution risque d'être fort perturbée dès lors que cette question est souvent abordée de manière idéologique.

Dernière question : y a-t-il un domaine de la consultation et un autre de la négociation ? Ainsi posée la réponse ne peut qu'être négative, sauf pour ce qui se rapporte aux profits et aux résultats économiques. Tout ce qui se rapporte aux conditions de travail, d'emploi, de rémunération, de formation et aux garanties sociales est par essence du domaine de la négociation collective, mais aussi de celui du pouvoir de direction pouvant se traduire par des décisions unilatérales qui ne peuvent être arrêtées qu'après avis du comité d'entreprise. Il faut donc poser la question autrement. Y a-t-il une hiérarchie entre les deux ? Si l'on entend promouvoir un droit social plus contractuel, il faut absolument privilégier la négociation collective. Le développement du tissu conventionnel est du reste le seul moyen de faire refluer le champ de la loi. Il faut donc déployer des stratégies visant à limiter concrètement le champ de la décision unilatérale ou, à tout le moins, à ne la rendre possible que si la négociation ne peut pas prospérer et/ou a échoué. Encore que, dans l'hypothèse de l'échec, on peut concevoir que, à l'instar de ce qui vaut en Allemagne, l'arbitrage s'impose et rien n'interdit, parce qu'on est sur le terrain des droits collectifs, qu'une procédure de ce type soit conventionnellement conçue.

À l'issue des précédents développements, on constate que la volonté de construire un droit plus contractuel et moins réglementaire impose des déclinaisons multiples par souci de cohérence et d'efficacité.

3.5. Un projet doublement novateur

La refondation du droit social ici projetée est articulée autour de l'accroissement du rôle du contrat, moyen d'une meilleure conciliation entre économique et social, bien entendu sans remettre en cause la fonction protectrice de ce droit et même en l'accroissant, ne serait-ce qu'en l'organisant autrement que par la déclinaison du principe de faveur.

Eu égard à cet objectif, les propositions développées dans cette section 3 doivent être regardées comme s'inscrivant dans le prolongement des modifications introduites par les lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008, dont il n'est pas inutile de rappeler qu'elles ont été respectivement précédées de la « déclaration commune » de juillet 2001 et de la « position commune » du 9 avril 2008. L'autonomie de l'accord collectif favorise cette conciliation par l'adaptation des normes qu'elle autorise.

Mais cette autonomie exige, pour respecter l'identité du droit social, que la représentativité des acteurs sociaux soit complétée par une exigence de légitimité à l'égard de la collectivité du personnel touchée par l'accord. Les solutions permettant de réaliser cet objectif ne sont efficaces que si le taux de syndicalisation est élevé, ce à quoi peut contribuer le chèque syndical que nous préconisons. Les finalités différentes de la convention de branche et de l'accord d'entreprise imposent toutefois le respect d'une certaine hiérarchie, qui pourrait être l'objet d'un accord national interprofessionnel.

Par ailleurs, l'optimisation de la qualité du dialogue social passe par une meilleure articulation de la concertation et de la négociation, ce qui conduit à proposer une transformation importante du droit des institutions représentatives du personnel, mais aussi à structurer la commission paritaire de négociation (dans la branche). Enfin et pour que le contrat puisse réellement et seul faire la loi des parties, condition de son autonomie, il est proposé d'exiger des règles de conduite de la négociation et de les rendre substantielles.

Ces propositions – qui sont indissociables les unes des autres – visent aussi à dépasser le nouvel ordonnancement des rapports entre accord collectif et loi d'un côté, entre accords de rangs différents d'un autre côté. L'autonomie du contrat collectif impose d'autant plus que l'on différencie la nature juridique de la convention de branche et celle de l'accord d'entreprise qu'à défaut, on risque un excès de négociation et une insécurité juridique que le présent rapport condamne. En outre, grâce à une nature contractuelle pure, l'accord d'entreprise peut devenir un outil de gestion, facilitant alors la prise en compte de l'intérêt des salariés dans l'élaboration des stratégies et l'optimisation de la conciliation entre cet intérêt particulier et l'intérêt général de l'entreprise. Au vu de cela, l'idée d'incorporation de l'accord collectif d'entreprise dans le contrat de travail mériterait attention.

La refondation inspirée de plus de contrat et de moins de règlements impose, par souci autant de cohérence avec les dispositions de cette section 3 que d'efficacité dans la promotion de la conciliation entre économique et social, que soient revisités tous les instruments de sanction du non-respect du Code du travail et de la résolution des conflits, qu'ils soient individuels ou collectifs. Tel est l'objet de la section 4, dont le contenu est de ce fait indissociable, comme indiqué dans le préambule, de celui de la présente section.

4. Vers un meilleur traitement des litiges et du non-respect des droits et des obligations

Le non-respect des obligations réglementaires mais aussi des engagements contractuels ou unilatéraux expose l'employeur à des sanctions. Quelle que soit leur légitimité, celles-ci sont susceptibles d'affecter l'esprit d'entreprise avec des effets négatifs au plan économique, donc sur le terrain de l'emploi. Il est dès lors important de bien distinguer sanctions pénales et civiles. Le risque pénal ne se prend pas, surtout si la qualification de la sanction est un délit, en raison de la possible privation de liberté mais aussi eu égard à son caractère infamant. Il n'en est évidemment pas de même de la contravention, sanctionnée d'amende, d'autant que le sentiment est largement répandu (et sans doute justifié) que certaines infractions mériteraient d'être sanctionnées autrement.

Le risque civil peut être appréhendé différemment, mais cela oblige à distinguer l'hypothèse de la nullité de celle de la simple réparation du préjudice subi par des dommages et intérêts. Il est à cet égard important de souligner que le champ de la nullité ne cesse de s'accroître en droit du travail, d'abord par la volonté du législateur, ensuite par la montée en puissance des droits fondamentaux de la personne. Les discriminations jouent ici un rôle important dans la mesure où la liste des prohibitions ne cesse de s'allonger. Par ailleurs, la nullité touche largement les droits collectifs, spécialement ceux qui se rapportent au droit syndical et à celui des institutions représentatives du personnel. Et surtout, on est passé de la simple déclinaison du principe civiliste selon lequel toute obligation de faire ou de ne pas faire ne peut se résoudre qu'en dommages et intérêts à l'obligation de réintégration à laquelle l'employeur ne peut se soustraire que pour des raisons impérieuses.

Le risque de nullité, comme celui de sanction pénale, ne se prend pas, au contraire de celui de devoir réparer financièrement le préjudice. Cela impose du reste à l'employeur de bien faire la différence entre la réalité du risque et l'apparence, celle-ci l'emportant souvent eu égard à la complexité du droit social, à la sophistication de certains concepts, tels ceux d'avantage acquis ou d'avantage plus favorable, mais aussi à l'impact de l'idéologie dans ce qui se rapporte au droit du travail. Il reste que, quelle que soit l'importance de l'approche ingénieriale de ce droit, un contrat de travail, dont l'objet est l'Homme, ne saurait être traité comme n'importe quel autre contrat, notamment de prestation de services.

L'importance du contentieux sur les licenciements économiques invite les partenaires sociaux à se pencher sur ses motifs (énumérés à l'article 1233-3 du Code du travail), dans la perspective, qui est celle du présent rapport, d'optimiser la conciliation entre économique et social. Cette réflexion s'impose à eux d'autant plus en raison de la philosophie de la loi du 31 janvier 2007. En ce domaine, on ne peut pas rendre responsable la Cour de cassation de dérives critiquables au nom de l'efficacité économique donc de l'emploi

sans prendre en considération que sa fonction principale est l'interprétation de la loi. Le complément à ce rapport de Beaumeister montre d'ailleurs que la Cour de cassation a continûment eu à cœur d'adapter sa jurisprudence aux mutations économiques.

Ces considérations préliminaires ne peuvent qu'influencer, s'agissant des sanctions, les réflexions sur les évolutions nécessaires à une meilleure conciliation entre économique et social. Il convient d'abord de s'intéresser au rôle de l'Inspection du travail et l'aménagement du droit du contentieux (4.1), le champ des sanctions pénales étant sans doute trop vaste et surtout cet arsenal étant largement inefficace. Il y a lieu ensuite de s'intéresser à l'institution prud'homale qui présente, malgré les vertus du paritarisme, de sérieuses faiblesses, spécialement dans la mise en œuvre du contentieux. Des alternatives sont sans doute concevables (4.2). À condition que ces autres voies ne puissent naître que du contrat collectif, les alternatives à la compétence du Conseil de prud'hommes n'appauvriront pas la fonction protectrice du droit social (4.3). Les solutions ne peuvent qu'être influencées par le fait qu'un droit plus contractuel privilégie le compromis sur la sanction.

4.1. Le rôle de l'Inspection du travail et l'aménagement du droit du contentieux

4.1.1. Rôle des services extérieurs au ministère du Travail

Le nombre d'infractions au Code du travail sanctionnées est infime par rapport à celui des infractions commises et même des infractions relevées. Ainsi, en 2007, sur les 200 691 suites à interventions (faisant référence 815 190 fois à différents articles du Code du travail), on constate la répartition suivante : lettres d'observation 72,25 %, avis 2,92 %, signalements 0,11 %, demandes de vérification 0,45 %, décisions de chantier 2,49 %, décisions 15,82 %, rapports 1,47 %, mises en demeure 2,25 %, procès-verbaux 2,20 % et référés 0,02 % (cf. ministère du Travail, 2008, p. 156). À tout le moins, l'action concrète de l'Inspection de travail n'apparaît pas essentiellement répressive, comme le souligne le complément de Vilboeuf au présent rapport. La fonction de contrôle de l'Inspection du travail est essentielle, et il est dans la logique du respect de la loi qu'elle se traduise aussi dans certaines circonstances par des procès-verbaux susceptibles de conduire à des sanctions pénales. Dans tous les cas, le contrôle a une réelle efficacité dans la mesure où il favorise des modifications de comportements et des novations en matière d'organisation du travail plus en harmonie avec le respect de la règle de droit. Pour autant, les inspecteurs du travail ne négligent pas l'importance de l'action préventive.

C'est sur le fondement de cette idée que se comporte habituellement l'administration du travail en France. Elle dispose au demeurant à la fois de moyens et d'une certaine latitude pour mettre en œuvre une stratégie con-

forme à cette philosophie. C'est en cela qu'est important le registre de l'inspecteur du travail, par exemple. Ce rôle pédagogique et préventif de l'Inspection du travail en France est parfois souligné dans la littérature, en contraste avec son mode d'intervention essentiellement répressif dans d'autres pays comme, par exemple, les États-Unis⁽²²⁾. Mais le pouvoir d'appréciation individuel que ce mode d'intervention appelle a également comme conséquence parfois soulignée que l'égalité ou même la simple cohérence de traitement de cas proches est difficile à assurer en toutes circonstances⁽²³⁾.

Les services extérieurs du ministère du Travail ont un rôle pédagogique à assumer auprès des directions d'entreprises, des représentants syndicaux et des organisations représentatives du personnel. En dépend l'effectivité de la loi dans la mesure où les amendes n'ont pas, auprès de certains employeurs, d'effet dissuasif, y compris lorsqu'elles sont lourdes du fait de la récidive. Ceci conditionne la déontologie de ce corps de fonctionnaires. Ils préfèrent dans un premier temps relever les infractions. Ce n'est qu'en cas de mépris à l'égard des observations et mises en demeure qui s'imposent parfois que sera utilisée la sanction ou, bien sûr, en cas d'évidente mauvaise foi ou mauvaise volonté. Cette remarque concerne ce qui relève de la contravention plus que du délit. Ceci invite à positionner l'Inspection du travail dans un rôle de conseil en ingénierie en relations sociales, en complément de ses attributions traditionnelles (sur cette question, cf. le complément au présent rapport de Villeboeuf).

Au demeurant, ne peut-on sérieusement faire de différences, non seulement entre les infractions caractérisant un délit et celles se traduisant par une simple contravention, mais encore et dans cette seconde catégorie, entre infractions sanctionnées pénalement de manière identique : le non-respect des affichages obligatoires n'a à l'évidence pas la même importance que le non-paiement des heures supplémentaires ! Cette remarque impose une réflexion sur le champ des sanctions pénales. N'est-il pas excessif, surtout si l'on prend en considération l'ineffectivité de l'arsenal répressif ? En matière de durée du travail et à titre d'exemple, ne serait-on pas plus efficace en limitant ce champ à ce qui a un impact sur le droit fondamental à la santé, ceci d'autant que le droit interne a été modifié pour transposer la directive du 23 novembre 1993 modifiée en 2003 dont la finalité est liée à

(22) Cf., par exemple, Piore et Schrank (2007) qui soulignent ainsi : « *The French inspectors du travail and their colleagues in organizations of similar design throughout the Latin world hope to coach, coax, and only occasionally coerce firms into compliance with the letter and the spirit of the law* » (p. 6) ; « *The US model is, by way of contrast, diffuse and punitive* » (p. 7).

(23) « *In sum, labor inspectorates modeled on the French system are street level bureaucracies. As such, they have an advantage in the administration of labor law in their ability to weigh the multiple values which are at stake in workplace regulation and the flexibility of adjust to varying economic, social and technological conditions. But they are nonetheless difficult to direct and manage. The discretion in line officers, which gives the system its flexibility, simultaneously makes it hard to evaluate and control their behaviour and to ensure consistency of treatment across cases* », Piore et Schrank (2007, p. 19).

la santé ? Au-delà, les sanctions civiles devraient suffire, comme du reste c'est le cas dans nombre d'États voisins. Quel bénéfice tire-t-on – au plan de l'intérêt général s'entend – de la sanction pénale liée à la majoration des rémunérations au titre des heures supplémentaires, ceci d'autant que, par ailleurs, le non-paiement de celles-ci est potentiellement considéré comme un travail dissimulé ?

Une telle réflexion prend encore plus de valeur si l'on s'interroge sur l'intérêt de la sanction administrative dont l'effet dissuasif est bien plus grand, ne serait-ce qu'en raison de l'importance des sommes dues. Ceci peut être aisément illustré par la problématique de l'emploi. Même si des domaines se prêtent mal à la sanction administrative, il en est d'autres pour lesquels celle-ci est manifestement plus adaptée que la sanction pénale. La marge de manœuvre de l'administration est plus grande et de ce fait l'action préventive à caractère pédagogique est sans doute plus efficace. Voilà un chantier important à ouvrir.

4.1.2. Aménagement du droit du contentieux

Ceci étant, la sanction pénale est nécessaire, particulièrement en matière de délit. Le développement de la technique de dérogation a posé un problème que la proposition, dans le cadre du présent rapport, de sa généralisation ne peut qu'amplifier. C'est celui du transfert de la sanction pénale prévue par un texte réglementaire sur l'accord collectif qui y déroge. La question qui se pose est celle de l'extension au contrat du champ de la sanction pénale qui, normalement, est conçue pour faire respecter la loi, au nom de l'intérêt général. Le Conseil constitutionnel a toutefois eu l'occasion, à propos de la loi du 13 novembre 1982, de considérer qu'aucun principe n'interdisait la sanction pénale du non-respect du contrat. Il a, en outre, ajouté que ne pas sanctionner pénalement le non-respect de l'accord dérogatoire introduirait une inégalité des citoyens devant la loi dès lors qu'il suffirait de signer un accord collectif pour échapper à l'arsenal répressif. C'est du reste eu égard à cette jurisprudence que la loi Seguin du 19 juin 1987 a étendu à l'accord d'entreprise – dont le caractère contractuel est plus affirmé – le transfert de la sanction pénale initialement prévue par cette loi Auroux pour la seule convention étendue qui est, en quelque sorte, un quasi-règlement, l'arrêté ministériel devenant ici une condition suspensive d'applicabilité de l'accord. Ceci étant, des difficultés apparaissent liées à l'interprétation des textes : en matière pénale, l'interprétation est stricte eu égard à la nécessité de protéger le citoyen. Cela ne pose pas de problème si le texte à interpréter est de nature réglementaire ; il n'en est pas de même s'agissant de la convention collective dont la nature contractuelle implique qu'elle est un compromis et que son interprétation, par le juge comme par les parties elles-mêmes, tient compte de l'économie de la convention. D'où l'intérêt, si on entend généraliser le champ de la technique de dérogation, d'affiner les procédures conventionnelles d'interprétation qui sont souvent, par manque de créativité, peu efficaces.

Le transfert de la sanction pénale sur l'accord dérogatoire peut prendre deux formes : il y a d'abord le non-respect d'une clause qui a licitement dérogé à un dispositif législatif ou réglementaire, mais aussi l'application d'une clause conventionnelle qui a dérogé à un dispositif légal ou réglementaire dans des conditions irrégulières. Dans ce second cas, l'illicéité peut venir soit d'une clause qui déroge dans un domaine où la loi ne l'a pas prévu et/ou avec une ampleur plus grande que celle autorisée, soit du non-respect des procédures légales entourant la négociation. Le Code du travail concrétise cette théorie. Quelle que soit la pertinence de ces solutions, elles consacrent une sophistication du droit qui le rend difficilement gérable.

On voit, à propos de cette question de la sanction pénale des accords dérogatoires, tout l'intérêt de faire de la dérogation la règle sous réserve du respect de l'ordre public apprécié de manière restrictive par référence au droit civil, ceci d'autant que le renversement de la hiérarchie des normes – initié par la loi du 20 août 2008 pour certains aspects du droit de la durée du travail – pose le problème avec encore plus d'intensité. L'intérêt de la réduction du champ de l'arsenal répressif, mis en évidence ci-dessus, oblige alors à s'inquiéter de la pertinence, au nom de l'intérêt général, du maintien de la sanction pénale des accords dérogatoires. Est à cet égard surprenante l'extension, par un texte réglementaire pris en application de la loi du 20 août 2008, du champ de la sanction pénale aux accords d'entreprise qui matérialisent le droit commun.

4.2. Le traitement des conflits du travail

Les formes souhaitables de résolution des conflits du travail dépendent de multiples facteurs, parmi lesquels le degré de conflictualité lui-même. À cet égard, la littérature économique indique que plus le degré de conflictualité est élevé, plus une hiérarchie d'efficacité se dégage, avec par ordre d'efficacité décroissante les recours aux tribunaux, à l'arbitrage, à la médiation et le simple appel à la négociation (*cf.*, par exemple, l'analyse théorique de Goltsman, 2009). L'approche proposée dans le présent rapport intègre complètement cette considération puisque des alternatives à l'institution prud'homale sont envisagées quand elles sont organisées par les partenaires sociaux via un accord collectif.

4.2.1. La situation actuelle⁽²⁴⁾

L'encombrement des juridictions prud'homales est tel qu'il a pour effet d'allonger sans cesse les délais pour obtenir un jugement. Cette tendance ne peut qu'induire le non-respect des droits fondamentaux de la personne, en l'occurrence l'accès au juge, à un procès équitable et à une administra-

(24) Les indications chiffrées fournies dans cette section sont tirées de Munoz Perez et Serverin (2005) et de Maillard Taillefer et Timbart (2009) ou nous ont été aimablement communiquées par la Sous-direction de la statistique et des études du ministère de la Justice.

tion efficace de la justice. Elle est d'autant plus critiquable si l'on prend en compte aussi l'intervention du juge de second degré, c'est-à-dire la cour d'appel. À cet égard, il faut mettre l'accent sur le fait que si le volume des contentieux engagés devant le premier degré de juridiction est sensiblement le même que celui constaté dans des États voisins, tels l'Allemagne, le taux d'appel est double en France. Il faut donc apporter remède à cette situation.

L'exploration d'un tel sujet est périlleuse et dangereuse. Périlleuse dans la mesure où le symbole de l'ordre public social en France c'est le monopole du Conseil de prud'hommes en matière de litiges individuels du travail ; on est donc là, quelles que soient les justifications techniques des solutions abordées *infra*, dans le domaine du culturel, pour ne pas dire du cultuel. Dangereuse parce que la spécificité des litiges en droit du travail est liée au fait que c'est de l'Homme qu'il s'agit, de son existence, de ses moyens de subsistance, de sa dignité. Au nom d'une plus grande efficacité de l'arsenal judiciaire, on risque dès lors de déplacer le contentieux sur le seul terrain de la réparation d'un préjudice par la voie financière.

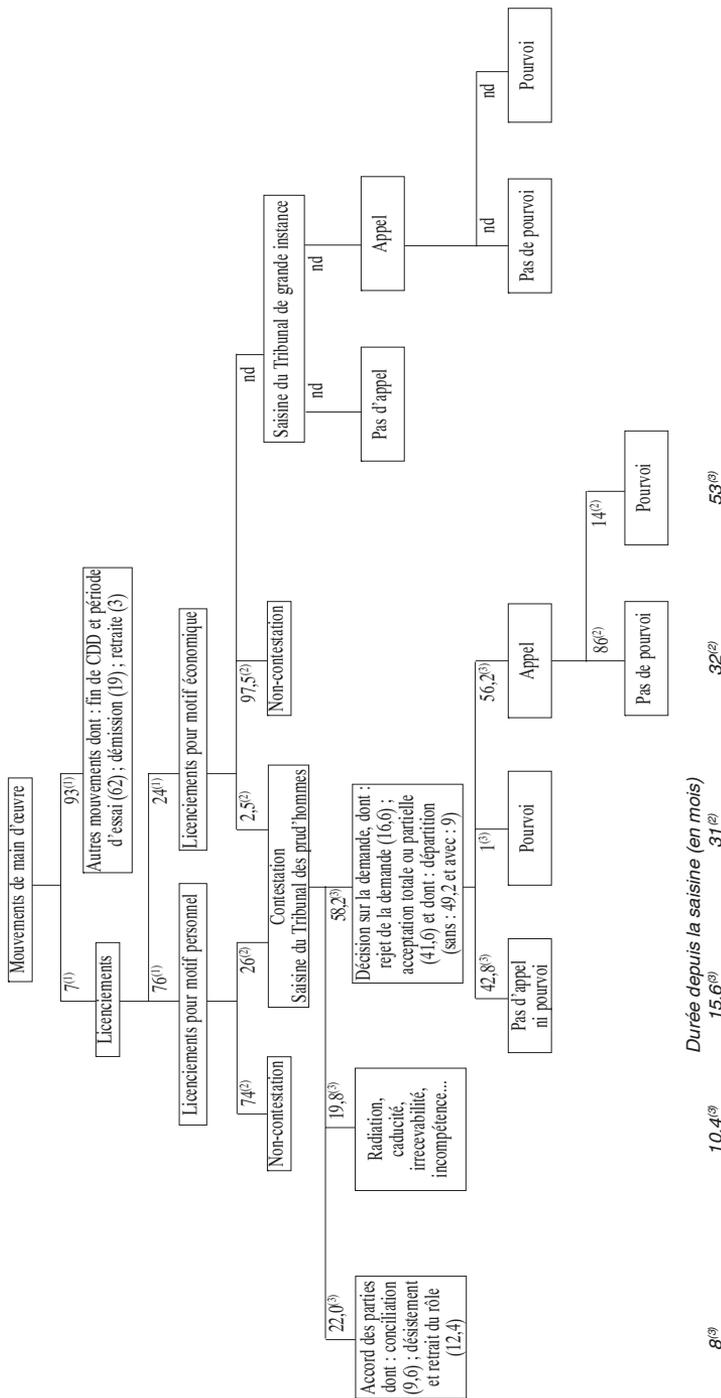
Il a été rappelé plus haut que la littérature économique souligne fréquemment que les coûts, les rigidités et les incertitudes associés aux licenciements peuvent avoir un impact défavorable sur l'équilibre macroéconomique et sur l'emploi et que les indicateurs visant à synthétiser ces coûts et rigidités et construits par diverses institutions, comme par exemple l'OCDE, indiquent que la France fait partie des pays où, globalement considérés, ils sont élevés. Il convient de revenir de façon plus détaillée sur ces aspects, avant d'envisager des alternatives.

Il convient à ce stade de distinguer les contentieux liés à la contestation des licenciements collectifs, qui s'agissant de la procédure et du plan de sauvegarde de l'emploi, relèvent du tribunal de grande instance (TGI).

Concernant les licenciements, les indicateurs construits par l'OCDE et basés à la fois sur des dispositions réglementaires, conventionnelles, et sur des éléments de jurisprudence, indiquent que la France serait en 2008 plus rigide que la très grande majorité des pays industrialisés pour les licenciements individuels (*cf.* tableau 1). Parmi l'ensemble des pays de l'OCDE, seuls six pays sur trente connaîtraient un niveau de rigidité plus fort. Mais le supplément de rigidités associées aux licenciements collectifs serait faible en France par rapport aux autres. Au total, la France connaîtrait une situation intermédiaire concernant les rigidités associées aux licenciements collectifs (ces rigidités seraient plus fortes dans 19 pays sur 30).

Ces indicateurs suggèrent donc que c'est dans le contentieux des licenciements individuels que la France se caractériserait par des rigidités particulières. C'est essentiellement sur le domaine du contentieux des licenciements individuels, qui relève du Tribunal des prud'hommes, que porte l'analyse qui suit de la situation actuelle.

9. De la mobilité des personnes aux différentes formes de contentieux



LECTURE : Les nombres indiqués pour chaque subdivision correspondent aux proportions en % des différentes modalités.

SOURCES : (1) Picart (2009) (année 2007) ; (2) Munoz Perez et Serverin (2005) (année 2004) ; (3) Maillard Taillefer et Timbart (2009, actualisé) (année 2008).

Il n'est pas inutile de préciser que près de 95 % des contentieux traités par l'institution prud'homale sont relatifs à un licenciement ou plus précisément à la rupture d'un contrat de travail⁽²⁵⁾. Or, on constate, en examinant les faits et les prétentions du demandeur, que le licenciement est très souvent l'aboutissement de la dégradation progressive des relations entre le travailleur et son employeur, conséquence de différends portant en amont sur l'exécution du contrat.

Il est utile de distinguer les différentes composantes de ces coûts et incertitudes. On peut successivement évoquer à cet égard :

- le traitement du contentieux des licenciements ;
- la durée ;
- l'incertitude des procédures contentieuses ;
- les coûts financiers du licenciement.

Chacun de ces différents aspects appelle une analyse spécifique.

Dans 25 % des cas, les licenciements aboutissent à une procédure devant le Conseil des prud'hommes (*cf.* graphique 9). Cette proportion a fortement baissé sur les deux dernières décennies : elle était de 35 % en 1993. En fait, la forte baisse de la proportion de licenciements aboutissant à un traitement contentieux traduit deux évolutions contradictoires concernant les licenciements pour motifs économiques et ceux pour motifs personnels, qui représentent respectivement un quart et trois quarts des licenciements opérés en 2003. Les contestations de licenciements économiques ont augmenté, passant de 1 % en 1993 à 2,5 % en 2004, tandis que les contestations des licenciements pour motifs personnels ont fortement diminué, passant de 37 à 26 % sur la même période. Pour avoir une vision exacte de ce qui concerne les licenciements économiques, il convient de prendre aussi en compte l'intervention du Tribunal de grande instance relative aux procédures et aux plans de sauvegarde de l'emploi.

Le taux de contestation des licenciements observé en France apparaît au premier chef nettement plus élevé que celui observé dans de nombreux autres pays (*cf.*, par exemple, la comparaison proposée par Cahuc et Kramarz, 2004, p. 154, reprise de OCDE, 2004b, pp. 74-75). Une telle comparaison est cependant très fragile, les contestations prenant des formes très variées selon les pays. Aux États-Unis, par exemple, elles prennent fréquemment la forme de procès pour harcèlement.

Ces proportions de contestations ne paraissent pas élevées, surtout celle concernant les licenciements pour motif économique. Soulignons que ces constats infirment largement l'idée que les entreprises préféreraient la pratique de licenciements pour motifs personnels à celle de licenciements pour motifs économiques de peur d'une contestation qui pourrait leur être défa-

(25) Ainsi, en 2008, les contentieux liés à un licenciement concernaient 148 000 des 202 000 saisines.

vorable du fait d'un manque de discernement des juges sur les réalités économiques. Une telle appréhension ne pourrait que très partiellement expliquer la contraction de la part des licenciements pour motifs économiques au sein de l'ensemble des licenciements, cette part passant d'environ 50 % au début de la décennie quatre-vingt-dix à 25 % en 2003. En effet, la contestation des licenciements pour motifs économiques a toujours été faible : environ 1 % au début des années quatre-vingt-dix et 2,5 % en 2004, ceci étant à relativiser eu égard au rôle précité du Tribunal de grande instance, lequel n'affecte toutefois qu'un quart des licenciements économiques, donc moins de 10 % des licenciements (ceci parce que l'essentiel des contentieux porte sur les procédures et le plan de sauvegarde de l'emploi). La contestation des licenciements pour motifs personnels est beaucoup plus élevée et a d'ailleurs fortement baissé dans le temps : plus de 35 % au début des années quatre-vingt-dix et 26 % en 2004. La crainte d'une contestation, nourrie par la supposée incompétence des juges sur les questions économiques, ne paraît donc pas pouvoir expliquer la baisse de la proportion des licenciements pour motifs économiques. D'autres raisons peuvent être invoquées de façon plus pertinente pour expliquer cette baisse. La première d'entre elles est que les indemnités légales de licenciement sont deux fois plus fortes en cas de licenciements pour motifs économiques qu'en cas de licenciements pour motifs personnels ; sans compter les indemnités complémentaires prévues dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Il faut remarquer qu'un peu moins d'un quart de ces saisines du Conseil des prud'hommes aboutit à un accord des parties. Ce chiffre traduit l'échec de l'étape obligatoire de conciliation, qui ne réussit que pour environ 10 % des saisines. Marinescu (2002) rappelle que ce taux dépassait 80 % au début du XX^e siècle. Dans son complément au présent rapport, Fraisse montre qu'en moyenne sur la période 1998-2003, le contraste est important avec le Royaume-Uni, où les procédures se concluent pour plus de 55 % des cas par un accord des parties, du fait de nombreuses conciliations, et pour moins de 20 % des cas par une décision de justice, ces proportions étant presque exactement opposées en France⁽²⁶⁾. Une des raisons de cet échec est sans doute que la franchise des parties lors de la conciliation, utile à la réussite de cette première étape, est difficile en France compte tenu du fait que les juges qui la prennent en charge sont les mêmes que ceux qui traiteront la suite du contentieux si elle échoue (*cf.* Zack, 2006). Cette difficulté inspire quelques propositions d'alternatives.

Concernant les délais de traitement des contentieux, le constat est assez affligeant. En moyenne, les décisions du Conseil des prud'hommes sont rendues plus de quinze mois après sa saisine. Et en cas d'appel ou de pourvoi, la durée moyenne de la procédure contentieuse depuis la saisine du Conseil des prud'hommes va respectivement de plus de trente à plus de cinquante mois... Or, plus de la moitié des jugements des Prud'hommes

(26) Les autres situations sont des abandons de procédure, qui concernent dans les deux pays 20 à 25 % des cas.

aboutissent à une procédure d'appel. Ces délais s'expliquent évidemment par l'engorgement des Prud'hommes évoqué plus haut. Il paraît impératif que les alternatives proposées permettent de raccourcir les procédures.

Les incertitudes sur les décisions sont également importantes. Fraisse, Kramarz et Prost (2009) montrent que la proportion de conciliation et celle, en cas de non-conciliation, de victoire de l'une ou l'autre partie au conflit, dépendent de façon non négligeable de critères n'ayant rien à voir avec le fond des litiges, comme la densité géographique des Conseils de prud'hommes ou la composition syndicale des représentants des salariés parmi les juges. Par ailleurs, en cas d'appel, le jugement du Conseil des prud'hommes est infirmé (partiellement ou totalement) dans près de 45 % des cas par la cour d'appel. Le fort taux d'appel est sans doute expliqué par ce taux d'invalidation important des décisions des Conseils des prud'hommes en appel. Ces chiffres élevés, plus que pour toute autre juridiction de premier ressort, tiennent sans doute en partie au fait que les juges prud'homaux ne sont pas des juges professionnels. Ajouté au précédent, il illustre le caractère très incertain des jugements rendus.

Enfin, comme cela a été fortement souligné dans de précédents rapports (par exemple, Blanchard et Tirole, 2003, ou Cahuc et Kramarz, 2004), le coût financier du licenciement pour l'entreprise a peu à voir avec son coût social. Et en cas de licenciement économique, l'obligation de reclassement peut être difficile à remplir par des entreprises économiquement fragilisées et peu efficace compte tenu de la qualification spécifique nécessaire pour réaliser des opérations de reclassement. Ici encore, les alternatives proposées devront apporter des réponses adaptées.

4.2.2. *Des avancées récentes*

La rupture conventionnelle – imaginée dans l'accord conclu entre les partenaires sociaux le 11 janvier 2008 et transcrit dans le droit par la loi du 25 janvier 2008 – peut aboutir à une réduction de la judiciarisation de certains conflits antérieurement réglés par des procédures de licenciement individuel. L'instauration de la rupture conventionnelle s'inscrit parfaitement dans la logique du présent rapport. Le droit de la rupture conventionnelle garantit l'expression de volonté du salarié et lui permet de bénéficier des indemnités chômage qui lui sont interdites en cas de démission⁽²⁷⁾. Cela facilite la séparation à l'amiable.

(27) Cahuc et Zylberberg (2009) sont très sévères avec ce dispositif qui, à leurs yeux, servira uniquement aux salariés de plus de 57 ans et à leur employeur à s'entendre pour organiser des ruptures de contrat, le salarié partant pouvant sous certaines conditions bénéficier des allocations chômage durant trois années après quoi il pourra faire valoir ses droits à la retraite. Cette charge paraît disproportionnée : rien n'empêchait jusqu'ici un salarié et son employeur d'« organiser » dans le même objectif un licenciement pour motif économique ou personnel ! Au demeurant si une telle stratégie est mise en œuvre, elle concrétiserait une fraude à la loi, sanctionnable mais souvent il est vrai difficilement identifiable. Et si elle intervient à partir de 60 ans, l'indemnité conventionnelle est soumise aux charges sociales, outre que l'entreprise acquitte une taxe égale à 50 % de son montant, ce qui est très dissuasif.

La sécurisation juridique y est essentiellement liée à deux dispositifs :

- le délai de rétractation. À compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie ;
- l'homologation. À l'issue du délai de rétractation, un exemplaire de la convention de rupture est adressé à l'autorité administrative (la direction départementale du travail). Cette dernière dispose alors d'un délai d'instruction de quinze jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect des conditions prévues et de la liberté de consentement des parties. À défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie. La validité de la rupture conventionnelle est subordonnée à son homologation par le Directeur du Travail.

À la fin août 2009, soit sur 13 mois d'exercice, plus de 147 000 ruptures conventionnelles auraient ainsi été homologuées⁽²⁸⁾. Le rythme mensuel a nettement augmenté sur cette période, dépassant 10 000 dès décembre 2008 et 15 000 dès juin 2009. Aucune d'entre elles n'aurait été dénoncée par le salarié signataire, ce qui confirme la sécurisation juridique de ce dispositif. Ces données témoignent de son succès. Pour autant, un certain recul pourra permettre dans quelques années une analyse plus robuste de ce succès.

L'instauration de la rupture conventionnelle est donc un moyen parmi d'autres en faveur d'une moindre judiciarisation des licenciements et d'une réduction des coûts et incertitudes de ces derniers, outre, ce qui n'est pas rien, que la fin des relations contractuelles se déroule dans un climat plus paisible.

4.2.3. La conciliation et la médiation

Deux pistes méritent d'être étudiées et, du reste, elles pourraient être mises en œuvre simultanément.

La première consiste à rendre plus efficace la procédure de conciliation devant le Conseil de prud'hommes. Le moins que l'on puisse dire est qu'elle ne fonctionne pas, qu'elle est réduite à du formalisme et que de ce fait son seul effet est d'allonger les délais de procédures. Il n'est pas dans l'intention des auteurs du présent rapport de fustiger le comportement de tel ou tel intervenant dans le débat judiciaire, mais deux mesures s'imposent (sur ces deux aspects, cf. également Zack, 2006) :

- donner sa pleine efficacité à l'obligation légale de présence effective des parties, sans laquelle l'idée même de conciliation est vidée de son sens. Cela suggère que le défaut de présence d'une partie lui ferait perdre le

(28) Ce chiffre vient du site de la DARES : <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/etudes-recherche-statistiques-dares/statistiques/emploi/ruptures-conventionnelles>

procès (comme c'est le cas au Royaume-Uni, *cf.* le complément de Fraisse au présent rapport) ;

- modifier les textes pour que les deux juges de conciliation ne soient pas parmi les quatre membres jugeant au fond (comme c'est également le cas au Royaume-Uni, *cf.* le complément de Fraisse au présent rapport). C'est le seul moyen pour qu'un compromis puisse se construire en conciliation. À défaut, aucune des deux parties ne fera de proposition, de peur que, lors de l'audience de jugement, les magistrats forgent leur conviction à partir de propos échangés durant la conciliation.

La seconde, la médiation, se développe en France depuis quelques années. Elle touche d'autant plus les litiges relatifs au droit du travail que des actions très engagées ont été initiées dans certaines cours d'appels (*cf.* à ce sujet le complément de Blohorn-Brenneur au présent rapport). L'originalité de la médiation tient à ce que ce sont les parties elles-mêmes qui recherchent un accord mais avec l'aide d'une tierce personne et en l'absence de tout juge. De ce fait la médiation offre la possibilité de pacifier le conflit en permettant à chacun d'exprimer ses ressentis et de s'expliquer. Ceci étant, cette procédure est décriée par certains magistrats qui y voient seulement le moyen d'apporter une solution à l'engorgement des tribunaux, donc à la durée des contentieux, c'est-à-dire un pis-aller. Eu égard aux mérites évoqués ci-dessus, on peut cependant imaginer que la médiation soit systématiquement proposée par le juge du fond, en particulier le Conseil des prud'hommes à l'ouverture de la procédure de conciliation, les parties étant bien évidemment libres de l'accepter ou non. La mise en œuvre de cette proposition est contrariée par la nécessité de disposer d'un corps suffisant de médiateurs et par le fait que ce sont les parties qui rémunèrent celui qu'elles retiennent.

4.2.4. Des alternatives aux Prud'hommes

Il faut aussi sérieusement s'intéresser à l'arbitrage (*cf.* Barthélémy, 2009). Deux raisons combinées justifient que celui-ci ne soit pas actuellement possible dans les litiges relatifs aux relations individuelles de travail :

- d'un côté, le déséquilibre contractuel et les conséquences qui en découlent sur le consentement du salarié. C'est cet argument qui explique la prohibition des clauses compromissaires (c'est-à-dire incluses dans le contrat et privilégiant *a priori* la solution arbitrale) alors que la jurisprudence admet le compromis d'arbitrage (c'est-à-dire l'accord après le licenciement) parce que la rupture définitive des relations contractuelles induit que le salarié retrouve toutes ses facultés de décision. Le Code du travail comme le Code civil expriment, par la prohibition qu'ils imposent, cette idée somme toute logique ;

- d'un autre côté, il y a la confiance dans les vertus du paritarisme, porteur non seulement de sécurité juridique, en particulier face à des droits non garantis directement par l'employeur, mais aussi de comportements éthiques qui contribuent à favoriser la fonction protectrice du droit social.

Des solutions capables d'écarter ces deux obstacles permettraient l'introduction de l'arbitrage en droit social, celui-ci étant, au demeurant, en parfaite harmonie avec un droit plus contractuel et moins réglementaire. La dérogation au monopole du Conseil de prud'hommes par convention de branche pourrait concrétiser une solution respectueuse de la double exigence d'écarter tout effet du déséquilibre contractuel et de maintenir le rôle du paritarisme.

Si la dérogation au monopole du Conseil de prud'hommes est organisée, on admettra les clauses compromissaires dans les contrats de travail mais dans les conditions conventionnellement fixées et pour les litiges pour lesquels l'accord collectif l'admettrait. Cela induit toutes les conséquences du droit de l'arbitrage, notamment l'impossibilité d'appel. Mais cela appelle une commission supérieure d'arbitrage pour traiter des recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi.

Il convient aussi d'apporter une solution à la concurrence possible entre le Conseil des prud'hommes et le tribunal des affaires de Sécurité sociale (TASS), comme c'est le cas pour se prononcer sur la nature professionnelle d'un accident ou en matière de faute inexcusable de l'employeur. De même, l'existence, en plus du TASS, du tribunal du contentieux de l'incapacité et de la commission nationale de l'incapacité et de la tarification des accidents du travail, ne peut qu'être préjudiciable à une bonne administration de la justice. Cette question a été abordée dans le cadre du rapport Fouquet sur la sécurisation juridique en matière de prélèvements sociaux remis au ministre du Budget fin août 2008. L'organisation récente, sur la base d'une proposition de ce rapport, de procédures de l'abus de droit est d'une importance capitale si l'on prend en considération que la tendance à l'indépendance du droit de la Sécurité sociale à l'égard du droit du travail pourrait s'inverser.

4.2.5. Le coût des licenciements

Une plus grande sécurisation financière des éventuelles judiciarisation des conflits du travail, donc des licenciements, par l'instauration de plafonds d'indemnisation n'est pas envisageable pour les raisons évoquées dans l'encadré 2.

Le coût des licenciements pour l'entreprise pourrait également être reprofilé afin d'internaliser leur coût social. À cet égard, les propositions du rapport Cahuc et Kramarz (2004) sont les suivantes :

- paiement d'une *indemnité de licenciement* croissante avec l'ancienneté, mais décroissante en pourcentage des salaires versés par l'entreprise depuis l'embauche du salarié. Ainsi calibrée, cette indemnité inciterait l'entreprise à stabiliser l'emploi et à garder des salariés plutôt qu'à en changer. Par exemple, toutes choses égales par ailleurs, l'indemnité serait au total nettement plus forte dans le cas de deux salariés se succédant et licenciés chacun au bout de deux ans que dans le cas d'un salarié licencié au bout de quatre ans ;

- paiement d'une *contribution de solidarité*, proportionnelle au salaire versé par l'entreprise depuis l'embauche du salarié. Cette contribution vise à internaliser le coût social du licenciement, en contribuant à financer la prise en charge du reclassement du salarié si l'activité de reclassement est assurée par des tiers professionnels et non par l'entreprise qui licencie. Si l'entreprise prend la charge de ce reclassement, bien entendu cette part de la contribution de solidarité ne serait pas due et à financer le coût des prestations chômage.

Le rapport de Blanchard et Tirole (2003)⁽²⁹⁾ préconise aussi d'associer taxes de licenciement, visant à responsabiliser les entreprises aux coûts sociaux de leurs licenciements, et indemnités de licenciement dédommageant des préjudices individuels, par exemple d'ordre psychologique. Camdessus (2004)⁽³⁰⁾ propose une responsabilisation de l'entreprise via l'instauration d'un système de bonus-malus sur les cotisations sociales selon l'historique de chaque entreprise dans sa gestion de l'emploi, un peu à la manière de ce qui existe aux États-Unis, de façon variée selon les États.

Une autre suggestion pertinente est celle avancée par Coquet et Sylvain (2007) et déjà signalée *supra*. Elle consiste à préconiser que le taux de cotisations chômage employeurs soit pour chaque salarié dégressif avec son ancienneté dans l'entreprise.

Ces propositions nous paraissent tout à fait pertinentes. Elles permettraient de sécuriser davantage les parcours professionnels en désincitant financièrement les licenciements rapides. Il va de soi que des dispositions conventionnelles pourraient toujours majorer le barème de l'indemnité de licenciement qui serait prévu par la réglementation. Ceci étant, les indemnités réellement versées sont souvent plus élevées que celles d'essence légale :

- d'une part, les conventions collectives prévoient fréquemment des montants plus importants, surtout pour les cadres, ce qui pose problème au regard du principe d'égalité de traitement ;

(29) Par exemple : « Les taxes de licenciement représentent pour nous l'instrument essentiel de responsabilisation financière des entreprises. Nous ne sommes pas cependant en faveur de l'élimination des indemnités de licenciement qui peuvent, au moins partiellement, compenser les coûts psychologiques de la perte de l'emploi (par opposition au coût du chômage lui-même). Comme ces coûts psychologiques sont en général faibles pour les salariés avec peu d'ancienneté, ceci suggère un barème d'indemnités augmentant avec l'ancienneté. Dans cette optique, le barème légal actuel paraît raisonnable », Blanchard et Tirole (2003), p. 46.

(30) « Un système de bonus-malus sur les cotisations sociales payées par l'entreprise tenant compte du nombre d'embauches et de licenciements au cours de l'année pourrait être instauré. L'idée est d'inciter à l'embauche, et de « désinciter » les licenciements, en adoptant une approche économique i.e. plus rapidement et plus sûrement que par la voie judiciaire. En effet, à l'heure actuelle, les contributions des entreprises à la caisse d'assurance chômage sont basées sur la masse salariale, et sont donc indépendantes du comportement des entreprises en matière de licenciement. L'entreprise ne tient donc pas compte lorsqu'elle licencie du coût de ce licenciement pour la collectivité. Pour inciter l'entreprise à la prendre en compte, un dispositif financier convenablement calibré a tout son sens », Camdessus (2004), p. 98.

2. Les plafonds d'indemnisation

L'idée selon laquelle il serait possible d'instaurer un plafond d'indemnisation pourrait paraître séduisante. Elle serait en première analyse un facteur de sécurité pour le salarié (qui connaîtrait ainsi par avance les sommes auxquelles il pourrait prétendre) et pour l'employeur (qui pourrait prévoir le coût potentiel d'une rupture et pourquoi pas provisionner les sommes correspondantes en comptabilité). Deux questions se posent pourtant : la première est de savoir si ce dispositif n'existe pas déjà et la seconde est relative à la source d'une telle disposition.

1. La prévisibilité de l'indemnisation n'est pas inconnue du droit du travail

Il faut en effet distinguer selon que le licenciement est ou non fondé sur une cause réelle et sérieuse. Dans le premier cas, que la cause soit personnelle ou économique, la prévisibilité existe déjà puisque l'employeur sait qu'en licenciant un salarié pour un motif réel et sérieux, il sera tenu au versement d'une indemnité de licenciement dont le quantum est prévu par l'article L1234-9 du Code du travail, d'une indemnité de congés payés (qu'il calculera aisément sur la base du salaire du salarié et du nombre de mois travaillés entre le 1^{er} juin précédent et le licenciement) et d'une indemnité compensatrice de préavis (dont la durée est calculée et donc parfaitement prévisible compte tenu de l'ancienneté du salarié). Ces indemnités légales peuvent être majorées par application des textes conventionnels applicables. Ce sont alors les montants ou les durées conventionnellement prévues qui seront applicables mais l'employeur les connaît, ou est supposé les connaître, par la simple consultation des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise. La seule incertitude résulterait de l'invocation par l'employeur d'une faute grave ou d'une faute lourde qui lui permettrait d'en refuser le paiement. En pareil cas, l'action du salarié en justice tendant à faire juger l'absence de faute grave ou lourde pourrait conduire à une décision condamnant l'employeur à payer les indemnités susvisées. Si indétermination du coût du licenciement il y avait dans une telle hypothèse, elle résulterait du choix de l'employeur de s'appuyer sur une faute qualifiée, à ses risques et périls en quelque sorte.

2. Le droit d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi du fait du comportement fautif de l'employeur n'est pas négociable

Tout autre est la situation où le licenciement, acte unilatéral de l'employeur fautif il le rappeler, serait jugé non fondé. En ce cas, c'est le juge qui appréciera le montant de l'indemnisation. La question porte alors sur le fait de savoir si d'une façon ou d'une autre un plafond d'indemnisation peut être instauré soit par la voie conventionnelle soit par l'effet d'une modification législative.

Sur le premier point, il faut distinguer la source contractuelle et la source conventionnelle collective. Dans l'état actuel du droit du travail, la réponse est assurément négative s'agissant du contrat car le salarié ne saurait renoncer par avance à se prévaloir du droit du licenciement en application du Code du travail (art. L122-14-7). Une clause de ce type serait nulle d'une nullité d'ordre public et réputée non écrite et la Cour de cassation l'a rappelé fermement dans trois décisions du 30 mars 2005 (cf. RJS, 2005, n° 594) (un salarié ne peut valablement renoncer pendant la durée du contrat par avance, au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement). Ce qu'un contrat ne peut faire, une convention collective ou un accord collectif pourraient-ils le faire ? La réponse est ici encore résolument négative dans la mesure où le droit du licenciement est d'ordre public strict. Un texte conventionnel pourrait évidemment améliorer la situation du salarié mais en aucune manière réduire les droits que celui-ci tire de la loi.

Resterait alors l'hypothèse d'une modification législative étant précisé que cette modification porterait non sur l'indemnisation du licenciement mais sur l'indemnisation du préjudice résultant de l'absence de motif réel et sérieux ou, pour reprendre une terminologie plus ancienne, d'un abus du droit de rompre le contrat.

Le droit à réparation du préjudice subi est un principe du droit de la responsabilité. Dès lors, sauf à interdire au salarié le droit de faire juger que le licenciement n'est pas fondé sur un motif réel et sérieux, ce qui n'est guère compatible avec le droit au juge internationalement protégé, on ne voit guère comment un salarié pourrait accepter par avance de ne pas saisir le juge pour obtenir une indemnisation consécutive à un licenciement fondé sur un motif illégitime.

Or l'existence d'un plafond d'indemnisation en cas de licenciement non fondé sur une cause réelle et sérieuse conduirait nécessairement à empêcher le salarié d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice. Cela reviendrait en quelque sorte à mettre en place législativement une sorte de franchise comme en matière de contrat d'assurance.

Faire prendre en charge cette indemnisation par un organisme public et mutualiser le coût des licenciements illégitimes ne change en rien le fait que le salarié garderait le droit de saisir le juge afin d'obtenir une indemnisation complémentaire liée au comportement de l'employeur. L'exemple de l'évolution de la jurisprudence en matière de réparation des accidents du travail est de ce point de vue très évocateur. L'instauration d'une indemnisation automatique et forfaitaire des pathologies professionnelles a conduit au développement des contentieux sur la reconnaissance de la faute inexcusable qui permet précisément de sortir des mécanismes de forfaitisation. Si le but est de déjudiciariser le licenciement, le résultat pourrait bien être totalement inverse de l'objectif recherché.

Source : Barthélémy, Cette et Verkindt (2006, annexe 1).

- d'autre part, des indemnités beaucoup plus élevées sont prévues dans le cadre des plans de sauvegarde de l'emploi qui, certes, concernent moins de 10 % des licenciements.

4.3. L'innovation sans affaiblissement des droits

Mettre un terme à une judiciarisation excessive dans le domaine des rapports de travail et accroître la sécurité juridique en matière de droit social est une exigence majeure, en dépend le dynamisme des dirigeants d'entreprise, donc leur propension à embaucher. Quel que soit l'intérêt, aux plans économique et de l'emploi, des innovations en la matière, les constructions s'en inspirant ne doivent en aucun cas remettre en cause les droits du travailleur, d'autant que l'accès à un juge et celui à un procès équitable sont l'expression des droits fondamentaux de la personne. En considération de cet impératif, il est intéressant d'explorer la voie du contrat collectif pour ouvrir la possibilité à des solutions alternatives ; celui-ci devrait alors, au risque de nullité, définir les procédures et le champ précis des modes alternatifs de règlement des conflits. À cet égard, il convient de distinguer litiges individuels, parce qu'ici s'exerce le monopole du Conseil des prud'hommes et litiges collectifs pour lesquels le tissu conventionnel est déjà largement sollicité par le Code du travail ; tout au plus convient-il d'affiner l'ingénierie juridique des procédures de conciliation, d'arbitrage et même d'interprétation des textes conventionnels, de sorte qu'elles soient utilisées et efficaces (ce qui n'est généralement pas le cas).

4.3.1. Alternatives au monopole du Conseil des prud'hommes

Comme on l'a vu plus haut, deux raisons fondamentales justifient ce monopole : le déséquilibre contractuel né de l'état de subordination qui contrarie l'expression de volonté et la confiance dans le paritarisme. Ceci ne peut qu'inviter, si l'on entend favoriser des solutions alternatives, au recours à la technique de dérogation. Celle-ci est parfaitement rodée depuis 1982 ; certes, surtout dans le domaine de la durée du travail mais on l'a exploitée plus récemment dans le domaine des procédures, en l'occurrence celles relatives à la concertation au sein du comité d'entreprise. Les évolutions récentes nées des lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008 doivent favoriser l'expansion de son champ.

Le contrat collectif pourrait ouvrir la porte à l'arbitrage – c'est-à-dire rendre possible la clause compromissoire dans le contrat de travail – à condition de définir très précisément :

- *les types de litiges individuels susceptibles d'être concernés.* Non seulement ceux relatifs à l'exécution du contrat de travail se prêtent plus aisément à l'intervention de l'arbitrage mais encore celui-ci serait un moyen de réduire le nombre des licenciements, une partie de ceux pour cause personnelle étant due à l'impossibilité de résoudre les conflits générés à propos de l'exécution du contrat, ce qui fait dégénérer le litige en rendant inévitable la rupture du contrat de travail. L'intérêt d'organiser le recours possible à

l'arbitrage concernant les litiges liés à l'exécution du contrat de travail peut apparaître faible dans la mesure où seulement 5 % des litiges soumis au Conseil des prud'hommes y sont relatifs. Toutefois, on constate que même lorsque l'objet principal du contentieux est la contestation du caractère sérieux de la cause de licenciement, diverses demandes sont présentées en même temps au juge et qui portent sur les droits à rémunérations et/ou en matière de conditions de travail. Ceci est du reste pour une bonne part à l'origine de ce qu'un nombre très élevé de décisions du premier juge sont réformées partiellement en appel. On peut en conclure que si les litiges liés à l'exécution du contrat étaient réglés par une procédure d'arbitrage, cela ferait diminuer de manière sensible le nombre des licenciements, une partie de ceux-ci venant de la dégradation des rapports de travail liée à l'impossibilité de régler les différends relatifs à l'exécution du contrat.

Ceci étant, on doit pouvoir avoir recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges relatifs au licenciement. Celui-ci serait du reste indiscutablement plus efficace dans les cas où la nullité de la rupture pourrait être invoquée, par exemple en cas de comportement discriminatoire. En effet, la réintégration est plus facile à concrétiser si la décision est plus rapide que celle du conseil des prud'hommes. La lenteur de la procédure empêche de fait la remise en l'état. Dès lors, la nullité se traduit seulement en dommages et intérêts, comme le licenciement sans cause sérieuse ;

- *les catégories de personnels concernées.* Plus le degré d'autonomie, donc de responsabilité du travailleur, est élevé, plus le contrat peut aisément faire (seul) la loi des parties. On peut donc imaginer que le recours à l'arbitrage soit plus aisément concevable pour un cadre supérieur que pour un ouvrier ou un employé. Il n'est pas inutile de rappeler qu'avant 1982, les cadres avaient le choix entre le Conseil des prud'hommes ou le tribunal de commerce. Là encore, le droit conventionnel pourrait avoir un rôle à jouer en définissant un champ précis eu égard à la structure de la profession visée par la convention collective. Toutefois, l'arbitrage doit pouvoir prospérer – sous respect des conditions qui seront examinées ci-dessous – pour toutes les catégories de travailleurs ;

- *la composition du collège arbitral.* La validité du tribunal arbitral est subordonnée au caractère impair du nombre des arbitres. Appliqué aux litiges individuels de travail, cela devrait inciter à une composition du collège inspirée de l'échevinage, celui-là même qui vaut pour le Tribunal des affaires de Sécurité sociale (TASS) mais aussi qui valait pour le tribunal du travail en Alsace avant la réforme de 1982. En d'autres termes, on pourrait exiger de l'accord dérogatoire qu'il impose un ou deux représentants des salariés et autant de représentants des employeurs, ceux-ci désignant d'un commun accord un président choisi parmi une liste d'experts, universitaires ou professionnels du droit ayant une grande notoriété.

Ceci permettrait de préserver le paritarisme. La procédure serait définie par l'accord collectif lui-même, à moins que, se référant aux pratiques habituelles de l'arbitrage, on laisse au collège arbitral le soin de définir les règles ;

- l'accord collectif définirait enfin les *procédures rendant licite la clause compromissoire*, de sorte que la volonté du travailleur puisse s'exprimer com-

plètement. On peut ici s'inspirer des techniques contractuelles en général, des règles insérées dans le Code du travail suite à l'accord nationale interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 pour la rupture conventionnelle en particulier ; notamment l'exigence d'une proposition de l'employeur d'inclure une telle clause, des raisons qui la justifient et un délai de réflexion pour le salarié pour éventuellement revenir sur son accord.

Il faudrait réserver cette faculté à la seule convention de branche étendue, laquelle pourrait toutefois organiser des chambres régionales ou départementales. Malgré la tendance à généraliser la dérogation aussi par accord d'entreprise, la réservation de celle-ci à la convention étendue en ce domaine est justifiée par la qualification de loi professionnelle. Elle l'est aussi parce qu'il y a nécessité que les arbitres représentant les salariés et les employeurs ne soient pas pris parmi le personnel ou la direction de l'entreprise concernée. Elle l'est enfin parce que c'est le seul moyen d'organiser le financement du tribunal arbitral par les entreprises, en l'occurrence sous forme de contributions alimentant un fonds dédié à cet objet, sans que cela vicie l'indépendance nécessaire des arbitres. Ceci est important dans la mesure où l'une des critiques possibles à l'égard de cette proposition réside dans le coût de l'arbitrage.

4.3.2. Conciliation et arbitrage dans la résolution des conflits collectifs

Le Code du travail impose aux conventions de branche étendues de contenir une clause relative à la conciliation des conflits collectifs ; le recours à l'arbitrage en est une clause facultative. Par ailleurs, tout accord collectif gagne en efficacité en contenant une procédure d'interprétation des textes. Dans l'un de ses rapports annuels, la Cour de cassation, au vu d'une de ses jurisprudences, invitait le législateur à compléter la loi de sorte que :

- si l'interprétation par la commission paritaire est donnée à l'unanimité, celle-ci s'impose comme élément du texte, donc y compris pour les litiges en cours ;
- si elle est donnée seulement à la majorité de ses membres, elle vaut comme avenant, donc ne concerne que les litiges ultérieurs. Les gouvernements successifs n'ont jamais honoré cette demande et c'est bien dommage. Il est en effet normal que, l'accord collectif étant d'abord un contrat, l'interprétation par les parties prévale sur celle des juges ; c'est en raison de la qualification aussi de loi professionnelle de la convention collective que le juge du fond peut intervenir en interprétation, même lorsque le texte est clair et donc substituer sa propre vision à celle des parties. Au regard de l'idée directrice du présent rapport, ses auteurs ne peuvent qu'inviter le Gouvernement à répondre favorablement à la supplique de la haute juridiction civile.

Les procédures de conciliation des conflits collectifs sont peu mises en œuvre et au demeurant elles sont peu développées. Lorsque les parties à une convention de branche étendue ont satisfait à l'exigence légale, elles se sont généralement contentées d'une clause de style dont le caractère général nuit à l'efficacité, d'autant que l'absence de tout arsenal procédural rend

difficile sa mise en œuvre. En outre, le fait que les commissaires soient ceux qui négocient la convention et non des experts retenus pour leur compétence et leur indépendance rend impuissante cette procédure, chacun défendant une partie plutôt qu'agissant au nom de l'intérêt général.

Les mêmes critiques valent pour les procédures d'arbitrage. Au demeurant, les carences graves dans l'organisation du dispositif procédural comme dans la composition de la chambre arbitrale ont conduit à l'ineffectivité des dispositifs instaurés dans de rares conventions, donc à l'obsolescence de ces clauses. La plupart de celles mises en place ont été écartées par la suite. Il n'est pas inutile de rappeler que l'article 9 de la loi de 1950 imposait, avant que ne soit mise en œuvre la procédure, un procès-verbal de non-conciliation mentionnant l'objet du conflit et les points soumis à l'arbitrage. Mais aussi une liste d'arbitres dressée d'un commun accord par les signataires de la convention de branche. Était enfin créée une commission supérieure d'arbitrage concernant les recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi formée par les parties contre les sentences arbitrales.

Tout ceci mériterait d'être réintroduit par le biais des textes conventionnels de branche. Ce serait au demeurant redonner de l'importance à celle-ci au moment où son rôle s'appauvrit en raison de la croissance de celui de l'accord d'entreprise et de celui de l'accord national interprofessionnel. Il faut par contre être conscient que l'efficacité des procédures conventionnelles tant de conciliation que d'arbitrage destinées à la résolution des conflits collectifs suppose une « charte du dialogue social » donnant naissance à une déontologie, elle-même destinée à favoriser un comportement de bonne foi tout autant que l'indépendance des commissaires et arbitres. C'est d'autant plus une nécessité que la culture du dialogue social est en France de mauvaise qualité parce qu'on se détermine beaucoup plus à partir des oppositions d'intérêts, considérés comme irréductibles, que par la recherche de compromis. À cet égard, le paritarisme est porteur d'espérance dans la mesure où il forge les mentalités qui permettent, par le respect du contrat et de la parole donnée, de faciliter le compromis et le règlement amiable des litiges.

On ne peut donc qu'inviter le législateur – au moment où, par nécessité, on entend redonner de la vigueur à la convention de branche – à renforcer les textes relatifs à la conciliation et à l'arbitrage en matière de conflits collectifs. Les acteurs sociaux, qui revendiquent plus d'autonomie pour leur loi commune, doivent prendre conscience que cela leur fait obligation de s'intéresser à la résolution des conflits collectifs qui échappent à la compétence du juge prud'homal et dont le tribunal de grande instance, juge de droit commun en matière civile, ne peut traiter qu'au travers du non-respect de textes. Or, le conflit collectif s'organise surtout à partir de revendications visant à les faire évoluer. Tout ceci prend encore plus de valeur si des moyens sont mis en œuvre pour réduire fortement le nombre des conventions de branche. Cela donnerait au demeurant plus de force à la procédure légale de médiation existant dans le cas de conflit collectif, le recours à celle-ci devant rester l'exception.

5. Flexicurité et protection sociale conventionnelle

Les textes fondateurs de l'Europe ont été conçus d'abord pour favoriser la création d'un grand marché, donc à des fins d'ordre économique. D'où l'importance du rôle, dans le droit européen, du droit de la concurrence. Pour autant, le progrès social n'est pas étranger à la construction communautaire : d'une part, l'efficacité économique n'est pas en soi une finalité dès lors que l'économie est au service de l'Homme, elle est notamment conçue pour promouvoir le plein emploi et l'amélioration des conditions de travail ; d'autre part, le droit communautaire est vecteur, notamment au travers de la prohibition des discriminations et de la promotion des droits fondamentaux de la personne, d'objectifs à caractère spécifiquement social.

Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que soit recherchée une conciliation entre concurrence et solidarité. La mise en œuvre d'un objectif d'intérêt général économique peut d'autant plus réduire la rigueur du droit de la concurrence que, pour la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), l'objet social conforme aux principes de solidarité consacre un tel objectif. De ce fait, confier à un opérateur unique la gestion de garanties collectives de prévoyance et/ou de retraite pour tout une branche est concevable, malgré l'atteinte à la libre prestation de services et à la prohibition de positions dominantes, sous réserve d'un objectif de solidarité.

Ce qui précède prend une importance considérable au vu des effets, au plan social, des mutations du travail engendrées par les progrès des TIC. Le passage progressif de la civilisation de l'usine à celle du savoir fait remplacer les organisations hiérarchiques du travail par des organisations modulaires et favorise l'individualisation des rapports de travail. Celle-ci ne va pas sans poser de difficultés en raison de la maximisation des effets du principe d'égalité de traitement ; les différences, en termes de rémunération mais au-delà, entre travailleurs ayant les mêmes fonctions ne peuvent en effet prospérer qu'eu égard à des raisons objectives les justifiant.

Les mutations profondes du travail qui accompagnent la civilisation naissante du savoir font que la protection du travailleur dépendra de moins en moins de la responsabilité exclusive de son employeur : le droit à l'employabilité devient peu à peu un droit fondamental du travailleur ; cela implique notamment portabilité et transférabilité des avantages en cas de changement d'entreprise et/ou de statut social. À cet égard est significatif l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la portabilité des droits de prévoyance.

Bref, la flexibilité du droit s'entend au profit du travailleur comme au bénéfice de l'entreprise, ce qui induit en contrepartie des sécurités d'un autre type, pour l'entreprise comme pour le travailleur. C'est autour de cela que doit se construire le concept de flexicurité (5.1). Les droits du travailleur n'étant plus, en totalité du moins, garantis par l'employeur et en tout cas pendant l'exécution du contrat de travail, le recours à la technique de mutualisation s'avérera de plus en plus utile. De ce fait, le concept de garantie sociale doit être revisité, spécialement dans la perspective de concilier concurrence et solidarité (5.2).

5.1. Le concept de flexicurité

La flexicurité « est hissée officiellement par la Commission européenne au rang d'impératif stratégique depuis 2007 » (Méda, 2009, p. 673). La mise en œuvre de la flexicurité fait son chemin, s'inscrivant dans une double démarche :

- voir ce qui se passe ailleurs en Europe. Les attentes risquent d'être déçues, telle solution étant liée au contexte particulier d'ordre économique comme d'ordre social. En particulier, le système de protection sociale ne peut qu'influencer les solutions retenues ;
- adapter l'arsenal juridique aux mutations du travail générées par les progrès des TIC qui peuvent aussi bien aggraver les conditions de travail que favoriser les libertés du travailleur.

D'où l'intérêt d'une définition. Ceci implique que l'on s'interroge sur les objectifs poursuivis puis qu'on tente de la décliner concrètement.

5.1.1. Objectifs

La flexicurité s'entend de l'accroissement de la flexibilité ce qui oblige à concevoir autrement la sécurité. Bien sûr on songe à la flexibilité des organisations du travail et spécialement à celle affectant le contrat de travail, principalement les conditions de sa rupture. La sécurisation, c'est alors celle du travailleur, par des instruments autres que ceux directement liés au contrat de travail, en particulier les avantages fonction de l'ancienneté. Assouplir le droit du licenciement est sans doute une exigence au plan de la flexibilité mais cela nécessite, en contrepartie, des moyens destinés à optimiser les revenus de substitution au salaire, au maintien des garanties collectives et à la gestion dynamique du risque d'inemployabilité.

On doit positionner aussi le concept à partir d'une plus grande flexibilité au bénéfice du travailleur, donc en contrepartie par l'élaboration de sécurités pour l'entreprise. L'un des phénomènes les plus marquants de l'évolution du droit du travail est la montée en puissance des droits fondamentaux de la personne dans la sphère professionnelle. Droit à la santé, droit à l'employabilité, prohibition des discriminations, droit à la dignité (inspiré du reste par l'OIT), droit à la justice... constituent un socle lourd de libertés, tant collectives qu'individuelles, que l'entreprise ne peut méconnaître. Améliorer de ce fait qualitativement les conditions de travail, c'est créer de la flexibilité au profit du travailleur en améliorant sa citoyenneté dans l'entreprise. Cela exige, en contrepartie, des sécurités pour l'entreprise.

5.1.2. Orientations

Le droit de la Sécurité sociale n'était initialement qu'une branche du droit du travail. La gestion des risques sociaux en attestait. Au demeurant la législation sur les accidents du travail a été l'une des premières manifestations du droit du travail. Avec l'ordonnance de 1945, la Sécurité sociale

organise l'indépendance du droit de la Sécurité sociale. Cela tient à la fois à un champ professionnel désormais plus vaste que celui du droit du travail puisque sont créés les régimes de « travailleurs indépendants » et au fait que cette discipline est caractérisée par les relations entre les institutions et ses créanciers et débiteurs ; d'où une approche plus publiciste, proche de celle du droit fiscal.

La protection sociale complémentaire est un des instruments de la réunification de ces disciplines dans la mesure où elle est, comme le droit du travail, un droit du contrat. Cette remarque est importante si l'on prend en considération que la flexicurité induit le recours à la mutualisation. Celle-ci peut concrètement proposer des solutions pour résoudre les problèmes liés à la déconnection des droits du travailleur à l'égard du contrat de travail. Une nouvelle fois, il faut souligner le rôle emblématique de l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 relatif à la portabilité des droits en matière de prévoyance et de droit individuel de formation (DIF) ; cela ne peut qu'inciter à revisiter la notion de garantie sociale (*cf.* 5.2 ci-après).

La flexicurité interpelle le droit du travail, à la fois dans la perspective de réviser le contrat de travail en vue d'en adapter en permanence le contenu aux évolutions du contexte dans lequel il a été formé et de réduire les effets négatifs de sa rupture en termes aussi bien de revenus disponibles que de maintien de l'employabilité.

La résistance du contrat de travail au tissu conventionnel peut apparaître comme un obstacle à la flexibilité. La modification d'éléments du contrat de travail résultant de l'accord collectif d'entreprise devrait pouvoir s'imposer si celui-ci s'inscrit dans la perspective de prôner l'emploi, apprécié ici aux plans qualitatif et quantitatif. À tout le moins, on pourrait, en dissociant garanties de ressources et garanties d'emploi par exemple, construire des solutions visant à compenser, sous forme de revenus de substitution au salaire notamment, l'atténuation de la sécurité en matière d'emploi. Par exemple, la maladie ne peut pas être une cause de licenciement. Eu égard à la prohibition des discriminations, l'acte de rupture est même un acte frappé de nullité. Pour autant, au nom de l'intérêt de l'entreprise, la Cour de cassation admet qu'absences répétées et/ou absences de longue durée peuvent, parce qu'elles désorganisent l'entreprise et obligent au remplacement définitif du salarié, constituer une cause sérieuse de licenciement. Ne pourrait-on admettre alors qu'un accord collectif fixe la durée d'absence continue au-delà de laquelle la rupture du contrat est possible, à condition qu'il mette en place, grâce à des garanties collectives de prévoyance, des revenus de substitution pendant toute la durée de l'incapacité, aussi bien permanente que temporaire ?

La faculté de licencier devrait s'accompagner du déploiement des instruments permettant de retrouver rapidement un nouvel emploi, dans des conditions permettant de ne pas perdre les droits liés à l'ancienneté acquise dans l'entreprise. On notera que telle est la préoccupation tant des acteurs sociaux que du législateur, mais exclusivement pour les licenciements éco-

nomiques nécessitant la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi. L'arsenal de formation peut contribuer à la réalisation d'un tel objectif, à condition toutefois que soit promu – aux côtés du plan de formation décidé par l'employeur dans la perspective d'un investissement immatériel pour l'entreprise – un compte épargne formation à l'initiative du salarié. La portabilité des droits au titre du DIF va évidemment dans ce sens mais il faut être plus ambitieux.

Dans le même esprit, prendre en compte l'ancienneté dans la profession et pas seulement dans l'entreprise pour l'évaluation de l'indemnité de fin de carrière ne peut que rendre moins pénible le changement subi d'employeur mais aussi favoriser le changement choisi, en particulier dans la perspective d'une promotion. Mais ceci ne peut qu'inciter à recourir à la mutualisation. Au demeurant, celle-ci peut contribuer à résoudre la délicate question des effets négatifs sur le passif social de l'entreprise du recul de l'âge de mise à la retraite, qui constitue un avantage pour le travailleur puisqu'il décide seul du moment où il cesse son activité.

La mutualisation peut être une solution pour résoudre nombre d'autres problèmes, tels la lutte contre la précarité induite des effets du recours à certains types de contrats de travail. Cela nécessite que les acteurs sociaux s'approprient de nouveaux champs pour les garanties sociales.

5.2. Les garanties sociales

Parce que la déclinaison du concept de flexicurité passe notamment par le recours à la mutualisation, la notion de garantie sociale mérite d'être mieux cernée. Elle est, en effet, susceptible de voir son champ s'élargir et ses modalités de concrétisation évoluer. Tout spécialement, et pour peu que les acteurs sociaux fassent preuve d'imagination, elle pourrait déborder son champ naturel, celui de la prévoyance collective. Ce constat rend indispensable que l'on s'inquiète des raisons qui justifient la différence entre protection sociale complémentaire et simple marché de l'assurance collective des personnes. Le paritarisme y joue inévitablement un rôle, mais celui-ci peut prendre plusieurs visages.

5.2.1. Les garanties sociales existantes

Le Code du travail connaît la notion de garantie sociale. Elle est l'un des objets légalement identifiés des conventions et accords collectifs de travail (article L2221-1 du Code du travail). Le Code de la Sécurité sociale la connaît également, sous l'appellation de garanties collectives de prévoyance, visées au livre IX.

On distingue deux types de garanties sociales :

- il y a celles qui résultent d'accords collectifs nationaux, interprofessionnels définissant les modalités d'application d'un principe législatif et par lesquels les acteurs sociaux se substituent au pouvoir réglementaire.

Ces accords sont des « quasi-règlements ». Leur champ nécessite un arsenal spécifique pour qu'il puisse être identique à celui de la loi (voir *supra*). Chômage et retraite complémentaire en sont les deux domaines d'excellence. On peut imaginer que l'assurance formation soit aussi, comme l'avait souligné Joseph Fontanet, ministre du Travail au moment de la loi du 16 juillet 1971, une garantie sociale matérialisée par le fonds d'assurance formation, institution créée, à l'instar des ASSEDIC et des caisses de retraite complémentaire, par accord collectif (paritarisme de conception) et gérée conjointement par les partenaires sociaux (paritarisme de gestion) ;

- il y a aussi des garanties collectives naissant sous la forme d'éléments du statut collectif du personnel. Leur terrain naturel, c'est la prévoyance et la retraite. L'impérialisme du droit de la concurrence y a fait abandonner – par les effets conjugués de la loi Évin du 31 décembre 1989 et de celle du 8 août 1994 – la conception institutionnelle, née de l'ancien article L4 du Code de la Sécurité sociale et qui avait pour finalité de favoriser l'émergence d'un droit conventionnel de la Sécurité sociale, grâce notamment au recours possible à la technique de répartition et au rôle du paritarisme qui en découle. Cette conception ne continue à irriguer que les grands régimes de retraite complémentaire. À cette conception institutionnelle a été substituée une conception assurantielle, se traduisant par des droits individualisés liés aux cotisations personnelles, le provisionnement des engagements (technique de capitalisation) permettant de réaliser cet objectif. Parce que les droits sont provisionnés durant l'exécution du contrat de travail, la responsabilité de l'employeur peut s'exercer comme pour n'importe quel élément de rémunération. Dès lors, toutes les sources de droit capables de créer des éléments de statut collectif peuvent être utilisées, y compris la décision unilatérale de l'employeur. Tout opérateur du marché a de ce fait vocation à intervenir. L'institution de prévoyance a ainsi perdu la nature spécifique que lui avait conférée l'article L4 du Code de la Sécurité sociale. Elle ne se distingue de ses concurrents que par une forme juridique propre, caractérisée, comme la mutuelle, par son but non lucratif, mais aussi par la gestion paritaire alors que la mutuelle est le domaine de l'autogestion par les assurés. Le provisionnement des engagements permet de changer plus aisément d'opérateur, ce qui facilite le respect des exigences du droit de la concurrence.

5.2.2. *Un champ nouveau lié à la flexicurité*

Cette conception de la notion de garantie sociale permet d'y recourir pour d'autres problèmes que ceux d'assurance des personnes. On notera au demeurant que le Code de la Sécurité sociale permet à une institution de prévoyance de gérer des compléments d'assurance chômage. La distinction entre fonds d'assurance formation (FAF) et organisme paritaire collecteur agréé (OPCA) autoriserait l'organisation, grâce aux FAF, de la mutualisation de contributions destinées à financer des opérations de formation en dehors des hypothèses légalement prévues. On peut en effet imaginer que par le biais d'accords collectifs, des objectifs spécifiques puissent être poursuivis,

les contributions n'entrant pas alors dans le champ des obligations sanctionnées fiscalement. On peut imaginer des institutions dédiées à des objets permettant de concrétiser la flexicurité, tels la création d'un fonds permettant de verser les cautions dues pour l'accès à un logement, d'assurer contre le risque d'emprunt, de réduire le risque de précarisation en cas de rupture ou de modification du contrat de travail.

Le recours aux garanties sociales en vue de favoriser la flexicurité est d'autant plus une voie à explorer que, malgré la technique assurantielle concrétisée par le provisionnement des engagements, un objectif de solidarité est toujours possible. Certes, il ne s'agit plus de solidarité interprofessionnelle initiée par les institutions dans le cadre d'une mission d'intérêt général (ce qui a eu pour effet de faire entrer AGIRC, ARRCO et UNEDIC dans le premier pilier de la protection sociale aux côtés des régimes légaux). Une solidarité professionnelle est toujours possible, caractérisée en particulier par des droits non contributifs au profit des plus faibles, par une action sociale, par des primes déconnectées de la réalité du risque propre à chaque entreprise. À cet égard, le dispositif de portabilité imaginé par l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 est un ballon d'essai pour un mouvement d'une plus grande ampleur.

Bref, la mise en œuvre de la flexicurité suppose que l'on redonne vie à l'idée de Sécurité sociale de nature conventionnelle, notamment par la sécurisation des parcours professionnels. Cela implique non seulement de la créativité de la part des acteurs sociaux, mais aussi des modifications de textes, en particulier pour élargir l'objet des institutions, qu'il s'agisse de celles de prévoyance ou des FAF. Mais il convient aussi d'élaborer une théorie relative au sort fiscal et social des contributions versées par les entreprises, accessoirement par les salariés, pour financer les prestations. Le principe, c'est que toutes les sommes versées au salarié en contrepartie ou à l'occasion du travail, directement ou indirectement par l'employeur, ont le caractère de salaire et dès lors entrent dans l'assiette des cotisations sociales. C'est donc par un texte spécial que doit être organisée l'exception. Celle-ci peut être fondée sur la déclinaison du principe constitutionnel d'égalité de traitement devant les charges publiques, en l'occurrence au travers d'une comparaison avec le statut de la fonction publique. C'est ce principe qui irrigue la règle de neutralité sous plafond des cotisations de retraite et de prévoyance. Peut-on l'appliquer aussi à l'assurance chômage et à l'assurance formation en invoquant la protection totale contre le licenciement des fonctionnaires ?

5.3. Vers une Sécurité sociale de nature conventionnelle

5.3.1. L'exigence de paritarisme

Poursuivre un objectif de solidarité, même limité, c'est construire la protection sociale complémentaire à partir du marché de l'assurance collective. Cela exige des moyens techniques, au premier rang desquels le

recours au paritarisme : de gestion puisque des droits n'étant pas garantis par l'employeur, celui-ci assure, mais d'une autre manière, la protection du travailleur ; mais aussi de conception, en privilégiant l'accord collectif sur la décision unilatérale de l'employeur dans la mise en place des garanties ; cela s'impose dès qu'un « pot commun » est instauré sur lequel s'exerce potentiellement un « droit de tirage social » par le salarié. Afin de promouvoir, à partir de la solidarité, la protection sociale complémentaire dans des domaines nouveaux liés à la déclinaison du concept de flexicurité, il convient que les acteurs sociaux mettent en place, par un accord collectif interprofessionnel, un véritable code de déontologie fondé sur la déclinaison du double paritarisme. Et afin qu'il n'y ait pas de place pour un contresens sur ce qui précède, il convient de préciser que, même si de fait cela revient à redonner vie à la conception institutionnelle, tous les opérateurs du marché sont concernés. L'institution *sui generis* suppose un accord collectif fondateur du régime et un organe paritaire pour le gérer ; mais l'opérateur peut – comme c'était du reste le cas sous l'empire de l'article L4 du Code de la Sécurité sociale né de l'ordonnance de 1945 – être une compagnie d'assurance.

En concevant la Sécurité sociale se substituant aux assurances sociales, Pierre Laroque permettait aux partenaires sociaux de superposer des régimes complémentaires à ceux d'essence légale. C'est à cet effet qu'était créée l'institution de prévoyance dite « L4 » (tirée du numéro de l'article du Code de la Sécurité sociale, devenu par la suite L731-1, aujourd'hui abrogé). Les prestations versées par ces institutions pouvaient soit être garanties par l'employeur ce qui obligeait, de fait, à provisionner les engagements, soit être réduites y compris en cours d'exercice, lorsque les contributions nécessaires à leur alimentation devenaient incompatibles avec une gestion économique normale de l'entreprise (cf. article 44 du décret du 8 juin 1946, codifié ensuite en R731-1) ; ici la technique de répartition était donc possible. De ce fait, un objectif de solidarité pouvait être poursuivi. Dès lors que solidarité et Sécurité sociale sont consanguines, c'est bien la Sécurité sociale de nature conventionnelle que l'on pouvait ainsi construire. Pour contraindre un salarié à être adhérent, donc à cotiser conjointement avec l'employeur, deux conditions cumulatives étaient nécessaires : le régime devait être créé par accord collectif ou référendum et être cogéré par l'employeur et les salariés. Ces deux conditions réunies donnaient naissance à l'institution, ce qui n'excluait pas l'intervention technique d'une compagnie d'assurance.

Au nom de l'impérialisme du droit de la concurrence, les choses ont été modifiées en profondeur. Les institutions gérant la retraite complémentaire, qui restent attachées à cette conception institutionnelle, bénéficient d'une nature juridique particulière fondée sur l'objectif de solidarité interprofessionnelle poursuivi et la mission d'intérêt général assumée (liée au droit légal de tout travailleur à une retraite complémentaire). Elles seules continuent à fonctionner en répartition. Elles relèvent, comme les régimes légaux, du premier pilier de la protection sociale, notamment pour ce qui se rap-

porte à la libre circulation des travailleurs (règlement européen 1408-71). Les autres systèmes collectifs mis en œuvre dans l'entreprise sont désormais potentiellement gérés par trois types d'opérateurs : les compagnies, les mutuelles et les institutions de prévoyance lesquelles sont devenues un opérateur du marché de l'assurance collective des personnes ne se distinguant des deux autres que par leur but non lucratif et leur gestion paritaire. Par ailleurs, le provisionnement des engagements est la règle, notamment pour faciliter le passage d'un opérateur à un autre, donc la libre concurrence. Les lois Évin du 31 décembre 1989 et du 8 août 1994 qui ont concrétisé ce nouveau droit avaient du reste comme finalité de transposer les directives vie et non-vie relatives à la libre prestation de services.

5.3.2. Solidarité et Sécurité sociale

Le développement de la flexicurité passe en particulier par le recours à la technique de mutualisation, donc la constitution de nouvelles garanties sociales. Elles peuvent se construire dans le cadre de la technique assurantielle. Mais, eu égard à leur objet, elles gagneraient en efficacité à introduire un peu de solidarité. C'est du reste le moyen de passer du marché de l'assurance collective à la protection sociale complémentaire. Une solidarité professionnelle n'est pas incompatible avec les exigences du droit de la concurrence. L'objet social poursuivi selon les principes de solidarité permet de mettre en œuvre un objectif d'intérêt général économique. La CJCE en conclut que, sous conditions de ne pas altérer le marché et d'appels d'offres périodiques, la constitution d'un fonds unique par accord collectif n'est pas critiquable. La loi interne (en l'occurrence l'article L912-1 du Code de la Sécurité sociale) admet qu'une convention de branche puisse organiser la mutualisation des contributions dans un fonds unique, peu important l'opérateur gérant le risque.

Ceci étant, l'objectif de solidarité se traduisant par des droits contributifs, la sécurité des droits des travailleurs passe nécessairement, puisqu'elle n'est pas liée à la responsabilité de l'employeur gagée par la constitution des capitaux de couverture des prestations, par l'intervention d'un opérateur qui décide, au vu des principes dégagés par l'accord collectif fondant le régime, des modalités d'attributions des droits. La conception institutionnelle passe, en d'autres termes et quel que soit l'industriel auquel on s'adresse, par la mise en œuvre d'un double paritarisme de conception, par accord collectif, voire référendum, du régime, et de gestion par un organe de direction composé de représentants des employeurs et des salariés.

6. Préconisations

Ce rapport préconise un droit social nouveau, mieux à même de concilier protection des travailleurs et efficacité économique. Un droit plus contractuel et moins réglementaire est la voie déjà engagée au demeurant pour réaliser cet objectif. C'est le développement du droit contractuel qui rédui-

rait le rôle du droit réglementaire. Ce dernier continuerait donc de s'exercer pleinement dans les domaines qui ressortent de l'ordre public et, pour les autres domaines, en cas de carence de tissu conventionnel. Une telle construction nécessite de définir précisément la responsabilité des acteurs sociaux dans la conception des normes et d'améliorer les moyens de leur action.

Cette démarche appelle tout d'abord à donner sa pleine puissance à la loi du 31 janvier 2007⁽³¹⁾. La réforme du droit social par la mise en œuvre des propositions ci-après passe ainsi par la concertation entre acteurs sociaux et, s'ils le jugent utile, par des accords collectifs nationaux interprofessionnels. Il s'agit ensuite de décliner le principe de primauté du contractuel sur le réglementaire dans tous les domaines qui ne ressortent pas de l'ordre public, y compris ceux liés à la résolution des litiges individuels et collectifs. Il revient alors aux partenaires sociaux d'élaborer, dans les branches et les entreprises, le droit contractuel se substituant au droit réglementaire.

Les propositions du rapport sont regroupées par sous-ensembles, chacun d'eux pouvant faire l'objet spécifique d'une négociation entre partenaires sociaux au niveau national.

6.1. Améliorer et développer le dialogue social

- Élaborer une charte du dialogue social avec deux objectifs :
 - Concilier le rôle des acteurs sociaux et du Parlement dans la réforme du droit du travail. Soulignons que, quelle que soit la procédure retenue concernant la transcription en droit d'une position ou d'un accord des partenaires sociaux, il revient au Parlement de s'assurer que les dispositions correspondantes ne sont pas préjudiciables aux intérêts des personnes en demande d'emploi (au cas où les partenaires sociaux auraient exclusivement pris en compte l'intérêt des seuls « *insiders* » au dépens éventuels de ceux des « *outsiders* ») et, au-delà, que la mise en œuvre de ces dispositions n'a pas d'externalités sur l'équilibre macroéconomique ou les finances publiques ;

(31) L'article 1 de la loi du 31 janvier 2007 indique ainsi : « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.

À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation ».

- Imposer aux acteurs de tout accord, quelque soit son niveau et son objet, la négociation préalable des règles de conduite de celle-ci. Cette démarche nécessite de créer un congé formation en matière de négociation collective pour tout délégué syndical (à l’instar de ce qui existe en matière économique pour les nouveaux élus du comité d’entreprise).
- Favoriser, par des instruments adaptés, une forte élévation du taux de syndicalisation.
- Instaurer des moyens de réduire fortement le nombre des conventions de branche.
- Définir la notion de « position commune » et lui conférer une nature juridique propre.
- Généraliser la délégation unique du personnel (DUP) jusqu’à un certain seuil.
- Modifier la composition et le mode d’élection du comité d’entreprise (qui n’intervient alors qu’au-delà de ce seuil) : sortie de l’employeur, élections à un tour et taux minimum de voix pour avoir un siège.
- Faciliter le transfert du pouvoir de négociation sur la DUP, voire le CE et organiser le recours au référendum.

6.2. Élargir le champ d’exercice du droit contractuel

- Redéfinir l’ordre public social sur le fondement des principes civilistes.
- Poser en principe que la dérogation à la loi par accord collectif est la règle, sous réserve du respect de l’ordre public social ainsi redéfini.
- Sur le fondement du principe d’autonomie, restructurer la hiérarchie des conventions en tenant compte de la qualification de loi professionnelle de celle de branche et de contrat pur de l’accord d’entreprise.

6.3. Rendre plus efficace le traitement des conflits et du non-respect du droit social

- Réduire le champ des sanctions pénales et accroître celui des sanctions administratives.
- Réexamen des motifs conduisant à la qualification de cause économique aux licenciements.
- Améliorer l’efficacité de l’institution prud’homale : comparution personnelle des parties (en conciliation) rendue substantielle ; impossibilité pour les conciliateurs d’être dans le collège des quatre juges.
- Créer les conditions d’un recours significatif à la médiation.
- Organiser, par convention de branche, la possibilité d’un recours à l’arbitrage pour les litiges individuels.

- Structurer les procédures conventionnelles de branche pour résoudre les conflits collectifs, en particulier l'arbitrage par la technique de l'échevinage.

6.4. Sécurisation des parcours professionnels

- Profiler les indemnités de licenciements minimales ou contractuelles de façon à inciter à la stabilité de l'emploi. Instauration d'une contribution de solidarité payée au moment des licenciements visant à contribuer au financement du coût des prestations chômage et à financer les reclassements des salariés si ces reclassements sont externalisés.

- Désinciter le recours abusif à l'emploi précaire (intérim et CDD), par l'instauration d'une contribution de solidarité spécifique majorée quand le recours à l'emploi précaire n'est pas encadré par un accord collectif ou d'une dégressivité sur le taux de cotisations chômage employeurs.

- Définir les conditions d'une externalisation des reclassements et des plans de sauvegarde de l'emploi.

- Construire les instruments d'une Sécurité sociale de nature conventionnelle pour favoriser la flexicurité.

6.5. Autres simplifications du droit social

- Réduire le nombre de seuils en distinguant ceux relatifs aux institutions représentatives du personnel et ceux qui ont un impact sur le niveau des charges.

Annexe

Les seuils

Cette annexe a été rédigée par la DGTPE, que les auteurs du présent rapport remercient.

La loi de modernisation de l'économie s'est employée à réduire les effets de franchissement de certains seuils :

- uniformisation de l'appréciation du franchissement du seuil en retenant pour l'ensemble des dispositions la méthode de calcul des effectifs actuellement en vigueur pour les allègements généraux sur les bas salaires (allègements « Fillon »)^(*) ;
- généralisation du lissage des effets financiers du franchissement des seuils (gel temporaire de 3 ans à partir de l'année de franchissement du seuil et, sauf pour ce qui est des cotisations sociales, lissage sur trois ans de manière à atteindre le taux de droit commun la 7^e année). Ce dispositif déjà appliqué pour les contributions au titre de la formation professionnelle et du versement transport est étendu à l'ensemble des obligations financières additionnelles aux seuils de dix et vingt salariés et homogénéisé.

(*) A savoir :

- la taille est appréciée au 31 décembre tous établissements confondus ;
- la taille correspond à la moyenne au cours de l'année civile des effectifs déterminés au dernier jour de chaque mois conformément aux dispositions des articles L620-10 et 11 du Code du travail ;
- pour une entreprise qui se crée en cours d'année, l'effectif est apprécié à la date de la création pour l'année en cours et en moyenne sur l'ensemble des mois d'existence pour l'année suivante.

**Tableau récapitulatif des principaux seuils
en fonction du nombre de salariés⁽¹⁾**

Seuils (nombre de salariés)	Obligations supplémentaires par rapport au seuil précédent
10 et plus	<ul style="list-style-type: none"> • Obligation d'immatriculation des entreprises artisanales au registre des métiers • Repos compensateur obligatoire de 100 % pour les heures effectuées au-delà du contingent • Changement de taux de cotisation pour la formation professionnelle⁽²⁾ (passage de 0,55 à 1,05 %) • Versement transport • Présentation simplifiée du bilan et du compte de résultat (également si le CA excède 234 000 € ou si le total du bilan excède 267 000 €) • Perte du bénéfice de l'extension de l'exonération de cotisations sociales sur les contrats d'apprentissage • Perte du bénéfice de l'exonération de cotisations sociales pour les entreprises implantées dans les DOM
11 et plus	<ul style="list-style-type: none"> • Versement d'une indemnité minimale de 6 mois de salaires en cas de licenciement sans cause réelle ou sérieuse • Obligation d'organiser l'élection du délégué du personnel⁽³⁾ (le délégué du personnel peut également être désigné comme délégué syndical)
20 et plus	<ul style="list-style-type: none"> • Obligation en matière de réglementation intérieure et de travail des handicapés • Contribution au Fonds national d'aide au logement, versement de la participation à l'effort de construction • Changement de taux de cotisation pour la formation professionnelle (passage de 1,05 % à 1,6 % - taux de droit commun) • Perte de la possibilité de recourir au contrat nouvelle embauche (CNE) • Perte du bénéfice de l'extension de 2,1 points de l'allègement de cotisations sociales sur les bas salaires • Passage de 1,50 à 0,50 € de la réduction forfaitaire de cotisation sociale patronale sur une heure supplémentaire
50 et plus	<ul style="list-style-type: none"> • Possibilité de désignation d'un délégué syndical • Obligations en matière de formation professionnelle • Obligation de mettre en place un comité d'entreprise • Obligation de mettre en place un comité d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail • Fonctions supplétives des délégués du personnel • Mise en place d'une participation aux résultats • Obligations de recourir à un plan social en cas de licenciement économique concernant 9 salariés et plus • Perte de la possibilité d'une présentation simplifiée de l'annexe 2 des comptes (également si le total du bilan excède 2 M€ ou si le CA excède 4 M€) • Obligation pour les SARL, les SNC, les sociétés en commandite simple et les personnes morales de droit privé de désigner un commissaire aux comptes (également si le total du bilan excède 1,55 M€ ou si le CA est supérieur à 3,1 M€) • Perte du bénéfice des exonérations fiscales et sociales pour les entreprises implantées en ZFU

150 et plus	<ul style="list-style-type: none"> Obligations supplémentaires quant aux réunions du comité d'entreprise
200 et plus	<ul style="list-style-type: none"> Possibilité de congés sabbatiques pour les salariés Délégation unique Mise en place d'une commission de la formation professionnelle Congé individuel de formation, congé pour création d'entreprise Local des délégués du personnel Invitations aux réunions syndicales
250 et plus	<ul style="list-style-type: none"> Préretraites progressives Perte du bénéfice éventuel du statut fiscal de jeune entreprise innovante Perte du bénéfice éventuel du statut fiscal de PME de croissance
300 et plus	<ul style="list-style-type: none"> Obligations supplémentaires relatives au dialogue social Obligations d'établissement des comptes prévisionnels (ainsi que le chiffre d'affaires est supérieur à 18 M€) Obligation triennale de négociation collective de la gestion anticipée des emplois
500 et plus	<ul style="list-style-type: none"> Seuil pour les aides publiques Préparation de la négociation obligatoire Mise en place d'un service social du travail
1 000 et plus	<ul style="list-style-type: none"> Comité économique et comité d'entreprise européen Perte du bénéfice des dispositifs de reclassement simplifiés (CRP et CTP) hors procédure de redressement ou de liquidation

Notes : (1) État des lieux préalable à la loi de modernisation de l'économie (2008) ; (2) Ce taux est éventuellement modulé pour les entreprises de travail temporaire (à 1,35 % de 10 à 20 salariés et à 2 % au-delà de 20 salariés) ; (3) Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat : 76 % des entreprises de 11 à 50 salariés n'ont pas de délégué du personnel.

Source : DGTPE.

Tableau récapitulatif des principaux seuils en fonction du chiffre d'affaires

Seuils (chiffre d'affaires HT, en €)	Obligations supplémentaires par rapport au seuil précédent
> 76 300 ⁽¹⁾	<ul style="list-style-type: none"> Exclusion de la franchise en base TVA Exclusion du régime micro
> 400 000 ⁽²⁾	<ul style="list-style-type: none"> Assujettissement à l'IFA (en voie de suppression)
> 760 000	<ul style="list-style-type: none"> Assujettissement à la C3S et à sa contribution additionnelle
> 763 000 ⁽³⁾	<ul style="list-style-type: none"> Exclusion du régime réel simplifié
> 7,6 millions	<ul style="list-style-type: none"> Assujettissement à la cotisation minimum de TP
> 7,63 millions ⁽⁴⁾	<ul style="list-style-type: none"> Exclusion du taux réduit d'IS Assujettissement à la CSB
> 10 millions	<ul style="list-style-type: none"> Exclusion des avantages fiscaux liés aux ZFU
> 40 millions	<ul style="list-style-type: none"> Exclusion du statut de jeune entreprise innovante
> 50 millions	<ul style="list-style-type: none"> Exclusion du statut de PME de croissance

Notes : (1) 27 000 € pour les prestataires de services ; (2) Majoré des produits financiers ; (3) 230 000 € pour les prestataires de services ; (4) Si les entreprises sont indépendantes.

Source : DGTPE.

Références bibliographiques

- Acemoglu D., C. Cantoni, S. Johnson et J.A. Robinson (2009) : *The Consequences of Radical Reform : The French Revolution*, Mimeo, mars.
- Aghion, P., Y. Algan et P. Cahuc (2008) : « Can Policy Influence Culture ? Minimum Wage and the Quality of Labor Relations », *Document de Travail CEPREMAP*, n° 0801.
- Aghion P., Y. Algan, P. Cahuc et A. Shleifer (2009) : « Regulation and Distrust », *NBER Working Paper*, n° 14648, janvier.
- Aghion P. P. Askenazy, R. Bournès, G. Cette et N. Dromel (2009) : « Distance à la frontière technologique, rigidités de marché, éducation et croissance », *Économie et Statistique*, n° 419-420, août.
- Aghion P., G. Cette, E. Cohen et J. Pisani-Ferry (2007) : *Les leviers de la croissance française*, Rapport du CAE, n° 72, La Documentation française.
- Alesina A., E. Glaeser et B. Sacerdoce (2005) : « Work and Leisure in the US and Europe : Why so Different ? », *NBER Working Paper*, n° 11278, avril.
- Algan Y. et P. Cahuc (2007) : *La société de défiance : comment le modèle français s'autodétruit*, Éditions Rue d'Ulm, Collection du CEPREMAP.
- Algan Y. et P. Cahuc (2009) : « Civic Virtue and Labor Market Institutions », *American Economic Journal*, vol. 1, n° 1, janvier.
- Amossé T. (2006) : « Le dialogue social en entreprise : une intensification de l'activité institutionnelle, des salariés faiblement engagés », *DARES Premières Synthèses*, n° 39.1, septembre.
- Antonmattei P-H. et J-C. Sciberras (2008) : *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, La Documentation française, novembre.
- Artus P., P. Cahuc et A. Zylberberg (2007) : « Réglementation du temps de travail, revenu et emploi » in *Temps de travail, revenu et emploi*, Rapport du CAE, n° 68, La Documentation française.
- Autor D.H., W.R. Kerr et A.D. Kugler (2007) : « Does Employment Protection Reduce Productivity ? Evidence from US States », *The Economic Journal*, n° 117, n° 521, juin.

- Barthélémy J. (1987) : « L'agrément des conventions collectives », *Droit Social*, n° 7/8, juillet.
- Barthélémy J. (1997) : « Les spécificités de l'extension et de l'élargissement des accords de retraite », *Droit Social*, n° 3, mars.
- Barthélémy J. (2001) : « L'accord de méthode de la négociation collective », *Les Cahiers du DRH*, juin.
- Barthélémy J. (2002) : « Les tendances paroxysmiques du droit de la durée du travail », *Les Cahiers du DRH*, n° 57, 16 avril.
- Barthélémy J. (2003) : « Essai sur la parasubordination », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1134, 8 septembre, p. 6.
- Barthélémy J. (2004) : « La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1152, 19 janvier.
- Barthélémy J. (2008) : « Les accords nationaux interprofessionnels », *Droit Social*, n° 5, mai.
- Barthélémy J. (2009) : « L'arbitrage, l'avenir du droit du travail ? » in *L'arbitrage*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 52, p. 283.
- Barthélémy J. et G. Cette (2002) : « Le développement du temps vraiment choisi », *Droit Social*, n° 2.
- Barthélémy J. et G. Cette (2006) : « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », *Droit Social*, n° 1, janvier, pp. 24-36.
- Barthélémy J. et G. Cette (2007) : « L'impact des TIC sur la durée et les rythmes de travail », *La Semaine Juridique*, n° 11, 13 mars, pp. 11-17.
- Barthélémy J. et G. Cette (2008) : « Réforme du droit social et efficacité économique », *Revue Française d'Économie*, vol. 23, n° 2.
- Barthélémy J., G. Cette et P-Y. Verkindt (2006) : *Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique*, Mimeo, 26 décembre.
- Barthélémy J., G. Cette et P-Y. Verkindt (2007a) : « À propos du contrat unique », *La Semaine Juridique*, n° 6, 6 février, pp. 3-4.
- Barthélémy J., G. Cette et P-Y. Verkindt (2007b) : « Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique », *La Semaine Juridique*, n° 7, 13 février, pp. 3-5.
- Barthélémy J., G. Cette et P-Y. Verkindt (2007c) : « À propos du contrat unique » in *Le contrat de travail*, Centre d'Études de l'Emploi (éd.), La Découverte, Collection Repères, pp. 107-118.
- Bassanini A., L. Nunziata et D. Venn (2009) : « Job Protection Legislation and Productivity Growth in OECD Countries », *Economic Policy*, vol. 24, n° 4, avril.

- Blanchard O. (2005) : « European Unemployment : The Evolution of Facts and Ideas », *NBER Working Paper*, n° 11750.
- Blanchard O. et F. Giavazzi (2001) : « Macroeconomic Effects of Regulation and Deregulation in Goods and Labor Markets », *NBER Working Paper*, n° 8120, février.
- Blanchard O. et J. Tirole (2003) : « La protection de l'emploi » in *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE, n° 44, La Documentation française.
- Blanchard O. et J. Wolfers (2000) : « The Role of Shocks and Institutions in the Rise of European Unemployment : The Aggregate Evidence », *The Economic Journal*, n° 110, mars.
- Botero J. C., S. Djankov, R. La Porta et F. Lopez-De-Silanes (2004) : « The Regulation of Labor », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 119, n° 4, novembre.
- Cahuc P., G. Cette et A. Zylberberg (2008) : *Salaire minimum et bas revenus : comment concilier justice sociale et efficacité économique ?*, Rapport du CAE, n° 79, La Documentation française.
- Cahuc P. et F. Kramarz (1997) : « Voice and Loyalty as a Delegation of Authority : A Model and a Test on Matched Worker-Firm Panels », *Journal of Labour Economics*, vol. 15, n° 4.
- Cahuc P. et F. Kramarz (2004) : *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, La Documentation française.
- Cahuc P., F. Kramarz et S. Perez-Duarte (2005) : « Seuils de taille et emploi », *Droit Social*, n° 12, décembre.
- Cahuc P. et A. Zylberberg (2009) : *Les réformes ratées du Président Sarkozy*, Flammarion.
- Camdessus M. (2004) : *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française.
- Chertier D.-J. (2006) : *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 31 mars.
- Clark A. et F. Postel-Vinay (2009) : « Job Security and Job Protection », *Oxford Economic Papers*, n° 61.
- COE (Conseil d'orientation pour l'emploi) (2008) : *Rapport au Premier ministre relatif aux aides publiques*, La Documentation française.
- Commission européenne (2006) : *Industrial Relations in Europe*, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities.
- Coquet B. et A. Sylvain (2007) : « L'indemnisation du chômage : éléments pour une réforme », *Sociétal*, n° 55.

- Cornesse I. (2001) : *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse de Doctorat, Université de Montpellier, LITEC.
- DARES (2006) : *Analyse économique du droit du travail*, Mimeo.
- Elsby M., B. Hobijn et A. Sahin (2009) : *Unemployment Dynamics in the OECD*, Mimeo, août.
- Fitoussi J-P. et O. Passet (2000) : « Réformes structurelles et politiques macroéconomiques : les enseignements des ‘modèles’ de pays » in *Réduction du chômage : les réussites en Europe*, Rapport du CAE, n° 23, La Documentation française.
- Fraisse H., F. Kramarz et C. Prost (2009) : « Labor Court Inputs, Judicial Cases Outcomes and Labor Flows : Identifying Real EPL », *Document de Travail de la Banque de France*, n° 256.
- Freyssinet J. (2000) : « La réduction du taux de chômage : les enseignements des expériences européennes » in *Réduction du chômage : les réussites en Europe*, Rapport du CAE, n° 23, La Documentation française.
- Goltsman M., J. Hörner, G. Pavlov et F. Squintani (2009) : « Mediation, Arbitration and Negotiation », *Journal of Economic Theory*, n° 144.
- Grumbach T. (2003) : « Le simple et le complexe dans le droit du travail », *Droit Social*, n° 1, janvier.
- Gwartney J. et R. Lawson (2003) : « The Concept and Measurement of Economic Freedom », *European Journal of Political Economy*, n° 19.
- Haltiwanger J., S. Scarpetta et H. Schweiger (2008) : « Assessing Job Flows Across Countries : The Role of Industry, Firm Size and Regulations », *NBER Working Paper*, n° 13920, avril.
- Kramarz F. et D. Thesmar (2006) : « Social Networks in the Boardroom », *IZA Discussion Papers*, n° 1940, janvier.
- La Porta R., F. Lopez-De-Silanes et A. Shleifer (2008) : « The Economic Consequences of Legal Origins », *Journal of Economic Literature*, vol. 46, n° 2, juin.
- Lafontaine F. et J. Sivadasan (2009) : « Do Labor Market Rigidities Have Microeconomic Effects ? Evidence from within the Firm », *American Economic Journal : Applied Economics*, vol. 1, n° 2, avril.
- Lollivier S. et L. Rioux (2006) : *Do UI Benefit Levels or Benefit Duration Have an Impact on Perceived Job Security ?*, Mimeo, CREST, août.
- Marinescu I. (2002) : *Les prud’hommes sont-ils efficaces ?*, Mémoire de DEA sous la direction de T. Piketty, EHESS, Paris.
- Maillard Taillefer, de, L. et O. Timbart (2009) : « Les affaires prud’homales en 2007 », *Bulletin d’Information Statistique du ministère de la Justice*, n° 105, février.
- Méda D. (2009) : « Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », *Droit Social*, n° 7/8, juillet.

- Ministère du Travail (2008) : « L'inspection du travail en France en 2007 », *Bilans et Rapports*, décembre. Disponible sur http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_BIT_2007.pdf
- Munoz Perez B. et E. Serverin (2005) : « Le droit du travail en perspective contentieuse », *Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, Cellule études et recherches*, n° DACS 2005-2, novembre.
- OCDE (2004a) : « La fixation des salaires : aspects institutionnels et résultats », chapitre 3 in *Perspectives de l'emploi*.
- OCDE (2004b) : « Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail », chapitre 2 in *Perspectives de l'emploi*.
- OIT (Organisation internationale du travail) (2007) : *Rapport du Directeur général*, novembre, GB 300/20/6, 300^e session.
- Olson M. (1978) : *Logique de l'action collective*, PUF.
- Philippon T. (2007) : *Le capitalisme d'héritiers*, Éditions du Seuil, La République des Idées.
- Picart C. (2009) : « Forte augmentation des mouvements de main d'œuvre en 2007 », *DARES Premières Synthèses*, n° 24.2, juin.
- Pignoni M-T. et E. Tenret (2007) : « Présence syndicale : des implantations en croissance, une confiance des salariés qui ne débouche pas sur des adhésions », *DARES Premières Synthèses*, n° 14.2, avril.
- Piore M.J. et A. Schrank (2007) : *Toward Managed Flexibility : The Revival of Labor Inspection in the Latin World*, Mimeo, 8 novembre.
- Poisson J-F. (2009) : *La négociation collective et les branches professionnelles*, Rapport au Premier ministre, remis le 29 avril 2009, La Documentation française.
- Saint-Paul G. (2002) : « The Political Economy of Employment Protection », *Journal of Political Economy*, vol. 110, n° 3.
- Supiot A. (1999) : *Au-delà de l'emploi*, Flammarion.
- Venn D. (2009) : « Legislation, Collective Bargaining and Enforcement », *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n° 89.
- Virville, de, M. (2004) : *Pour un droit du travail plus efficace*, Rapport remis à F. Fillon, ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, jeudi 15 janvier.
- Visser J., S. Martin et P. Tergeist (2009) : *Trade Union Members and Union Density in OECD Countries*, Mimeo.
- Wolf L. (2008) : « Le paradoxe du syndicalisme français : un faible nombre d'adhérents, mais des syndicats bien implantés », *DARES Premières Synthèses*, n° 16.1, avril.
- Zack A. (2006) : « Conciliation of Labor Court Disputes », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 26.

Remerciements

Les auteurs du rapport tiennent à remercier les nombreuses personnes qui, par leurs remarques ou les données fournies, ont aidé à la réalisation du rapport. Tout particulièrement :

Jean Bessière

Directeur adjoint, Direction générale du travail

Béatrice Blohorn-Brenneur

Président de Chambre honoraire, fondatrice et Vice-présidente du Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME)

Jean-Charles Bricongne

Chef du Service d'étude sur la compétitivité et les échanges extérieurs, Direction des études microéconomiques et structurelles, Banque de France

Benoît Cœuré

Directeur des Politiques économiques, DGTPE

Évelyne Collomp

Présidente de la Chambre sociale de la Cour de cassation

Jean-Denis Combrexelle

Directeur général du travail, ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville

Bruno Coquet

Chef du Département des synthèses, DGEFP

Joël Creusat

Chef du Bureau des dispositifs statistiques et des études, Sous-direction de la statistique et des études, Secrétariat général, ministère de la Justice

Daniel Delpeuch

Président de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble

Henri Fraisse

Adjoint au Chef du Service des analyses microéconomiques, Direction des études microéconomiques et structurelles, Banque de France

Norbert Holcblat

Sous-directeur, DARES, ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville

Françoise Jacquet-Saillard

Chef de Bureau pour les institutions et évaluations des politiques sociales et de l'emploi, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Emploi

Didier Joly

Président de la 5^e Chambre sociale de la Cour d'appel de Lyon

Pierre Joly

Secrétaire général du CAE

Bertrand Martinot

Délégué à l'Emploi et à la Formation professionnelle, ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi

Marie-France Mazars

Conseiller doyen, Chambre sociale de la Cour de cassation

Stéphane Saussier

Conseiller scientifique, Conseil d'analyse économique

Odile Timbart

Chef de Bureau, Sous-direction de la synthèse des ressources humaines, Secrétariat général, ministère de la Justice

Laurent Vilboeuf

Chef de Département du soutien et de l'appui au contrôle, Direction générale du travail

Commentaire

Pierre Cahuc

*Professeur à École polytechnique,
CREST, IZA, CEPR*

Le rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette est particulièrement bienvenu. Il est motivé par le constat selon lequel le mauvais état des relations professionnelles françaises est en grande partie la conséquence d'un droit du travail inadapté, car trop complexe et laissant insuffisamment de place à la négociation collective. Pour améliorer l'efficacité du droit du travail, les auteurs proposent donc de réduire le droit réglementaire et de développer le droit conventionnel.

Le diagnostic développé dans la première partie du rapport, concernant les relations sociales et le droit du travail, contient une intéressante synthèse de la littérature internationale sur le sujet. Cette synthèse apporte néanmoins un éclairage limité sur la spécificité de la France. En particulier, la représentativité, les sources et la transparence du financement des partenaires sociaux sont à peine abordées. C'est pourtant le mode de financement des partenaires sociaux, qui repose faiblement sur les cotisations des adhérents, leur manque de transparence financière, leur monopole de la gestion de services publics soumis à un faible contrôle de l'État, qui influencent considérablement le fonctionnement du paritarisme en France (Hadas-Lebel, 2006). Ce sont ces caractéristiques qui expliquent en grande partie la chute vertigineuse du taux de syndicalisation et la très mauvaise qualité des relations sociales (Andolfatto et Labbé, 2006 et Andolfatto, 2007). Or, il n'est pas certain qu'un renforcement du droit conventionnel soit souhaitable s'il est produit par des partenaires sociaux qui ne sont pas incités à représenter les intérêts d'une grande partie de leurs adhérents potentiels. Ce sont de telles incitations qu'il faut créer préalablement au développement du droit conventionnel. Malheureusement, la loi du 20 août 2008, sur la réforme de la représentativité syndicale, n'a pas créé de telles incitations (Cahuc et Zylberberg, 2009). Comment les créer ? Le rapport aborde rapidement cette question, mais sans proposer une solution claire. On peut le

regretter, car c'est un préalable nécessaire au développement d'un droit conventionnel de qualité.

Ce préalable est d'autant plus important que les objectifs assignés par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette au développement du droit conventionnel sont très ambitieux. Ils sont au nombre de cinq :

- encourager la négociation collective ;
- protéger la fonction protectrice du droit du travail ;
- réduire la complexité du droit du travail ;
- réduire les sources d'inégalités que le droit social peut créer ;
- réduire les risques et les incertitudes de la judiciarisation.

On peut douter que tous ces objectifs puissent être atteints simultanément grâce à un développement du droit conventionnel. En particulier, le développement du droit conventionnel peut accroître les inégalités si les rapports de forces entre partenaires sociaux diffèrent entre secteurs et professions. Il est aussi possible que le droit conventionnel aboutisse à un droit plus complexe, avec une plus grande diversité de règles, et de plus grandes incertitudes juridiques. Ce n'est pas forcément un problème, car le droit peut être complexe, s'il est adapté. Il me semble que le rapport gagnerait à reconnaître ces faits en présentant les avantages, mais aussi les inconvénients potentiels du droit conventionnel. Ce point apparaît clairement lorsqu'il est indiqué que le développement du droit conventionnel devrait être réalisé en s'appuyant sur deux principes :

- le contrat collectif ne peut déroger à toute disposition d'ordre public ;
- mais il peut déroger à toute autre disposition du Code du travail.

À l'évidence, ces deux principes posent le problème de la définition la notion d'ordre public. Ce qui fait partie ou non de l'ordre public (prohibition des discriminations, égalité de traitement, droit à la santé imposant une obligation de résultat, obligation faite à l'employeur de maintenir les compétences) n'est pas figé, et il n'est pas évident que cela favorise la simplification du droit du travail et limite les incertitudes de la judiciarisation. La présentation de la notion d'ordre public donnée les auteurs du rapport est d'ailleurs révélatrice de la difficulté à définir cette notion : « Le droit du travail est soumis aux exigences des disciplines juridiques fondamentales, tel le droit civil. Cette première remarque permet de prendre conscience que la notion d'ordre public social a pris des distances avec sa notion civiliste, donc orthodoxe. Sans entrer dans une analyse doctrinale hors de propos, on peut, en simplifiant, préciser que les dispositions qualifiées d'ordre public sont celles que ni individuellement ni par le contrat, on ne peut transgresser, donc qui présentent un caractère impératif. S'il s'agit de l'ordre public de protection, ce sont celles qui globalement touchent aux droits fondamentaux de la personne et aux libertés essentielles tant collectives qu'individuelles, lesquels peuvent résulter de sources en amont du législateur lui-même ».

En conclusion, le rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert contient des réflexions précieuses pour penser une refondation de la production du droit social en France. Il propose une technique juridique pour produire des normes conventionnelles, dont les conséquences sur les inégalités, la simplification et la sécurisation juridique mériteraient d'être examinées plus précisément. En outre, dans l'état actuel des relations sociales en France, il n'est sans doute pas souhaitable de développer le droit conventionnel sans une profonde transformation préalable de la représentativité et du financement des partenaires sociaux.

Références bibliographiques

- Andolfatto D. (ed.) (2007) : *Les syndicats en France*, La Documentation française.
- Andolfatto D. et D. Labbé (2006) : *Histoire des syndicats (1906-2006)*, Le Seuil.
- Cahuc P. et A. Zylberberg (2009) : *Les réformes ratées du Président Sarkozy*, Flammarion.
- Hadas-Lebel R. (2006) : *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française.

Commentaire

Jean-Paul Fitoussi

*Président de l'Observatoire français des conjonctures économiques
et Professeur à l'IEP Paris*

Le rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette est bienvenu, d'autant que la crise met en évidence qu'il est plus que jamais temps de « concilier protection des travailleurs et efficacité économique ». La première permet à la fois d'atténuer la souffrance sociale *et* l'ampleur de la crise. La stabilisation automatique qu'elle produit est un élément central de l'efficacité économique.

Mais, d'autre part, l'efficacité économique se mesure, au sortir de la phase la plus aiguë de la crise, à l'aune de la relance de l'activité et de la réduction du chômage. Selon la stratégie retenue cette recherche d'efficacité aura un coût plus ou moins élevé en termes de protection du travail. Si l'on privilégie la voie de la compétitivité tant par les prix que par l'innovation, l'affaiblissement de la protection du travail pourrait être un moyen efficace d'atteindre l'objectif. C'est évident en ce qui concerne les coûts puisqu'une plus grande précarité du travail pèse, globalement, sur les salaires. Mais la précarité peut aussi servir l'innovation en facilitant les transferts d'emplois des secteurs en déclin vers les secteurs innovants. C'est particulièrement vrai pour les services, en particuliers ceux qui sont associés aux TIC, dont le « modèle économique » est mal défini et qui ont besoin d'une main d'œuvre extrêmement mobile. Dans ce cas la flexibilité serait garante de la reprise de la croissance. Si l'on n'y prend garde la recherche de plus de croissance pourrait ainsi réduire le bien-être de nombreux salariés, accroître encore les inégalités et déboucher sur des déséquilibres annonciateurs de nouvelles crises.

La voie d'une nouvelle « croissance » équilibrée implique que l'on résolve le dilemme efficacité – précarité, si tant est qu'il existe, ce à quoi est précisément dédié le rapport qui nous est proposé. Le remède proposé re-

(*) Je remercie vivement Gérard Cornilleau pour l'aide qu'il m'a apportée dans la rédaction de ce commentaire.

pose sur l'idée que les partenaires sociaux feront mieux pour trouver le bon équilibre de « flexisécurité » que l'État. Il faut pour cela organiser le repli de la réglementation régalienne à laquelle devrait se substituer un ensemble de dispositions légales encadrant la concertation sociale chargée d'adapter les grands principes du droit social aux conditions concrètes des branches et des entreprises. Beaucoup des propositions contenues dans le rapport doivent facilement faire consensus. Il en va ainsi des propositions relatives à la réduction de la complexité juridique ou de celles qui traitent de l'incitation à la syndicalisation des salariés. De même les dispositions nouvelles suggérées pour traiter les litiges plus rapidement et plus efficacement conduiraient à d'évidents progrès.

Je ferais toute fois trois remarques à propos de l'économie générale du rapport.

La première concerne ses attendus qui reprennent l'analyse discutable des rigidités françaises et de leurs relations avec les institutions du marché du travail et l'état de l'opinion.

La deuxième traite de la place de l'État dans le dispositif. Le rapport lui réserve le rôle de fixer le cadre général et les grands principes de la législation sociale. Or l'État intervient directement, et continuera à le faire, pour protéger ceux qui sont hors ou à la marge du marché du travail. Dès lors la question de l'articulation des politiques sociales de l'État avec celles des partenaires sociaux ne peut être éludée. Faudrait-il renoncer au tripartisme ? Si la réponse est négative, comment articuler harmonieusement l'ensemble des interventions de tous les partenaires ?

Il faut enfin élargir le débat à l'ensemble du système économique, social et politique. Le marché du travail n'est pas désincarné, disjoint des autres institutions qui structurent nos sociétés. Les travaux de comparaisons internationales des modèles sociaux que j'avais menés avec Oliver Passet dans le cadre du CAE⁽¹⁾ montraient que pour être efficace un modèle social devait d'abord être cohérent. Si l'accent est mis sur la vitesse de l'innovation et la maximisation de la croissance à court terme, la flexibilité ne peut pas facilement s'encombrer d'une coûteuse sécurité qui alourdit la charge fiscale. Mais alors, c'est la politique macroéconomique qui tient lieu de « protection sociale », en apportant à l'économie une garantie collective d'activité. Si on préfère une société plus égalitaire l'arbitrage inverse s'impose et la politique macroéconomique devient en quelque sorte endogène à l'état de la protection sociale qui détermine l'ampleur des stabilisateurs automatiques. La question de la cohérence des actions publiques, de la législation du travail et de la protection sociale est ainsi très importante : on ne saurait définir un modèle de régulation sociale sans s'interroger sur l'articulation de l'ensemble des éléments qui constituent le type de société que l'on souhaite promouvoir.

(1) Jean-Paul Fitoussi et Olivier Passet (2000) : « Réformes structurelles et politiques macroéconomiques : les enseignements des « modèles » de pays » in *Réduction du chômage : les réussites en Europe*, Rapport du CAE, n° 23, La Documentation française.

1. Le diagnostic n'est pas si évident

Le rapport reprend à son compte, à propos de l'économie française, les conclusions des analyses dominantes (et aujourd'hui datées) à propos des relations entre résultats économiques, particulièrement en matière d'emplois, institutions et état de l'opinion. La démonstration tient en trois points :

- la France présente des performances économiques globalement moins favorables que celles de ses partenaires ;
- cette situation résulte de la combinaison d'institutions trop rigides et d'une opinion publique réticente aux changements, à l'économie de marché et à la concurrence ;
- cet état de l'opinion est lui-même le produit des institutions qui sont censées protéger les citoyens.

Même si cette démonstration qui justifie le changement des institutions pour instiller à la fois plus de flexibilité et plus de confiance, est de plus en plus vulgarisée dans notre pays, elle ne va pas de soi et elle ne peut pas aucunement entraîner l'adhésion sans discussion. En premier lieu, la place de la France dans les classements internationaux fondés sur les seuls résultats macroéconomiques n'est pas mauvaise. Pour la productivité du travail, nous sommes au troisième rang européen. Lors de la reprise des années 1997 à 2000, la France a fait figure de championne du monde des créations d'emplois, montrant par là une flexibilité des embauches au moins aussi forte qu'aux États-Unis. Certes le chômage a moins diminué que chez certains de nos voisins mais le taux d'emploi a augmenté régulièrement du fait de l'extension du travail féminin alors que dans d'autres pays, notamment les pays scandinaves, la baisse du chômage résultait avant tout d'une faible croissance de la population active⁽²⁾. Enfin du point de vue de la cohésion sociale, les indicateurs structurels de la Commission européenne sont assez favorables à la France : en particulier, le risque de pauvreté après transferts sociaux y est l'un des plus faibles d'Europe.

S'agissant de la rigidité du marché du travail, contredite par l'observation des volumes de création d'emploi, les indicateurs utilisés censés caractériser les institutions du marché du travail, restent des plus contestables. En particulier il n'est pas possible de comparer sans précautions comme le fait l'Ocde, des systèmes juridiques d'inspiration très différente que ceux des pays anglo-saxons dits de *common law* et ceux des pays latins comme la France dits de *loi civile*. Dans le premier cas, la protection des salariés repose sur la législation anti-discrimination et des dispositions, parfois implicites, qui imposent à l'employeur un comportement « loyal » et/ou conforme à la morale. Dans le cas français la loi explicite précisément les droits et les devoirs de chacun. Elle peut en conséquence paraître plus « rigide »

(2) Voir l'analyse de l'évolution du chômage dans huit pays européens présentée dans OFCE (2008) : « Emploi des seniors : les leçons des pays de réussite », *Revue de l'OFCE*, n° 106, juillet.

alors qu'elle n'impose pas nécessairement davantage de contraintes aux gestionnaires privés. Pour comparer, sans biais, des systèmes juridiques d'inspiration différente il faut s'appuyer sur la méthode des équivalents fonctionnels qui fait correspondre à chaque cas concret (licenciement économique, traitement des salariés âgés, etc.) une estimation des coûts, des délais et des risques juridiques encourus. Ainsi les procédures de licenciement en Grande Bretagne apparaissent singulièrement complexes, quand on intègre l'ensemble des dispositions qui comprennent une phase de concertation préalable, et elles sont en réalité plus contraignantes que dans le système français⁽³⁾. Il résulte de leur caractère simpliste que les indicateurs de rigidité couramment utilisés, sont très contestables. Pour ne prendre qu'un exemple on peut citer le cas des indicateurs de rigidité du marché du travail retenus pour établir le classement annuel des pays selon les critères « *Doing Business* » de la Banque mondiale et qui ont été contestés par l'OIT⁽⁴⁾. La Banque a constitué sur cette question un groupe d'évaluation indépendant qui, s'il valide la démarche globale de *Doing Business*, n'en constate pas moins que son utilisation est souvent abusive, alors que par exemple aucune relation significative n'a pu être établie entre l'indicateur « embauche de travailleur » de *Doing Business* et l'emploi⁽⁵⁾.

Plus encore, les travaux empiriques utilisés à l'appui de ces thèses se sont révélés des plus fragiles, pour ne pas dire plus. Il est aujourd'hui généralement admis qu'aucune conclusion robuste ne peut être issue de ces travaux⁽⁶⁾.

Il est dommage que la justification de réformes par ailleurs fondées et raisonnables, repose sur des travaux aussi approximatifs à la fois quant aux données qu'ils utilisent et aux conclusions auxquels ils parviennent⁽⁷⁾.

(3) Cf., pour une analyse comparée du droit de licenciement et un point de vue critique sur les indicateurs courants de la rigidité des marchés du travail, Évelyne Serverin et al. (2008) : « Évaluer le droit du licenciement. Comparaison des droits et des procédures, mesure des actions », *Revue de l'OFCE*, n° 107, octobre.

(4) Cf. le document du BIT GB300/4/1/2007, soumis au Conseil d'administration de novembre 2007.

(5) Groupe d'évaluation indépendant (2008) : « *Doing Business* une évaluation indépendante », Banque mondiale. Disponible sur http://siteresources.worldbank.org/EXTDOIBUS/Resources/db_evaluation_fr.pdf

(6) Cf., notamment, « The Unemployment Volatility Puzzle: Is Wage Stickiness the Answer? », The Walras-Bowley Lecture, North American Summer Meetings of the Econometric Society, Duke University, 21-24 juin 2007, *Econometrica*, à paraître.

(7) Cf. Jean-Paul Fitoussi (2002) : « Comments on Nickell, Nunziata, Ochel and Quintini » in *Knowledge, Information, and Expectations in Modern Macroeconomics*, Aghion, Frydman, Stiglitz et Woodford (eds), Princeton University Press, pp. 432-440.

2. Le tripartisme en question

Le rapport propose une extension du champ et le renforcement du paritarisme pour améliorer l'adaptation du droit et des politiques sociales aux réalités économiques et sociales. Ce faisant il propose aussi de restreindre aux grands principes et à la régulation d'ensemble, le rôle de l'État. Si l'on peut facilement adhérer à l'idée que, sous la supervision et le contrôle de l'État, les partenaires sociaux sont à même de trouver les bons compromis en matière de règles d'emploi, de salaires ou de règlement des conflits, ceci ne conduit pas à rejeter toutes les interventions publiques étatiques directes. La prise en charge des pauvres ou des chômeurs qui ne sont plus indemnisés incombe à l'État. Dans le système de relations sociales qui est proposé, il lui revient de représenter les intérêts de ceux qui sont aux frontières du marché du travail : les chômeurs de longue durée, les handicapés et en général de tous ceux qui sont, par nature, en dehors de l'emploi, et donc du champ des entreprises comme de celui des syndicats. La première mission de l'État à l'égard des chômeurs est d'assurer par une politique macroéconomique volontaire que l'on ne s'écarte pas trop du plein emploi. Mais, il lui faut aussi prendre en charge directement ceux qui sont rejetés par la gestion paritaire. Ainsi, en France, l'assurance chômage est traditionnellement gérée par les partenaires sociaux « en tête à tête » sous une contrainte d'équilibre des comptes. Il en résulte une politique procyclique très nette qui réduit la générosité du système lors des périodes de faible activité économique et qui l'augmente lors des périodes de croissance⁽⁸⁾. Cette situation peu satisfaisante, conduit à faire varier la charge de l'État de manière assez incohérente. Surtout, elle conduit à l'affaiblissement de la protection des salariés lorsque le besoin de protection augmente, et de ce fait à réduire les stabilisateurs automatiques. Seule une gestion tripartite de l'assurance chômage permettrait la prise en compte satisfaisante des intérêts de ceux qui ne peuvent être représentés que par l'État.

En général, en matière de protection sociale, le besoin de coordination des systèmes professionnels paritaires et des systèmes universels étatiques est de plus en plus important. Sans concertation poussée on arrive assez vite à des évolutions très insatisfaisantes. Ainsi, en matière d'assurance-maladie, c'est l'État qui a tendance à rejeter sur les organismes complémentaires le financement de la hausse du coût de la santé. En matière de retraite, l'articulation du régime général et des régimes complémentaires est très mauvaise. Il est ainsi pratiquement impossible de mettre en œuvre la disposition de la loi de 2003 fixant une retraite minimale (80 % du SMIC pour les salariés à temps plein ayant effectué une carrière complète).

De même en matière de formation, l'articulation entre la formation initiale et la formation professionnelle implique une discussion entre les trois partenaires de la vie sociale : État-entreprises-syndicats.

(8) Voir Gérard Cornilleau et Mireille Elbaum (2009) : « Indemnisation du chômage. Une occasion manquée face à la crise ? », *La Lettre de l'OFCE*, n° 307, février.

Toutes ces questions supposent pour être résolues une organisation tripartite des négociations sociales. C'est d'ailleurs schématiquement l'organisation qui prévaut dans les pays scandinaves cités en exemple pour la qualité de leur gouvernance sociale. Le recul de la fonction réglementaire de l'État ne devrait donc pas se traduire par son éviction du champ de la négociation. Au contraire, sa présence à la table des discussions est indispensable, non seulement pour assurer la régulation d'ensemble du système, mais aussi pour en garantir la cohérence et l'efficacité.

3. Ne pas perdre de vue la cohérence du modèle social

Lorsque j'avais étudié avec Olivier Passet pour le CAE la contribution des institutions à l'explication du chômage⁽⁹⁾ nous avons soutenu que le rôle des institutions était certainement exagéré, alors même que c'était leur cohérence qui importait le plus. C'est le compromis résultant du débat politique qui est essentiel : il conduit à une certaine architecture institutionnelle qui inclue naturellement le mode de régulation macroéconomique dont la contribution à l'efficacité économique et sociale reste fondamentale. Deux conclusions se dégagent de cette analyse : les institutions ne peuvent pas être considérées comme exogènes et modifiables de manière discrétionnaire. Elles résultent du comportement des agents et ne font souvent que formaliser des pratiques préalables ou répondre à des demandes sociales. En second lieu, la comparaison des modèles de pays met clairement en évidence l'importance de la cohérence institutionnelle.

Un « modèle » peut être caractérisé par au moins cinq éléments : le nombre et la qualité des biens et services publics ; le système d'assurance et de protection sociales ; les négociations sociales ; les systèmes de régulation des marchés et de gouvernance d'entreprise ; le mode de gouvernement de l'activité. Ces différentes dimensions sont interdépendantes. Un niveau d'activité élevé facilite le financement des services publics et de la protection sociale, qui eux-mêmes contribuent à accroître la productivité globale de l'économie et donc le niveau d'activité.

En France, au cours des dernières années, la composante de solidarité du système de protection sociale n'a cessé de croître sous l'effet du chômage de masse : déplafonnement des cotisations sociales, création du RMI, de la CSG et de la CMU, baisse des cotisations sur les bas salaires, prime pour l'emploi. De régressif au début des années quatre-vingt, le financement du système est devenu progressif. La protection et le droit du travail ont aussi connu des changements significatifs : suppression de l'autorisation administrative de licenciement, CDD et intérim, réduction-annualisation de la durée du travail.

(9) Voir Jean-Paul Fitoussi et Olivier Passet, op.cit.

Conformément à la tradition française l'État ne pouvait pas se désintéresser des négociations sociales, et l'affaiblissement des syndicats sous l'effet du chômage et de la précarisation du travail a rendu son intervention encore plus nécessaire.

D'autre part, les systèmes de régulation des marchés et de gouvernance d'entreprise ont connu une mutation radicale, le premier sous la férule de la Commission européenne, le second sous la tutelle des marchés financiers. Près de 30 % du capital des entreprises françaises sont détenus par des non-résidents – et plus de 40 % pour les entreprises du CAC 40. La gouvernance des entreprises françaises ne pouvait que s'adapter à cette évolution et tendre comme ailleurs à privilégier l'une des parties prenantes, les actionnaires. La diligence de la Commission rend plus difficile l'intervention de l'État dans le secteur des entreprises, la politique industrielle ne faisant pas bon ménage avec la politique de la concurrence, surtout lorsqu'elle lui est subordonnée.

Enfin, le mode de gouvernement de l'activité économique est la caractéristique du modèle qui a connu la plus grande révolution avec la monnaie unique et le pacte de stabilité qui ne permettent plus vraiment que la détermination du *policy mix* (taux d'intérêt, taux de change, solde budgétaire) et donc la gestion de l'activité économique s'effectuent à l'échelle des nations.

Le modèle français a fait le choix de la solidarité, comme le montre l'évolution de ses services publics et de sa protection sociale. Mais le bouleversement des trois autres éléments a affaibli sa cohérence.

Moderniser les relations sociales peut faire partie d'un projet visant à restaurer cette cohérence perdue. En renforçant les syndicats elle peut améliorer la cohésion sociale, mais ceci ne peut pas se produire sans une forte croissance qui rééquilibre les rapports de force et permette de dégager les marges de manœuvre financières nécessaires au maintien d'un haut niveau de protection sociale, autre élément structurel fondamental du compromis social français.

Les difficultés du modèle français comme celui de nombre d'autres pays européens tiennent ainsi à l'absence de cohérence dans la gestion de l'interdépendance entre les caractéristiques de leurs systèmes. Avec la crise, la tentation est grande de chercher pays par pays, des solutions non coopératives fondées sur la concurrence sociale et fiscale. Négociées par des partenaires sociaux rationnels ces solutions conduiraient naturellement à l'affaiblissement de tous. Aujourd'hui la cohérence du modèle social français et européen implique que l'on mobilise les politiques industrielles et de croissance à l'échelle européenne. Sans cet élément fondamental toutes les réformes institutionnelles, quelle que soit leur qualité intrinsèque, ne permettront pas d'élever le niveau de l'efficacité économique.

La crise a servi de laboratoire pour tester le modèle français. Certes, on ne sait pas vraiment de quoi demain sera fait, mais il n'en demeure pas

moins que si l'économie française a beaucoup mieux résisté à la tourmente que les autres grandes économies européennes – le PIB français ne devrait baisser « que » de 2,5 % en 2009 contre plus de 4 % pour celui de la zone euro –, c'est peut-être que le système de protection sociale français a joué, mieux que les autres, un rôle d'amortisseur.

Complément A

L'évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en matière de licenciement pour motif économique

Claire Beaumeister

Introduction

Le droit du licenciement économique a considérablement évolué depuis sa création. Aussi, se pose la question de savoir comment se définit le motif économique ?

Selon l'article L1233-3 du Code du travail « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». Il a pour principale caractéristique d'être non inhérent à la personne du salarié. Si cette condition est respectée, le licenciement économique, pour être licite, doit comporter une cause réelle et sérieuse. Selon l'article L1233-3 du Code du travail, la cause réelle et sérieuse est constituée s'il existe un motif économique et un élément matériel. La loi précise qu'un licenciement économique ne peut intervenir qu'en présence « de difficultés économiques ou de mutations technologiques ». Seuls ces deux motifs sont mentionnés par la loi comme constituant un motif économique. Par ailleurs, le

Ce complément a été réalisé lors d'un stage, dans le cadre du cursus universitaire, chez Jacques Barthélémy & Associés.

motif économique invoqué par l'employeur doit avoir des conséquences sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié. Ces conséquences, constituant l'élément matériel, se manifestent selon la loi par « la suppression ou la transformation ou la modification du contrat de travail ».

La loi a également encadré les licenciements économiques collectifs. Le législateur a créé l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un « plan de sauvegarde de l'emploi » dès lors qu'un projet de licenciement concerne dix salariés ou plus sur une même période de trente jours dans les entreprises de plus de cinquante salariés (article L1233-61 du Code du travail).

Les litiges relatifs à des licenciements économiques représentent un peu moins d'un tiers des litiges présentés devant les juges concernant les licenciements en général. Par ailleurs, moins de 10 % des litiges présentés devant la Chambre sociale ont trait à un plan de sauvegarde de l'emploi. En moyenne, la moitié des litiges portés devant la Chambre sociale fait l'objet d'une cassation partielle ou totale et les taux de cassation les plus élevés concernent les litiges portant sur des problèmes de procédure lors de la mise en œuvre du licenciement économique.

Depuis plusieurs années la Chambre sociale de la Cour de Cassation (Cass. soc.) a fait l'objet de nombreuses critiques. Pour Cahuc et Cacillo (2007)^(*), les juges ont considérablement limité les possibilités de recours au licenciement économique et constitueraient ainsi un frein à l'efficacité économique. Aussi doit-on se demander si la jurisprudence a pris des distances avec la loi, réduisant le champ du licenciement économique ?

Par principe la Cour de Cassation est liée par la loi. Elle ne peut aller au-delà de cette dernière étant donné qu'elle ne peut se prononcer qu'en fonction des moyens juridiques qui lui sont présentés. Cette limitation de pouvoirs résulte de l'article 604 du Code de procédure civile, au terme duquel : « Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Cependant le droit du licenciement économique permet aux juges d'introduire de nouveaux motifs, ceci du fait de l'adverbe « notamment ». L'apparition de deux nouveaux motifs économiques, à savoir la cessation d'activité et la réorganisation pour la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, est donc autorisée par la loi elle-même.

Pour autant, la jurisprudence a-t-elle pris des distances avec la définition du motif économique ? Une analyse de l'évolution de la jurisprudence semble nécessaire.

(*) Cahuc P. et S. Carcillo (2007) : « Que peut-on attendre de l'interdiction de licencier pour améliorer la compétitivité des entreprises ? », *Revue économique*, vol. 58, n° 6.

1. L'appréciation des choix de gestion de l'employeur par les juges

À l'origine, le régime du licenciement pour motif économique est un régime strictement encadré. Une autorisation administrative préalable a même été nécessaire de 1975 à 1987. Cet encadrement est apparu assez vite inefficace donc contraignant. Il a été supprimé par les lois du 3 juillet 1986 et du 30 décembre 1986.

De même l'immixtion des juges dans les choix de gestion de l'employeur, possible à l'origine, est apparue également inappropriée. La Chambre sociale de la Cour de cassation a de ce fait procédé à un « revirement de jurisprudence » à travers l'arrêt SAT du 8 décembre 2000 (cf. encadré 1). Il ressort de cette décision que les juges ne doivent pas s'attacher à la pertinence du motif économique invoqué. Lorsque la compétitivité est menacée, les licenciements sont possibles, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des autres options limitant le nombre de licenciements pourtant envisagés par l'employeur, mais non retenues par lui.

1. Arrêt SAT, Cour de cassation, Assemblée plénière, 8 décembre 2000, pourvoi n° 97-44219

La Cour de cassation a décidé que : « attendu que pour décider que les licenciements étaient dépourvus de cause économique réelle et sérieuse, la cour d'appel a retenu que la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité étant assurés dans les trois hypothèses envisagées de réorganisation, l'entreprise en choisissant la solution du regroupement d'activités à Montereau et de la fermeture du site de Riom n'a pas intégré dans ses calculs, comme elle en avait cependant l'obligation, le concept de préservation de l'emploi et a donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise ;

Attendu, cependant, que les licenciements ont une cause économique réelle et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emplois, est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors, d'une part, qu'elle reconnaissait que cette condition était remplie dans les trois hypothèses de réorganisation envisagées initialement par l'employeur, alors, d'autre part, qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

La Cour de cassation a par la suite précisé qu'il n'appartient pas au juge d'apprécier les choix économiques qui ont conduit l'employeur à engager une procédure de licenciement (Cass. soc., 3 octobre 2001, n° 00-15.267).

Cette jurisprudence réduit le contrôle judiciaire à l'existence d'une compétitivité menacée et non à la justification des licenciements prononcés. La solution issue de l'arrêt SAT a par la suite été confirmée par la Chambre sociale à plusieurs occasions (Cass. soc., 8 novembre 2005, n° 03-45.035 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté la réalité des difficultés économiques de la société Azur Hygiène, la cour d'appel, qui ne pouvait porter une appréciation sur le choix fait par l'employeur de racheter le fonds de commerce au sein duquel travaillait le salarié dont il était contraint de poursuivre le contrat en application de l'article L122-12, alinéa 2, du Code du travail, lequel ne lui faisait pas interdiction de procéder à son licenciement économique pour une cause réelle et sérieuse, a violé les textes susvisés ») mais aussi reprise par le Conseil constitutionnel en 2002 qui a considéré que le juge ne peut pas se substituer à l'employeur « quant aux choix entre les diverses solutions possibles ».

Ce revirement jurisprudentiel marque une première évolution de la Cour de cassation. Elle ne peut plus désormais contrôler l'opportunité des choix de gestion de l'employeur. Aussi, seuls les juges du fond peuvent encore exercer un « contrôle léger » des choix de l'employeur. Ce contrôle s'opère lors du contrôle de causalité qui consiste à vérifier le caractère « sérieux » de la cause économique, ce qui implique un contrôle de proportionnalité entre la cause et ses effets sur l'emploi ou le contrat de travail (Cass. soc., 26 octobre 2004, n° 02-42996). Il s'opère aussi lorsque les juges du fond vérifient que la situation économique invoquée ne résulte pas d'une légèreté blâmable de l'employeur, en effet, si cette légèreté est démontrée, la cause réelle et sérieuse est écartée et cela même si les difficultés économiques sont sérieuses.

La Chambre sociale semble ainsi revenir à ce qui est strictement prévu par la loi en accordant une réelle indépendance à l'employeur pour ce qui concerne les choix de gestion.

Un arrêt du 20 juin 2007 rappelle que les juges du fond doivent seulement vérifier que la réorganisation invoquée à l'appui des licenciements économiques est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité : « ils ne peuvent arbitrer entre les différentes possibilités de réorganisation d'une entreprise » (Cass. soc., 20 juin 2007, n° 05-45924, voir également Cass. soc., 29 avril 2009, n° 07-44.116 et Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-40.046). La seule exception qui subsiste encore est celle de la légèreté blâmable (Soc., 16 janvier 2001, Bull., V, n° 10). Selon la jurisprudence, la légèreté blâmable suppose « une décision prise de manière inconsidérée par l'employeur en dépit des conséquences graves qu'elle peut entraîner et doit être distinguée de la simple erreur d'appréciation du chef d'entreprise dont les prévisions peuvent être déjouées par les aléas de la vie économique ».

2. La définition du motif économique

Selon la loi le motif économique est constitué par des « difficultés économiques ou des mutations technologiques ». L'appréciation de ces deux motifs n'a pas connu d'évolution jurisprudentielle majeure. Il en est autrement du motif créé par la Chambre sociale elle-même, à savoir la « réorganisation pour la sauvegarde de la compétitivité ».

2.1. Les difficultés économiques

Aucune définition de la notion de « difficulté économique » n'a été donnée, que ce soit par la loi ou par la jurisprudence. La jurisprudence a seulement précisé que ces difficultés doivent être réelles (Cass. soc., 12 novembre 1997, n° 95-42148) et *a fortiori* constituer la véritable raison du licenciement (Cass. soc., 7 janvier 1998, n° 95-43134).

Les difficultés économiques sont appréciées par les juges du fond. La Chambre sociale ne vérifie à aucun moment si les difficultés économiques sont suffisamment sérieuses pour justifier la suppression ou la modification du contrat de travail. Elle exerce seulement un contrôle de motivation, s'assurant que les constatations faites par les juges du fond sont de nature à entraîner la solution retenue. Ceci explique que la notion même de « difficultés économiques » n'a pas fait l'objet d'évolution jurisprudentielle majeure.

Ce motif a davantage suscité l'intérêt en ce qui concerne son cadre d'appréciation. Selon la Chambre sociale, l'appréciation des difficultés économiques invoquées par l'employeur s'effectue à la date de la notification du licenciement (Cass. soc., 2 avril 1998, n° 96-40766). Ainsi, les difficultés économiques ne peuvent résulter uniquement de prévisions et cela même si elles sont confirmées ultérieurement (Cass. soc., 26 février 1992, n° 90-41247).

Néanmoins, la jurisprudence a considéré autrement ces difficultés économiques lorsque celles-ci sont invoquées dans le cadre du motif de sauvegarde de la compétitivité. Il a été jugé que l'employeur peut tenir compte de l'évolution postérieure au licenciement mais prévisible à la date de celui-ci, pour réorganiser valablement l'entreprise, à condition toutefois que la compétitivité de l'entreprise soit en cause (Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-40898). Par ce biais le domaine d'application des difficultés économiques a pu être étendu, le motif de la réorganisation n'impliquant pas l'existence de difficultés économiques actuelles. Seules les difficultés économiques, en tant que motif autonome, doivent toujours être appréciées à la date du licenciement. Par ailleurs, le secteur d'activité à prendre en compte pour apprécier les difficultés économiques a également fait l'objet de nombreuses précisions par la jurisprudence de la Chambre sociale. Il est désormais admis que les difficultés économiques s'apprécient dans le secteur d'activité du groupe auquel elle appartient si l'entreprise appartient à un groupe (Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-43866). Le groupe ne se limite pas aux sociétés et

entreprises se trouvant sur le territoire national (Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41751). Il faut donc tenir compte des résultats du secteur d'activité à l'étranger (Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41839). Mais la Cour de cassation n'a toujours pas tranché le débat sur la manière d'apprécier le secteur d'activité, seul le dépassement du cadre national ayant été retenu.

2.2. Les mutations technologiques

Le motif des mutations technologiques est expressément prévu par l'article L1233-3 du Code du travail, son bien fondé est admis par la Cour de cassation (Cass. soc., 2 juin 1993, n° 90-44956).

Il est de jurisprudence constante que ce motif est caractérisé par l'introduction d'une nouvelle technologie (Cass. soc., 15 mars 1994, n° 92-43612) ou encore par un changement du matériel informatique et de nouveaux logiciels entraînant une suppression d'emploi (Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43022).

Par ailleurs, il convient de relever que la Cour de cassation semble vouloir laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond si le motif de mutation technologique est constitué ou non (Cass. soc., 13 mai 2003, n° 00-46766). En effet dans ce litige, la Cour de cassation renvoie à l'appréciation des juges du fond pour savoir si un changement de progiciel ou de logiciel constitue une « innovation technologique » au sens de l'article L1233-3 du Code du travail.

Pour la jurisprudence la mutation technologique constitue une cause économique de licenciement même si la compétitivité de l'entreprise n'est pas menacée (Cass. soc., 9 octobre 2002, n° 00-44069). L'autonomie de ce motif est donc confirmée par la Chambre sociale, conformément à ce qui est prévu par la loi.

2.3. La réorganisation pour la sauvegarde de la compétitivité

Ces dernières années ont marqué l'avènement de la notion de compétitivité dans le droit du licenciement pour motif économique. Création jurisprudentielle laissée possible par la loi, la réorganisation de l'entreprise a été reconnue comme un motif de licenciement économique en 1992. La Cour de cassation jugeait qu'un ou plusieurs licenciements pouvaient être justifiés par la réorganisation décidée dans l'intérêt de l'entreprise (Cass. soc., 1^{er} avril 1992, *Bulletin civil*, 1992, V, n° 223). Son contrôle était alors limité et la Cour de cassation a eu seulement à quelques occasions l'opportunité de dire dans quels cas la décision de réorganisation était justifiée par l'intérêt de l'entreprise (Soc., 11 juillet 1994, n° 90-44200).

Ce motif a pris une réelle autonomie par la modification de la position de la jurisprudence. La Chambre sociale a précisé à travers les arrêts « Vidéocolor » et « TRW Répa » 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 du groupe dont relève l'entreprise » (Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42690). En conséquence, la réorganisation fonde un licenciement économique si elle permet de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient (Assemblée plénière, Cour de cassation, 8 décembre 2000, n° 97-44219).

La réorganisation peut être une cause quand elle se suffit à elle-même, auquel cas elle doit être nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise pour que le licenciement économique soit fondé. Mais elle peut être seulement un moyen lorsque la réorganisation de l'entreprise par l'employeur n'est que la conséquence de difficultés économiques ou de mutations technologiques qui constituent alors la véritable cause du licenciement, les difficultés économiques ou mutations technologiques devant alors être caractérisées pour apprécier le bien fondé du licenciement. Cette double nature avait été énoncée par la Chambre sociale dès 1999 : « Qu'une réorganisation, lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, ne peut constituer une cause économique de licenciement que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise » (Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-42979).

L'évolution ne s'est pas arrêtée là. La Chambre sociale a par la suite précisé que le contrôle des juges ne doit pas se limiter à la recherche d'une amélioration des performances de l'entreprise car le licenciement doit être nécessaire à la sauvegarde d'une compétitivité réellement menacée (Cass. soc., 29 janvier 2003, n° 00-44962, *Revue de jurisprudence sociale*, 2003, n° 428 et Cass. soc., 20 juin 2007, n° 05-45924). *A contrario*, il n'est pas nécessaire que le licenciement soit « indispensable » à cette sauvegarde car le juge ne doit pas substituer son appréciation des choix de gestion à celle de l'entrepreneur (arrêt « SAT », Assemblée plénière, Cour de cassation, 8 décembre 2000, n° 97-44219). Ainsi, les juges du fond doivent systématiquement vérifier que la réorganisation intervenue répond bien à l'impératif de sauvegarde de la compétitivité invoqué (Cass. soc., 29 avril 2009, n° 08-41048).

En 2006, la Chambre sociale a franchi une nouvelle étape en se prononçant sur l'appréciation dans le temps des menaces qui pèsent sur l'entreprise.

La société « Pages jaunes » appartenant au groupe France Télécom avait mis en place en novembre 2001 un projet de réorganisation afin d'assurer la transition entre les produits traditionnels (annuaire papier, minitel) et ceux liés aux nouvelles technologies de l'information (Internet, mobile...) qu'elle jugeait indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, compte tenu de l'évolution technologique et de son environnement concurrentiel. Aussi était posée la question de savoir si la prévention de difficultés à venir par une entreprise, qui ne connaissait pas de difficultés financières particulières, pouvait justifier une réorganisation susceptible d'entraîner des licenciements.

2. Arrêt société « Pages jaunes », Cour de cassation, Chambre sociale, 11 janvier 2006, pourvoi n° 05-40977

La Cour de cassation a alors décidé que « la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, et que répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ; que la modification des contrats de travail résultant de cette réorganisation ont eux-mêmes une cause économique ».

Par conséquent il était pour la première fois considéré que la réorganisation n'implique pas nécessairement l'existence de difficultés économiques. La réorganisation de l'entreprise peut être « préventive » si l'employeur démontre que s'il n'agit pas, les conséquences futures seront plus importantes sur l'avenir de l'entreprise et les emplois. En outre, cet arrêt a le mérite de fournir des éléments concrets de différenciation entre le motif de la sauvegarde de la compétitivité et le motif des difficultés économiques ; de cette jurisprudence se dégage l'idée que ce qui peut justifier des licenciements hors toute difficulté économique ou mutation technologique ce sont des difficultés économiques prévisibles et qu'il s'agit de les prévenir, par une mesure d'anticipation, en limitant leurs conséquences futures sur l'emploi.

La Chambre sociale s'est ici placée dans la situation d'une réorganisation de l'entreprise et non dans celle d'une « suppression, transformation d'emploi ou modification du contrat de travail » consécutive à des difficultés économiques. Or, il était déjà admis que dans l'hypothèse d'une réorganisation en vue de la sauvegarde de la compétitivité, l'existence de difficultés économiques actuelles n'est pas requise. Les juges doivent seulement s'assurer que la réorganisation est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité. Cet arrêt contribue à préciser le concept de « sauvegarde de la compétitivité ». En cas de contestation, l'employeur devra produire des éléments démontrant que, s'il n'avait pas pris des mesures de réorganisation impliquant des licenciements, la situation de l'entreprise se serait dégradée au point d'imposer des mesures plus graves, en termes d'emploi.

Ainsi, l'arrêt société « Pages jaunes » consacre un élargissement du champ du motif économique de licenciement et semble matérialiser la prise de conscience de la Chambre sociale de la nécessité d'encourager l'anticipation afin d'assurer l'efficacité économique.

De nombreux arrêts rappellent par la suite les principes. Par exemple, dans ce cas du secteur de la mode enfantine, la décision de la Chambre sociale du 31 mai 2006 (Cass. soc., n° 04-47376) réaffirme la nécessité d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise, ce qui au passage n'avait

pas été remis en cause par l'arrêt société « Pages jaunes ». En l'espèce, la salariée contestait la cause économique de son licenciement au motif que son entreprise dégageait des bénéfices au jour de son licenciement. Pour la cour d'appel d'Angers, même si le groupe auquel appartenait l'entreprise dégageait des bénéfices, « le caractère hautement concurrentiel du secteur de la mode enfantine impose un degré d'innovation postulant l'existence de marges d'un certain niveau ». Mais la Chambre sociale a censuré la cour d'appel et retient que : « Attendu cependant qu'une réorganisation de l'entreprise ne constitue un motif de licenciement que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe dont elle relève, en prévenant des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi ; qu'en statuant comme elle l'a fait, par des motifs d'ordre général impropres à caractériser l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont relevait l'entreprise, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». En d'autres termes, la recherche d'amélioration des marges pour pouvoir innover dans un marché fortement concurrentiel n'est pas suffisante pour démontrer qu'il y a danger.

Cette solution rappelle que la sauvegarde de la compétitivité doit être différenciée de la simple recherche d'une amélioration des performances. La réorganisation doit s'avérer nécessaire et l'entreprise doit démontrer qu'il y a des dangers en perspective qui l'amènent à anticiper pour préserver des emplois. Autrement dit, les dangers à venir doivent être prévisibles. Mais cet arrêt confirme bien la position énoncée dans l'arrêt société « Pages jaunes » affirmant que la réorganisation n'est pas subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement. Et que répond au critère de sauvegarde de la compétitivité la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi. En outre, l'arrêt du 31 mai 2006 étend le domaine d'application de la jurisprudence « Pages jaunes » en précisant que la réorganisation destinée à prévenir des difficultés à venir ne doit pas trouver nécessairement son origine dans des mutations technologiques.

Est également intéressante la décision de la Cour de cassation en date du 17 décembre 2008 qui rappelle que la « réorganisation pour la sauvegarde de la compétitivité » est un motif autonome des « difficultés économiques ». De même, s'agissant de la méthode d'interprétation suivie par les juges du fond, qui ont dans un premier temps constaté la dégradation du résultat d'exploitation pendant les deux exercices précédant le licenciement, puis relevé la poursuite de la baisse des résultats postérieurs à la date de rupture ; ils ont pu estimer que « le licenciement peut être motivé par une dégradation future des résultats, lorsque l'entreprise a de justes motifs de la prévoir et qu'elle s'est révélée exacte ». Et que « la dégradation si elle ne caractérise pas des difficultés économiques, établit en revanche qu'il était nécessaire de réorganiser l'activité pour sauvegarder la compétitivité qui était menacée ». La Chambre sociale a approuvé la démarche des juges du fond.

L'existence de menaces sur la compétitivité de l'entreprise est toujours requise à la date du licenciement (dans le même sens, Cass. soc., 14 janvier 2009, n° 07-42708). En outre la distinction entre la réorganisation et les difficultés économiques est à nouveau affirmée, puisqu'une dégradation des résultats constitue bien en l'espèce une telle menace alors qu'il est de jurisprudence constante qu'elle ne caractérise pas des difficultés économiques justifiant le licenciement pour motif économique (Cass. soc., 6 juillet 1999, n° 97-41036, *Bulletin civil*, 1999, V, n° 327).

Ces différents arrêts démontrent l'évolution de la jurisprudence. Les préoccupations économiques et les problématiques que rencontrent les employeurs sont prises en compte.

3. Évolution jurisprudentielle des obligations préventives à la charge de l'employeur

Alors que la Chambre sociale semble plus souple dans l'appréciation du motif économique, il apparaît qu'elle est au contraire plus rigoureuse dans le contrôle de l'appréciation des obligations qui pèsent en amont sur l'employeur. Cette exigence se démontre classiquement à travers le formalisme de la lettre de licenciement. Mais elle a également renforcé son contrôle en ce qui concerne l'obligation de reclassement et, plus récemment, pour ce qui a trait à la gestion prévisionnelle des emplois.

3.1. La motivation de la lettre de licenciement

La lettre de licenciement a suscité de nombreuses décisions jurisprudentielles. Problèmes de formalisme, la Cour de cassation a trouvé ici un moyen pour s'assurer que les obligations incombant en amont à l'employeur ont bien été respectées. Ceci a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle qu'il convient de présenter.

La lettre de licenciement doit expressément faire apparaître dans sa motivation l'élément causal et l'incidence de cet élément sur l'emploi ou le contrat de travail. Ainsi elle doit comporter non seulement l'énonciation des difficultés économiques, des mutations technologiques ou de la réorganisation de l'entreprise mais également l'énonciation des incidences sur l'emploi ou le contrat de travail du salarié. Ce principe fait l'objet d'une jurisprudence constante (Cass. soc., 30 avril 1997, n° 94-42154, *Bulletin civil*, 1997, V, n° 150, Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-40625, Cass. soc., 26 septembre 2007, n° 05-45665, Cass. soc., 12 février 2008, n° 06-45938, Cass. soc., 28 mai 2008, n° 07-40158, Cass. soc., 29 octobre 2008, n° 07-43545). Eu égard aux conséquences matérielles, la lettre de licenciement doit énoncer expressément si le salarié est licencié par suite d'une suppression, d'une transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail (Cass. soc., 22 février 2000, n° 97-43780, *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, n° 394, Cass. soc., 29 octobre 2003, n° 01-44000,

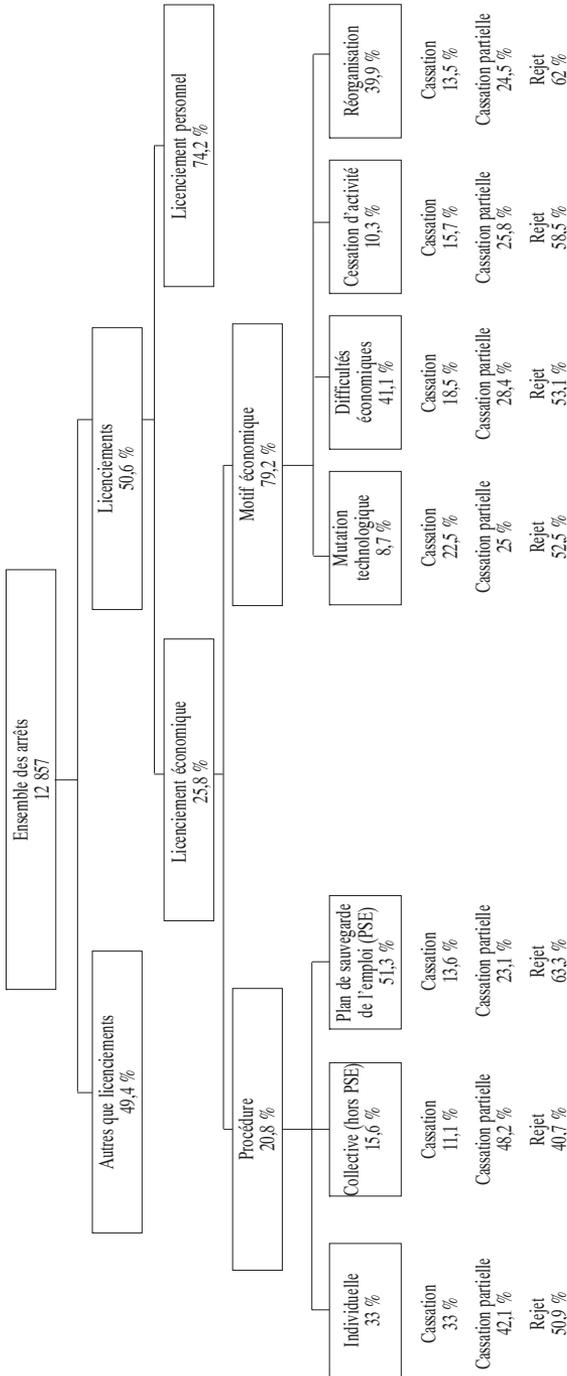
Revue de jurisprudence sociale, 2004, n° 21). La lettre de licenciement doit également individualiser les conséquences de la raison économique à l'attention du salarié qui en est la victime. Il doit identifier la cause économique et son effet sur son emploi ou son contrat de travail. (Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-40214, *Bulletin civil*, 2002, V, n° 200). La Chambre sociale s'assure ainsi que l'employeur a communiqué au salarié, par écrit, les différents éléments qui ont conduit à le licencier.

De plus, le licenciement pour motif économique obéit à un formalisme propre qu'il soit individuel ou collectif. Ainsi pour chaque licenciement pour motif économique une notification sous forme de lettre recommandée avec accusé de réception (LRAR) doit être adressée au salarié (article L1233-15 du Code du travail). Néanmoins, dans un arrêt récent (Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 07-41953), la Chambre sociale a précisé qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer dans la lettre de licenciement la justification (autrement dit la cause) précise de la réorganisation de l'entreprise. En l'espèce, le motif invoqué était « la suppression de son emploi consécutif à la réorganisation du service Pôles de compétences au sein duquel elle exerçait ses fonctions ». Les juges du fond doivent rechercher si la réorganisation invoquée est justifiée par des difficultés économiques, il n'est pas pour autant nécessaire d'indiquer dans la lettre de licenciement la justification précise de la réorganisation de l'entreprise. Or, la réorganisation peut être une cause quand elle se suffit à elle-même auquel cas elle doit être nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise pour que le licenciement économique soit fondé. Mais elle peut également être un moyen quand elle n'est que la conséquence de difficultés économiques ou de mutations technologiques qui constituent alors la véritable cause du licenciement. De ce fait une difficulté apparaît lorsque la lettre de licenciement invoque une suppression d'emploi consécutive à une réorganisation sans viser la nécessité de la sauvegarde de la compétitivité et sans relier expressément la réorganisation à une autre cause de licenciement économique. Par cet arrêt, il semble que le juge doit rechercher si la réorganisation est fondée sur l'une ou l'autre de ces causes possibles. Ceci laisse entrevoir la marge de manœuvre concédée aux employeurs, de telle sorte qu'ils peuvent s'appuyer sur différents motifs. Ceci réduit l'importance des critiques à l'encontre du formalisme de la lettre de licenciement considéré trop strict.

3.2. L'obligation de reclassement

Une obligation de reclassement préalable à tout licenciement économique pèse sur l'employeur qu'il soit individuel ou collectif. L'article L1233-4 du Code du travail précise ainsi que : « Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient.

Décomposition des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 1^{er} janvier 2005 au 20 octobre 2009



Lecture : Une prudence d'usage est nécessaire : les pourcentages sont indiqués à titre indicatif. Certains doubles comptes pouvant les affecter sans pour autant modifier les ordres de grandeur ; Le résultat du nombre d'arrêts concernant la catégorie « Autres que licenciements » a été obtenu en effectuant la différence entre le nombre d'arrêts rendus par la Chambre sociale et le nombre d'arrêts relatifs au « licenciement » ; Le résultat du nombre d'arrêts concernant le « licenciement personnel » a été obtenu par le calcul de la différence entre le nombre d'arrêts relatifs au « licenciement » rendus par la Chambre sociale et les arrêts ayant trait au « licenciement économique » ; Les conséquences de ce double compte se retrouvent dans la distinction des motifs économiques, certains arrêts pouvant être cités plusieurs fois pour différents motifs ; Pour la sous distinction opérée pour les arrêts ayant trait à des problèmes de procédure dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, il convient de préciser que les litiges relatifs à des problèmes de procédure « collective » recouvrent notamment les litiges ayant lieu dans le cadre de procédure de dépôts de bilan.

Source : Calcul de l'auteur à partir la base de données de Légifrance.

Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent. À défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure.

Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises ».

La Chambre sociale a précisé le champ d'application de cette obligation.

En premier lieu, elle rappelle fréquemment que « l'obligation de reclassement est préalable au licenciement, qui, en cas de violation, enlève sa cause économique au licenciement, le rendant dépourvu de cause réelle et sérieuse » (Soc., 6 juillet 1999, n° 96-45665, Bull. 1999, V, n° 333, p. 242). En second lieu, elle identifie les étapes que doit suivre l'employeur afin de respecter son obligation de reclassement. L'employeur doit « rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » (Cass. soc., 21 novembre 2006, n° 05-40656, Baraud et a. c/ société Goodyear Dunlop Tires France). Il convient de « proposer ensuite aux salariés dont le licenciement est envisagé tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut, d'une catégorie inférieure » (article L1233-4 du Code du travail). Cette offre de reclassement doit être précise et écrite.

Ainsi il ne s'agit pas seulement pour l'employeur de collecter les souhaits du salarié et de ne rien offrir si aucun poste ne correspond au choix de ce dernier. Il s'agit au contraire de rechercher tous les postes adéquats au profil du salarié et de s'assurer qu'il bénéficiera de moyens d'adaptation nécessaire (Cass. soc., 18 février 1998, n° 85-45502). C'est seulement lorsque l'employeur présentera au salarié toutes les offres éventuelles que ce dernier pourra dire s'il accepte ou non les différents reclassements proposés.

Néanmoins, l'article L1233-4 du Code du travail ne vise que le reclassement interne, dans le cadre de l'entreprise ou le cas échéant du groupe, comme condition préalable du licenciement économique. En effet, l'obligation de reclassement a pour but d'éviter des licenciements ou d'en limiter le nombre. Aussi *a contrario*, un engagement de reclassement à l'égard des salariés déjà licenciés, ayant pour but de favoriser leur reconversion professionnelle hors de l'entreprise et du groupe, n'entre pas dans les prévisions de l'article L1233-4. Il s'agit davantage d'une mesure d'accompagnement des salariés licenciés que d'une mesure préventive.

L'obligation de reclassement préalable à la charge de l'employeur est manifestement renforcée par la Chambre sociale.

3.3. La gestion prévisionnelle des emplois

Le motif de réorganisation pour la sauvegarde de la compétitivité étant autonome, il n'est pas nécessaire d'invoquer des difficultés économiques ou des mutations technologiques. La Chambre sociale veille seulement à ce

que les modifications du contrat de travail ou les suppressions d'emploi en résultant ne soient pas fondées sur le seul souci d'économie ou d'amélioration de la rentabilité de l'entreprise (Cass. soc., 1^{er} décembre 1999, n° 98-42746, Bull., 1999, V, n° 466, p. 347). En effet une menace sur la compétitivité doit être caractérisée.

Ceci étant, une solution jurisprudentielle mérite attention afin de réaliser encore une fois l'évolution de la Chambre sociale en ce qui concerne les mesures préventives et d'accompagnement des salariés. Dans un arrêt du 21 novembre 2006 (Cass. soc., 21 novembre 2006, n° 05-40656, Baraud et a. c/ société Goodyear Dunlop Tires France), la Chambre sociale a approuvé la décision de la cour d'appel qui a retenu que « l'évolution du marché des pneumatiques, la baisse des prix de ces produits et l'augmentation du coût des matières premières plaçaient l'entreprise dans l'impossibilité de réaliser les investissements qui étaient nécessaires pour remédier à la faible dimension des sites de production par rapport à ceux des concurrents et à la diversification excessive des fabrications » et que cette situation lui imposait de se réorganiser pour pouvoir affronter la concurrence. L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait que la Chambre sociale souligne que cette nouvelle organisation procédait d'une gestion prévisionnelle des emplois. Ainsi se dégage l'idée que cette anticipation relevait d'une obligation de l'employeur, à savoir l'obligation de mettre en place tous les trois ans un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans les entreprises ou groupes qui occupent au moins trois cents salariés. De plus, il n'est pas fait mention dans cet arrêt d'une « menace avérée pesant sur la compétitivité de l'entreprise » mais, au contraire, figure une référence à la gestion prévisionnelle des emplois. La gestion prévisionnelle des emplois semble être présentée comme la source de justification des licenciements.

Par conséquent, une réorganisation procédant d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée à prévenir des difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi semble être jugée nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et du secteur d'activité du groupe. Ainsi le licenciement lui-même est rattaché à la gestion prévisionnelle de l'emploi.

L'arrêt Dunlop paraît s'inscrire pleinement dans le mouvement de mise en avant des obligations préventives à la charge de l'employeur et consacre les conséquences de la mise en place d'une gestion prévisionnelle de l'emploi sur le licenciement pour motif économique.

Cette solution jurisprudentielle est donc importante puisqu'il semble être implicitement affirmé que les exigences relatives à la gestion prévisionnelle de l'emploi ont nécessairement une incidence sur le contrôle du motif économique. Cette solution marque une nouvelle évolution de la Chambre sociale eu égard au régime juridique du licenciement économique.

Conclusion

L'évolution du champ d'application du licenciement économique est frappante. En effet, les juges ont un large pouvoir d'appréciation du fait de l'introduction de l'adverbe « notamment », et donc une marge de manœuvre non négligeable. En outre, le taux de cassation, qu'il soit partiel ou total, représente environ 45 % des pourvois présentés à la Chambre sociale en matière de licenciement économique. Cette donnée est à prendre en compte puisque les conséquences financières peuvent être importantes pour les entreprises, notamment en ce qui concerne l'évaluation du préjudice subi par le salarié et *a fortiori* les différentes indemnités octroyées à ce dernier. Le rôle actif de la Chambre sociale se manifeste principalement par le motif de la « réorganisation pour la sauvegarde de la compétitivité », représentant environ 40 % des arrêts ayant trait à un litige relatif au motif économique. Or, si la Chambre sociale semble s'en tenir strictement à la loi s'agissant des deux motifs créés par cette dernière, le motif de réorganisation laisse un large pouvoir d'appréciation à la Chambre sociale. Par ailleurs, la jurisprudence paraît devenir plus souple, s'agissant des préoccupations économiques, contrairement à ce qui vaut pour le contrôle des obligations préventives qui pèsent en amont sur l'employeur. Pour ce qui concerne les litiges portant sur des problèmes de procédure à titre individuel dans le cadre d'un licenciement économique, le taux de cassation partiel s'élève à plus de 42 %. En conséquence, les problématiques économiques semblent désormais être prises en compte plus concrètement par la Chambre sociale.

Complément B

La médiation prud'homale

Béatrice Blohorn-Brenneur

Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME)

La médiation judiciaire est née d'une pratique prétorienne. Dès 1970, principalement en matière de conflits du travail, des magistrats ont réalisé que la stricte application de la règle de droit ne leur permettait pas toujours de rendre une décision humainement satisfaisante. Parfois, les décisions rendues présentaient des difficultés d'exécution car elles étaient mal acceptées, ou interdisaient toute reprise de relations futures (ce qui pouvait avoir des conséquences particulièrement graves, par exemple, lorsque les parties étaient toujours liées par un contrat de travail ou qu'une condamnation entraînait inévitablement la fermeture de l'entreprise). Ces magistrats ont alors ordonné des médiations dans le cadre de leur mission générale de concilier les parties. C'est cette pratique qui a été consacrée par le législateur en 1995.

La France est l'un des premiers pays européens à s'être doté d'une législation sur la médiation avec la loi du 8 février 1995⁽¹⁾ et son décret d'application du 22 juillet 1996, devenu les articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile.

Le présent complément rappelle les limites de la décision judiciaire (section 1) et indique ensuite ce qu'est la médiation (section 2). L'existence d'un réseau européen de juges pour développer la médiation est enfin évoquée (section 3).

(1) Journal officiel du 9 février 1995.

1. Les limites de la décision judiciaire

Comment ne pas être impressionné par le taux d'appel des décisions des conseils de prud'hommes : 62 %. Ceci revient à dire que dans près de deux tiers des cas, l'institution judiciaire ne donne pas rapidement une solution définitive et satisfaisante aux problèmes dont elle est saisie.

Par ailleurs, dans les dossiers qui présentent un caractère humain, l'application d'une règle de droit rigide ne permet pas toujours de faire disparaître les rancœurs, supprimer les malentendus et rétablir un dialogue. L'avocat va traduire en termes juridiques le mal-être de son client. Mais la souffrance de l'être humain peut-elle être réduite à une équation juridique ?

L'application de la règle de droit relève du prêt-à-porter, la médiation du sur-mesure.

Un conflit est en perpétuelle mutation et la décision judiciaire qui fige le litige ne peut pas toujours être une réponse satisfaisante parce qu'elle tend vers l'immobilisme. Le côté statique du jugement s'éloigne de l'aspect évolutif du conflit humain. Le litige dont est saisi le juge est la traduction juridique d'un cliché photographique d'une situation figée à l'instant T. En médiation, les deux parties vont confronter les deux versions de leur histoire commune pour écrire ensemble le scénario final. Le dynamisme de la médiation transforme le côté statique du jugement.

On pensait que le juge était le mieux placé pour tenter d'amener les parties à rechercher elles-mêmes une solution amiable à leur litige. C'est pourquoi le législateur a, en matière prud'homale, créé une phase obligatoire de conciliation. Cependant, devant les conseils de prud'hommes, dont la nature paritaire⁽²⁾ est adaptée à la conciliation, la moyenne nationale est de 10 %.

L'insuffisance de formation des conseillers prud'hommes à la technique de communication et à la conduite des entretiens est une des causes du faible taux des conciliations⁽³⁾. D'autres raisons tiennent au fait que, submergés de dossiers, ils n'ont pas le temps de prendre une heure ou deux pour régler une affaire par la conciliation. De plus, à l'audience de jugement et même devant le bureau de conciliation, huit fois sur dix l'employeur est absent et seulement représenté par son avocat. Enfin, la conciliation est menée par ceux qui jugeront l'affaire en cas d'échec et il n'y a pas de confidentialité des débats. Les juges savent tout ce qui se dit devant eux et il leur sera difficile, s'ils ne doivent pas juger l'affaire, de ne pas en tenir compte.

Ces points faibles de la conciliation ne se retrouvent pas en médiation.

(2) Les conseillers prud'hommes sont élus par leurs pairs dans deux collèges, employeurs et salariés. Le Bureau de conciliation est composé de deux conseillers prud'hommes (un employeur et un salarié).

(3) En 2002, la section « commerce » du conseil de prud'hommes de Grenoble avait des conseillers prud'hommes formés à la médiation. Ils ont obtenu 30 % de conciliation devant le bureau de conciliation.

2. La médiation, un outil de modernisation de la Justice⁽⁴⁾

Un procès peut être comparé à un iceberg : le juge est saisi d'un dossier qui comprend des preuves et décrit le litige juridique : il correspond à la partie visible de l'iceberg. Le juge ne connaît pas la partie invisible, qui est celle du conflit personnel nourri de rancœur, de malentendus et de non-dits.

Selon l'article 131-1 du Code de procédure civile : « le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance. »

Depuis la loi de 1995, la médiation peut être appliquée dans n'importe quel litige en matière familiale, civile, prud'homale ou commerciale. L'originalité de la mesure est que ce sont les parties elles-mêmes qui vont chercher leur accord, avec l'aide d'une tierce personne. La médiation correspond, selon Guy Canivet (2002), à « une conception moderne de la Justice, une Justice qui observe, qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties, qui préserve le tissu social ».

La médiation offre la possibilité de pacifier le conflit en permettant à chacun d'exprimer ses ressentis et de s'expliquer. Elle responsabilise les parties en leur permettant de trouver elles-mêmes une solution rapide, durable et exécutée volontairement (les accords de médiation ne sont quasiment jamais remis en cause) au plus près des intérêts de chacun. Elle permet à l'être blessé par un licenciement de se reconstruire, de préserver les relations futures, de pacifier le conflit.

2.1. La médiation conventionnelle

Certaines entreprises souhaitaient régler amiablement leurs conflits internes en insérant des clauses de médiation dans les contrats de travail. Mais la pratique était dangereuse si une sanction disciplinaire était envisagée : la médiation ne suspendait pas les délais et, en cas d'échec du processus, aucune sanction disciplinaire ne pouvait plus être prise si la prescription avait joué.

Pour y répondre et se conformer à la Directive européenne du 21 mai 2008⁽⁵⁾, la loi du 17 juin 2008, devenue l'article 2238 du Code civil, a édicté que la médiation suspend la prescription et que le délai recommence à courir, pour

(4) Cf. Blohorn-Brenneur (1998) et Gorchs (2003).

(5) Journal officiel de l'Union européenne du 24 mai 2008, L 136/3.

une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la fin du processus⁽⁶⁾.

La question se pose toujours de savoir si pendant la période de suspension, il demeure possible de recourir au juge des référés. Le médiateur ou le conciliateur n'a pas le pouvoir de prendre les décisions urgentes. Il faudrait donc admettre que le juge des référés reste compétent ce qui éviterait les manœuvres dilatoires.

2.2. La médiation judiciaire en matière prud'homale

Peu d'expériences de médiation ont été menées par les juges en matière prud'homale. Pourtant, c'est peut-être un des domaines qui se prête le mieux à cette mesure, à la condition que cette mesure soit institutionnalisée. La médiation s'effectue sous le contrôle du juge qui n'est pas dessaisi de l'affaire. Le juge trie le contentieux relevant de la médiation, informe les parties sur ce qu'est la médiation, propose la mesure, nomme le médiateur et homologue l'accord. Il juge l'affaire en cas d'échec de la médiation.

2.2.1. Le juge trie le contentieux relevant de la médiation

Entre 1996 et 2005, la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble a ordonné plus de 1 000 médiations avec un taux d'accord de plus de 70 %. Pour cela, les dossiers ont été triés et la médiation a été proposée dans environ 20 % du contentieux⁽⁷⁾. C'est dire que dans 80 % des cas, les juges ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de recourir à la médiation⁽⁸⁾. Le succès de cette expérience n'a été possible que parce que la chambre sociale de Grenoble a institutionnalisé la médiation.

Une *cellule de tri des dossiers* a été mise en place et les dossiers étaient examinés dès leur arrivée dans le service pour ne pas perdre de temps.

2.2.2. Le juge informe sur ce qu'est la médiation

Le juge a un rôle actif en médiation : il informe sur la médiation, il propose la mesure, il ordonne la médiation, il donne force exécutoire à l'accord. L'information peut être faite systématiquement ou individuellement à tout moment. Elle peut être faite plus particulièrement pendant la phase d'instruction du dossier.

(6) « La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle, soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclare que la médiation ou la conciliation est terminée ».

(7) La mesure est refusée environ une fois sur deux par les parties.

(8) Entre 1996 et 2005, plus de 1 000 médiations ont été ordonnées. Elles ont abouti à 75 % d'accords. 8 % du contentieux total de la chambre a été ainsi définitivement réglé.

Pour informer sur la médiation, deux outils peuvent être proposés de manière associée :

- *une lettre* ou note d'information destinée aux justiciables. La pratique démontre que la seule lettre d'information ne suffit pas, les parties n'y répondant pas ;
- *un questionnaire* destiné à permettre aux justiciables de réfléchir à l'intérêt d'une médiation. Les parties sont invitées à retourner le questionnaire à la juridiction après l'avoir rempli, ce qui les amène à réfléchir sur l'intérêt qu'elles auraient de recourir à cette mesure.

En matière familiale, le juge peut enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur pour s'informer sur la médiation. Il conviendrait d'envisager la généralisation la procédure d'injonction à toutes les matières (Jarrosson, 2008). Pour remédier à cette carence législative, la Chambre sociale de Grenoble a eu recours à des audiences de propositions de médiation où le juge commençait l'audience en informant les parties sur les objectifs de la médiation et le déroulement du processus.

2.2.3. Le juge propose la médiation

Les statistiques indiquent que la mesure est acceptée dans environ 50 % des cas, lorsque le juge la propose en personne lors des audiences. Si la mise en œuvre d'une médiation est particulièrement souhaitable au début de la procédure, elle peut être faite à tous les stades du litige, même ultime, au cours du délibéré.

À Grenoble, lors des audiences spécifiques de « proposition de médiation », quarante dossiers étaient enrôlés par audience. Les parties y étaient convoquées en personne avec leurs avocats. La lettre de convocation indiquait expressément que leur présence était indispensable. Des médiateurs assistaient à l'audience à côté du juge. Le juge expliquait aux parties ce qu'est la médiation et pourquoi cette mesure leur était proposée⁽⁹⁾. Après la

(9) Pour convaincre les parties, le juge utilisait l'argumentaire suivant : « Vous pensez tous les deux que vous allez gagner votre procès. Pourtant une chose est certaine : l'un de vous va perdre. En médiation, il n'y a plus l'aléa du procès.

Devant le médiateur, vous allez pouvoir exprimer vos souffrances et vos rancœurs, « vider votre sac », et l'autre va entendre ce que vous avez à lui dire. Vous allez, chacun à votre tour, vous écouter et essayer de comprendre ce qui est important pour l'autre. Vous allez rechercher votre intérêt et non pas forcément qui a tort et qui a raison.

C'est vous-même qui trouverez votre accord. Ce ne sera ni le juge, ni le médiateur. Personne ne vous forcera à le signer s'il ne vous convient pas parfaitement. Vous n'avez donc rien à perdre. Ne dites pas « avec mon adversaire, c'est impossible de discuter ». Actuellement, votre conflit est tel qu'effectivement, vous ne pouvez plus dialoguer. C'est pourquoi vous relevez du spécialiste, du professionnel de la communication qu'est le médiateur. Seuls, vous n'y arriverez pas. Près de 80 % des personnes qui vont en médiation trouvent un accord. Alors, pourquoi pas vous ? La médiation vous fera gagner du temps car vous trouverez en trois mois un accord définitif et durable. De plus la médiation vous fera faire des économies en supprimant le procès qui coûte cher. Si vous continuez dans la voie du procès, vous risquez de voir les procédures s'ajouter les unes aux autres et, dans des années, il se peut que vous soyez encore devant les tribunaux, ce qui va non seulement vous ruiner le portefeuille, mais encore la santé.

La pacification du conflit aura un retentissement bénéfique sur vos enfants qui souffrent de vous voir vous déchirer.

La médiation est donc une chance supplémentaire qui vous est donnée, mais pour y aller, il faut que vous soyez d'accord tous les deux. Je ne peux pas vous l'imposer si vous ne voulez pas ».

présentation générale de la médiation, les affaires étaient appelées les unes après les autres pour que les personnes donnent leur accord pour aller en médiation, car le caractère consensuel est l'essence même de la mesure. Lorsque les parties hésitaient ou souhaitaient plus d'explications, les médiateurs présents se retiraient avec ceux qui en faisaient la demande, dans des pièces prévues à cet effet, pour leur donner toutes les informations.

2.2.4. Le juge homologue l'accord

À l'issue de la médiation, si celle-ci n'a pas débouché sur un accord, le juge est tenu de juger l'affaire. Si la médiation a débouché sur un accord, l'affaire revient en tout état de cause devant le juge pour qu'il constate le désistement d'instance. Les parties peuvent également, si elles le souhaitent, faire homologuer leur accord (article 131-12 du Code de procédure civile), ce qui lui confèrera une force exécutoire⁽¹⁰⁾. Il s'agit d'un choix pour les parties et d'une possibilité pour le juge qui n'est pas tenu d'homologuer l'accord.

Lors de l'homologation de l'accord, le juge exerce un contrôle succinct. Il doit s'assurer que l'accord ne heurte pas des dispositions d'ordre public (Blohorn-Brenneur, 2001), qu'il ne contient pas de fraude à la loi ou de fraude aux droits des tiers, qu'il ne présentera pas de difficulté d'exécution et que les parties sont informées de l'étendue de leurs droits. L'accord doit être exempt de vices du consentement et librement signé, en dehors de toute contrainte. Sur les 700 accords signés à Grenoble, la quasi-totalité des accords a été homologuée entre 1996 et 2005.

À notre avis, le juge n'a pas à vérifier le contenu de l'accord et l'existence de concessions réciproques, à moins que les parties n'aient décidé de donner à l'accord la forme spécifique d'une transaction.

2.3. L'accord de médiation⁽¹¹⁾

La médiation permet aux parties de s'affranchir des termes du litige et de trouver un accord conforme à leurs intérêts. Alors que la solution apportée au litige par l'application des règles de droit est rigide, celle trouvée en médiation est souple, innovante et pragmatique et ainsi mieux adaptée à l'intérêt de chacune des parties.

Il est arrivé en médiation que l'employeur réintègre le salarié ou l'aide à retrouver du travail en faisant jouer ses relations ou même finance une société de recrutement.

Dans une affaire, un salarié, licencié pour avoir détourné la clientèle de l'employeur, a, en médiation, abandonné ses demandes indemnitaires pour

(10) L'accord homologué issu d'une médiation à la même force qu'un jugement.

(11) Cf. Chambre mixte, 14 février 2003, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, n° 1, p. 1.

racheter l'entreprise de l'employeur. L'accord permettait au salarié d'acquiescer la clientèle et à l'employeur, qui voulait partir à la retraite, de trouver un acquéreur. Les intérêts des deux parties étaient sauvegardés. Une décision de justice n'aurait pu aboutir à une telle solution car le juge est lié par les termes du litige et par la loi.

On le voit, en médiation, l'imagination des parties pour aboutir à un accord est fertile. On pourrait également citer le cas du salarié qui, après avoir été licencié, a créé une entreprise dans la même branche d'activité (pièces usinées). L'ancien employeur, qui avait des difficultés de trésorerie, ne pouvait pas verser des sommes importantes. Les parties ont donc convenu que l'employeur se fournirait en pièces usinées chez son ancien salarié. Cette solution avait l'avantage de permettre à l'employeur d'ouvrir son marché sur des pièces nouvelles et au salarié de lui garantir un chiffre d'affaires annuel.

Les statistiques de la cour d'appel de Grenoble montrent que dans 15 % des cas l'employeur propose en médiation une somme supérieure à celle à laquelle il a été condamné en première instance par une décision dont il a fait appel et que dans 45 % des cas la somme convenue reprend la condamnation du jugement. Il est donc inexact de soutenir que la médiation fait « céder » le salarié.

70 à 80 % des médiations aboutissent dans les trois mois à des accords « gagnants-gagnants » qui sont exécutés spontanément parce qu'acceptés. La quasi-totalité des 700 accords que la cour d'appel de Grenoble a homologués étaient déjà exécutés lors de l'audience d'homologation.

Les parties peuvent à leur choix rédiger une transaction de l'article 2044 du Code civil ou un protocole d'accord informel⁽¹²⁾.

(12) Voir modèle de protocole d'accord en annexe 3. Dans ce cas, il est recommandé au médiateur de faire figurer dans l'accord quelques mentions : on sait que la Cour de cassation vérifie que les parties, avant de signer l'accord, ont été informées de l'étendue de leurs droits. Il est utile que l'accord le mentionne.

Afin de s'assurer de la parfaite adhésion des parties à l'accord, le médiateur pourra suggérer l'insertion dans l'accord d'une clause prévoyant qu'avant son homologation et dans un délai de huit jours à compter de la signature de l'accord, les parties reviendront devant le médiateur en cas de difficultés qu'elles ne pourraient régler amiablement et que passé ce délai, le médiateur transmettra le présent accord à la juridiction qui l'a saisi.

Il est également utile de faire figurer dans l'accord une mention précisant le désistement des parties de l'action et de l'instance et leur acceptation réciproque.

La pratique a démontré qu'il pouvait être prudent de faire figurer dans l'accord une clause prévoyant que « en cas de simples difficultés d'exécution, même après l'homologation, les parties s'engagent à revenir devant le médiateur ». L'expérience prouve qu'il y a parfois des difficultés d'exécution de l'accord qui surgissent lors de sa signature et de l'homologation.

Cette dernière clause évite qu'un procès ne resurgisse à propos de la rédaction de l'accord. La Cour de cassation a décidé que la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation (ou de médiation) obligatoire et préalable à la saisine du juge, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent. Cette jurisprudence a été consacrée par l'article 2238 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi du 17 juin 2008.

2.4. Le rôle du médiateur

Les médiateurs sont des professionnels des relations humaines. Ils sont extérieurs et indépendants du système judiciaire. Ils sont spécialement formés à la technique de médiation.

Si le médiateur ne peut se passer de connaître la matière juridique dans laquelle il intervient, contrairement à ce que l'on peut penser, certaines professions, comme celles de juge ou d'avocat, n'apportent pas la formation nécessaire pour être médiateur.

La médiation est un acte de professionnel.

Le médiateur, indépendant du juge, est tenu à la confidentialité de tout ce qui se dira devant lui (article 131-14 du Code de procédure civile) (y compris à l'égard des juges qui l'ont désigné).

2.5. Le rôle de l'avocat

La médiation permet aux avocats de retrouver leur rôle de conseil.

Selon Michel Bénichou, ancien Président du Conseil national des barreaux, les avocats considèrent aujourd'hui que régler un litige à l'amiable est un élargissement de leurs prestations, et que « dans quelques années, on peut imaginer qu'il y aura des procès en responsabilité contre des avocats qui n'auront pas informé leurs clients qu'il existe une autre voie que celle des procès : la médiation ». C'est déjà ce qui se passe aux États-Unis⁽¹³⁾.

La médiation judiciaire ne peut se comprendre si les avocats ne sont pas intégrés dans le processus. Ils doivent conseiller leurs clients tout d'abord pour prendre la décision d'aller en médiation, puis lors de la signature de l'accord.

La question s'est posée de savoir si les avocats devaient assister aux réunions de médiation. Certains médiateurs les font venir, d'autres les excluent, prétendant qu'ils seraient un frein pour trouver des accords. Des statistiques ont été faites sur les médiations réalisées devant la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble. Elles parlent d'elles-mêmes. Les médiateurs qui excluait les avocats n'ont eu qu'environ 30 % d'accords, alors que ceux qui les admettaient en réunion avaient 70 % de réussite.

(13) Colloque de Grenoble du 8 février 1999, actes publiés dans un numéro spécial de la *Gazette du Palais*.

3. Un réseau européen de juges pour développer la médiation

Le législateur a défini les grandes lignes de la médiation. Les juges ont mis en place la plupart du temps un processus spécifique. Il en résulte une diversité des pratiques, non seulement en France mais aussi en Europe, où elle est aggravée par la différence des systèmes juridiques.

C'est une des raisons qui ont amené des juges de plusieurs pays de l'Union européenne à se regrouper.

Le 19 décembre 2003, une trentaine de magistrats européens se sont retrouvés à Paris à la Cour de cassation pour créer le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME)⁽¹⁴⁾. Ce groupement comprend aujourd'hui 350 magistrats dans 20 pays de l'Union européenne.

Ce réseau européen de juges a pour objectifs de contribuer à l'information sur la médiation et à l'harmonisation des procédures, de procéder à l'inventaire des bonnes pratiques, d'échanger les expériences, de participer à l'élaboration des règles et d'apporter une aide matérielle, intellectuelle et morale, à ceux qui veulent pratiquer ce mode de règlement des conflits consacré par la loi.

Pour cela, le GEMME offre des formations aux magistrats, soit pour leur mission de conciliateur, soit pour celle de prescripteurs de médiation. Il organise une information intereuropéenne sur la médiation et suit activement les projets des institutions européennes.

Si la France a été le premier pays européen à s'être doté d'une législation relative à la médiation, elle est malheureusement peu impliquée dans sa mise en œuvre. Les pouvoirs publics ne semblent pas avoir pris la mesure de l'importance du phénomène qui se développe dans le monde entier. La médiation ne s'implante réellement que dans les pays qui l'ont institutionnalisée. Les exemples peuvent être pris dans les pays nordiques, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Belgique.

Les efforts du premier président Jean-Claude Magendie pour institutionnaliser la médiation devant la cour d'appel de Paris doivent être soulignés (Magendie, 2008). Il serait important qu'un service spécialisé au ministère de la Justice coordonne et soutienne les initiatives individuelles prises dans les différentes juridictions.

Au Royaume-Uni, le système ACAS (*Advisory, Conciliation and Arbitration Service*) est particulièrement intéressant et pourrait être transposé sans grande difficulté au sein de la juridiction prud'homale française (Blohorn-Brenneur, 2005 et 2006). Ce service a été créé par un *Act of Parliament* de 1975 et règle 85 % des litiges entre employeurs et salariés, avant la saisine du tribunal.

(14) Qui a son siège social à la Cour de cassation, 5 quai de l'Horloge à Paris.

Annexe 1

Ordonnance de désignation du médiateur

Vu les articles 131-6 et 131-7 du Code de procédure civile,

Vu l'accord des parties pour recourir à une médiation,

ORDONNONS une médiation,

DÉSIGNONS en qualité de médiateur, M. X qui aura pour mission de réunir les parties pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose,

FIXONS la durée de la médiation à trois mois, à compter du versement de la consignation.

DISONNS que les parties consigneront entre les mains du médiateur, lors de la première réunion, la somme de ... euros, répartie tel qu'il suit :

- ... euros à la charge de X ;
- ... euros à la charge de Y.

RAPPELONS que le défaut de consignation entraîne la caducité de la décision ordonnant la médiation,

DISONNS que l'affaire sera rappelée à l'audience du ... (trois mois plus tard) (et, le cas échéant, **RAPPELONS** que la date des plaidoiries fixée au ... est maintenue en cas d'échec de la médiation).

RÉSERVONS les dépens.

Annexe 2

Décision d'homologation de l'accord

Par jugement/ordonnance/arrêt du ... le ... a ordonné une médiation.

Un protocole d'accord a été signé le ...

Les parties ont demandé l'homologation du protocole d'accord.

Le ministère public n'a pas formulé d'observations particulières.

SUR CE

Attendu qu'il résulte de l'échange des conclusions et des pièces de la procédure que les parties ont été informées de leurs droits respectifs ;

Que devant ..., elles maintiennent les termes de leur accord et demandent l'homologation de l'accord ;

Que, conformément à leur demande conjointe, le protocole d'accord ci-après annexé, doit être homologué ;

Attendu que les parties se sont désisté de leurs demandes et actions ;

Attendu que les dépens, à défaut de précision dans le procès-verbal, seront partagés par moitié entre les parties ;

PAR CES MOTIFS

Statuant contradictoirement, par décision rendue en Chambre du conseil, après communication au ministère public,

Vu l'article 131-12 du Code de procédure civile ;

Vu la décision du ... (ordonnant la médiation) ;

Vu le protocole d'accord du ... ;

HOMOLOGUE ledit protocole et lui confère force exécutoire ;

DONNE ACTE aux parties de leur désistement d'instance et d'action ;

CONDAMNE chacune des parties à la moitié des dépens ;

PRONONCÉ en Chambre du conseil par ...

Annexe 3

Modèle de protocole d'accord de médiation

Par décision du ... une médiation a été proposée et acceptée par X et Y.

Un médiateur, M. ... a été désigné.

Le ... (date), les parties, accompagnées de leurs conseils et informées par ceux-ci de leurs droits respectifs, ont décidé de conclure le présent accord.

Il a été décidé que ...

Cet accord des parties règle tout le litige porté devant ... (juridiction saisie), en conséquence de quoi elles se désistent.

Avant son homologation et dans un délai de huit jours à compter de la signature de l'accord, les parties reviendront devant le médiateur en cas de difficultés qu'elles ne pourraient régler amiablement.

Passé ce délai, le médiateur transmettra le présent accord à ... (juridiction) en vue de l'audience du ... (date)

Les parties demandent de l'homologation de l'accord

ou

les parties ne souhaitant pas soumettre leur accord au juge, elles autorisent toutefois le médiateur à lui transmettre leur désistement, en rendant compte qu'un accord est intervenu,

ou

à défaut de demande d'homologation, les parties s'engagent à adresser sans délai à la juridiction susvisée leur désistement d'instance et d'action et leur acceptation réciproque.

En cas de difficulté d'exécution du présent accord, même après homologation, les parties s'engagent à revenir devant le médiateur.

Fait à ..., le ...

X

Références bibliographiques

- Blohorn-Brenneur B. (1998) : « La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail », *Gazette du Palais*, pp. 1-5, 1^{er} juillet.
- Blohorn-Brenneur B. (2001) : *La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation*, Dalloz, pp. 251-255.
- Blohorn-Brenneur B. (2005) : « Présentation du système britannique de règlement des litiges individuels du travail ACAS », Actes du colloque de Grenoble du 2 juin 2005 'Médiation et conciliation dans différents systèmes judiciaires européens', *Petites Affiches*, n° 245, 9 décembre.
- Blohorn-Brenneur B. (2006) : *Justice et médiation, un juge du travail témoigne*, Le Cherche Midi.
- Blohorn-Brenneur B. (2006) : « Les médiations et conciliations dans les conflits du travail : l'exemple britannique ACAS », Actes du colloque du 8 décembre 2005 '1995-2005 : 10 ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale', *Gazette du Palais*, numéro spécial, 14 et 15 juin, p. 21.
- Canivet G. (2002) : « Le juge et la recherche de la solution du conflit », Actes du colloque de Valence, *Semaine Sociale Lamy*, supplément au numéro 1100, 2 décembre.
- Gorchs B. (2003) : « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n° 3-2003.
- Jarrosson Ch. (2008) : *Rapport Magendie sur la médiation*, Miméo, octobre, pp. 74-75.
- Magendie J-C. (2008) : *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, Rapport issu du groupe de travail sur la médiation.

Complément C

Litiges individuels du travail : l'expérience britannique

Henri Fraisse

*Direction des Études microéconomiques et structurelles,
Banque de France*

Le Royaume-Uni a connu au cours des deux dernières décennies un triplement du nombre de litiges individuels du travail portés devant les tribunaux. Les autorités ont cherché à limiter cette hausse en modifiant le Code de procédure judiciaire mais aussi en tentant d'instaurer en amont ou en aval du licenciement des occasions laissant aux parties la possibilité de concilier. Les effets de ces réformes ont été sans doute masqués par une forte activité législative, résultante conjointe de la mise en conformité des lois aux normes sociales européennes du droit du travail et de la politique du *New Labour*. Pour engager ces réformes, le législateur a bénéficié d'un appareil statistique ancien et flexible qui analyse les conflits individuels depuis plus de trente ans, introduit de nouvelles enquêtes en fonction des problématiques et surtout réduit les incertitudes des salariés et des employeurs concernant les issues de la procédure juridique par une diffusion importante d'information. Grâce à ces données ont pu être analysées de nombreuses problématiques allant de l'efficacité des représentations des parties à la présence de biais conjoncturel dans le jugement des affaires. Nous décrivons d'abord le schéma institutionnel britannique, détaillons ensuite les réformes qui ont pu influencer ou limiter le développement du contentieux, présentons une courte analyse comparative avec l'instance prud'homale pour conclure sur les problématiques soulevées par la littéra-

(*) Ce complément reflète les idées personnelles de son auteur et n'exprime pas la position de l'institution qui l'emploie.

ture empirique. La professionnalisation des médiateurs de conflit du travail, la confidentialité des débats et leur tenue dans un cadre non juridique pourraient expliquer un taux d'accord entre les parties trois fois plus élevé au Royaume-Uni qu'en France.

1. Schéma institutionnel

1.1. Les tribunaux d'emploi (*Employment Tribunals*)

Les *Employment Tribunals* autrefois appelés *Industrial Tribunals* furent créés en 1964. Ils traitaient au départ les litiges individuels nés des règles de fixation des indemnités de licenciement institués par le *Redundancy Payment Act* dès 1965. Leur pouvoir juridictionnel s'est considérablement accru depuis : d'abord sur les licenciements abusifs par l'*Industrial Relation Act* de 1971, puis sur les cas de discriminations (*Equal Pay Act* de 1970, *Sex Discrimination Act* de 1975, *Race Relation Act* de 1976), de réductions abusives de salaires et de non-respect des termes du contrat de travail (*Wage Act* de 1985) et, plus récemment, des cas de discriminations pour cause de handicap (*Disability and Discrimination Act* de 1995).

À la différence des prud'hommes, les juges de cette juridiction de premier degré sont professionnels et ne sont pas élus par le collège des salariés et des employeurs. Pour autant, ils sont assistés de deux membres à plein temps choisis sur des listes proposées respectivement par les syndicats de salariés et les associations patronales. Ils ne sont pas impliqués dans une phase de conciliation et interviennent principalement en phase de jugement. Ils ont cependant le pouvoir discrétionnaire au début de la procédure d'invoquer une séance préliminaire (*pre hearing review*). Au cours de cette séance et dans le cas d'une poursuite qu'ils jugent sans fondement, ils peuvent obliger une partie à payer une caution (pouvant aller jusqu'à 500 livres sterling en 2009) si elle veut pouvoir continuer à poursuivre en justice. Des appels sont possibles mais comme dans tout le droit britannique uniquement sur des questions de droit et ceci successivement auprès des tribunaux d'emplois d'appel (*Employment Appeal Tribunals*), la cour d'appel (*Court of Appeal*) et la Chambre des Lords.

1.2. Une agence gouvernementale indépendante assurant la promotion de résolution par conciliation ou arbitrage (ACAS)

Créée en 1896, l'*Advisory Conciliation and Arbitration Service* (ACAS) échappe à la tutelle gouvernementale en 1974. Jusqu'en 1980, son champ d'intervention principale a été celui des conflits collectifs. À l'image du *National Board of Industrial Relations* américain, l'agence était en charge de valider la reconnaissance syndicale (*recognition*) sur le lieu de travail. Elle est désormais impliquée dans la résolution des conflits individuels à deux titres. D'abord elle préconise des règles et des procédures à suivre

lorsqu'éclate un conflit sur le lieu de travail ou qu'une décision de licenciement est prise⁽¹⁾. Ensuite, lorsqu'un conflit est porté en justice, il est fait obligatoirement mention aux parties concernées de la possibilité de régler leur différend par l'intermédiaire des services de l'agence et ceci par conciliation ou arbitrage. Au contraire des procédures de conciliation prud'homales, les résolutions de l'ACAS sont confidentielles. L'ACAS peut à la demande proposer des solutions d'arbitrage ou de conciliation. En 2001, l'ACAS a mis en place une procédure rapide réservée aux cas de licenciement abusif. Les parties adhèrent sur la base du volontariat à une procédure d'arbitrage où un arbitre indépendant est désigné par l'ACAS. Cette procédure annule la possibilité de porter le cas en justice. À noter que depuis le *Trade Union Reform and Employment Rights Act* de 1993, salariés et entreprises peuvent aussi signer un compromis (*Compromise Agreement*). La partie plaignante signant un tel accord sur les conseils d'un juriste indépendant abandonne là aussi le droit d'ester en justice.

1.3. Cheminement d'une plainte et délai de procédure

Chacune des parties a en général trois mois pour déposer plainte (contre cinq ans dans le cas des prud'hommes). Une plainte est initiée par l'envoi d'un formulaire officiel au bureau central des tribunaux. Cette plainte est enregistrée sous la juridiction principale appropriée et envoyée au bureau régional concerné ce qui évite l'irrecevabilité pour des raisons de territoire juridictionnel. Si elle est déclarée recevable, elle sera envoyée à la partie poursuivie. Celle-ci doit y répondre dans un délai d'un mois sous peine d'être condamnée à défaut. Les formulaires salarié et employeur sont ensuite envoyés à l'ACAS qui propose alors aux parties ses services de conciliation ou d'arbitrage. La durée maximum de conciliation est en général de trois mois. Celle-ci peut être raccourcie selon les types de cas. Ainsi, dans les cas simples de non-paiements de salaires, ce délai est ramené à un mois et demi.

2. La judiciarisation des conflits et les stratégies de sortie envisagées

2.1. Le contexte : une explosion du nombre de conflits individuels au cours des années quatre-vingt-dix...

Le nombre de plaintes déposées auprès des tribunaux a environ triplé entre 1985 et 2003 (voir graphique 1). Cette augmentation est en partie imputable à l'apparition de nouveaux droits et de nouvelles directives⁽²⁾. Cela est d'autant plus vrai que le corpus législatif a été modifié à de nombreuses reprises et suivant des idéologies contraires : lois de flexibilisation

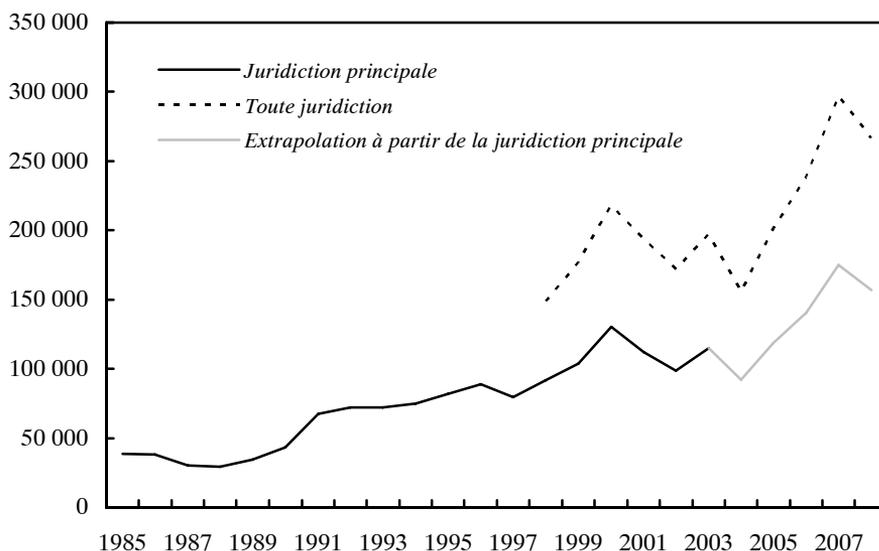
(1) Ces règles ne furent juridiquement contraignantes qu'entre 2004 et 2008.

(2) Ainsi, la juridiction « *Wage Act* » qui est entrée en vigueur en 1985 a apporté, depuis 1990, environ un quart des cas.

du marché du travail introduites par les gouvernements Thatcher, mises aux normes de ces lois qui outrepassaient – par exemple, sur le temps de travail – les standards minimaux des directives européennes et, enfin, arrivée au pouvoir du *New Labour*.

Pourtant, à juridiction constante, comme par exemple celle des licenciements abusifs (*Unfair Dismissal*), une forte augmentation a été enregistrée notamment au début des années quatre-vingt-dix. Dans une étude commandée par le Département de l'industrie et portant sur la période 1985-1997, Burgess, Propper et Wilson (2001) relie cette hausse à l'introduction de nouvelles lois mais aussi aux changements de structures industrielles et syndicales de l'économie britannique. Un litige entre un salarié et son employeur est sans doute plus probable dans une économie tournée davantage vers les services où les lieux de travail sont plus atomisés et moins syndiqués⁽³⁾. Les hausses des probabilités de victoire salariée (de 35 à 45 %) et des montants indemnisés de 1986 à 1993 semblent avoir incité les salariés à poursuivre. Une baisse massive de la syndicalisation, une industrie de plus en plus tournée vers les services et une atomisation des lieux de production plus qu'une détérioration du marché de l'emploi ont également joué un rôle.

1. Nombre de litiges enregistrés par les tribunaux d'emploi



Sources : ETS Annual Reports et Burgess, Propper et Wilson (2001).

(3) Voir aussi à ce sujet, Brown, Frick et Sessions (1997) qui, sur une analyse comparative des expériences britanniques et allemandes sur la période 1975-1991, trouvent que la variation intertemporelle d'un nombre de cas est davantage liée aux flux d'emploi et de chômage qu'aux changements législatifs.

2.2. ... combattue par une modification du Code de procédure judiciaire visant à favoriser la conciliation...

L'augmentation brutale du nombre de cas portés devant les tribunaux au cours des années quatre-vingt-dix a d'abord conduit le gouvernement à réformer la procédure judiciaire elle-même. L'objet de ces réformes était d'éviter que des cas de mauvaise qualité⁽⁴⁾ soient portés en justice. L'augmentation du nombre de cas que Burgess, Propper et Wilson (2001) expliquaient en partie par une hausse antérieure des probabilités moyennes de gagner pour les salariés s'était traduite par la suite par une baisse de ces probabilités. Cette baisse pouvait donc s'interpréter effectivement comme une réduction de la qualité des poursuites.

En 2001, une réforme du Code de procédures des tribunaux instituait une modification des allocations de coût de justice. D'abord, la caution pouvant être exigée par les juges lors d'une audience préliminaire à un cas ayant peu de chance d'aboutir passait de 150 à 500 livres. Ensuite, le plafond des coûts de justice devant être payés par la partie perdante lorsque la plainte était jugée « mal conçue, vexatoire ou avait une faible chance de succès » augmentait de 500 à 10 000 livres.

Dans l'esprit du législateur, cette mesure avait pour but d'alléger la charge des tribunaux. Pourtant, les littératures théoriques et empiriques montrent que les effets d'une telle réforme peuvent être ambigus. Elle peut conduire en justice des cas de haute qualité aux sommes minimales en jeu dont l'indemnisation ne couvrirait pas auparavant les frais de justice. Par ailleurs, elle peut inciter les parties – souffrant généralement d'un biais d'optimisme – à dépenser plus largement en frais de justice puisqu'elles escomptent d'en être remboursées (Katz, 1987 et Hause, 1989). À l'opposé, la possibilité d'une condamnation aux dépens devrait pousser à la conciliation des parties averses au risque. Au final, comme le soulignent Cooter et Rubinfeld (1989) « l'effet total de l'institution de condamnations aux dépens sur la fréquence des procès ne peut donc être déterminé sur de uniques bases théoriques ».

Malheureusement, compte tenu du faible nombre d'expériences disponibles, la littérature empirique sur l'effet des condamnations aux dépens à disposition des législateurs britanniques était assez pauvre. Perloff, Rubinfeld et Ruud (1996) ont montré sur des cas américains d'antitrust qu'instaurer un triplement des dommages en cas de plaintes non justifiées poussait les parties à concilier. Fournier et Zuehlke (1989) exploitant différentes règles d'allocation de coût suivant le type de juridiction civile trouvent sur données américaines encore que la condamnation aux dépens réduit les chances de conciliation. Hughes et Snyder (1990 et 1995) évitent le fait de considérer des cas aux juridictions très différentes. Ils exploitent le cas des

(4) On considère un cas comme étant de « mauvaise qualité » si le plaigant a peu de chances de gagner son procès.

erreurs médicales et un changement de législation ayant eu lieu en Floride en 1980. Ils concluent à un effet inflationniste de la condamnation aux dépens sur les cas portés devant les tribunaux. La littérature empirique, on le voit, ne soutenait donc pas vraiment la décision du législateur britannique dans l'adoption d'une condamnation aux dépens plus sévère pour limiter l'augmentation des cas.

Les réformes contenues dans le nouveau Code de procédure de 2001 semblent en contradiction avec certaines réformes apportées par l'*Employment Relation Act* de 1999. Lors d'un cas de licenciement abusif, il est calculé deux types d'indemnisation : une indemnité de base calculée en fonction du salaire et de l'ancienneté du salarié et une indemnité de compensation visant à réparer le préjudice subi et laissée à l'appréciation du juge. Elle peut, par exemple, varier avec la durée de chômage du salarié licencié. En 1999, l'indemnité de compensation maximum était portée de 12 000 à 50 000 livres⁽⁵⁾. Une telle augmentation pouvait laisser craindre une plus grande judiciarisation des conflits individuels. À l'analyse des cas portés en justice, on constate néanmoins que les indemnités accordées par les tribunaux sont minimales au regard de ces plafonds. Ainsi en 2003, seulement 2 % des cas de licenciement abusif présentaient une indemnité totale de plus de 50 000 livres.

2.3. ... et une modification des règles de procédure de licenciement obligeant à la conciliation

Une autre stratégie pour limiter la judiciarisation des conflits initiée par le *Labour* a été d'améliorer les relations sociales sur le lieu de travail pour éviter que les salariés aient à ester en justice pour faire valoir leur droit. À cette fin, les *Dispute Resolution Regulations* de 2004⁽⁶⁾, institua une procédure de licenciement et de sanction disciplinaire (*Disciplinary and Dismissal Procedure*) obligatoire. Cette procédure obligeait l'employeur à convoquer le salarié à un entretien préalable de licenciement précédé d'une notification écrite dans laquelle lui étaient données les raisons de la rupture du contrat de travail. À la suite de cet entretien, le salarié pouvait faire appel et obtenir un nouvel entretien avec un superviseur d'un niveau hiérarchique plus élevé. Un non-respect de la procédure conduisait à une augmentation des indemnités versées par l'employeur en cas de défaite. Quant au salarié, toute action en justice devait être précédée d'une lettre de doléance envoyée à son employeur. Si l'employeur à réception de cette lettre convoquait le salarié à un entretien, celui-ci devait obligatoirement s'y rendre. Le non-respect de cette procédure interdisait à l'employé toute action en justice.

(5) *Employment Relation Act* 1999, section 34, paragraphe 4.

(6) Voir à ce sujet, l'article très complet d'Allison Fiorentino (2009) dont cette partie s'inspire grandement.

Cette réforme fut lourdement critiquée. D'abord, le non-respect de la procédure impliquait des conséquences inéquitables selon que l'on était employeur ou employé : l'augmentation des indemnités dues dans un cas contre l'impossibilité d'aller en justice dans l'autre. Ces dispositions pouvaient être considérées comme portant atteinte au droit de procès équitable défini dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ensuite, alors que le gouvernement estimait que la réforme diminuerait le nombre de cas portés en justice de 20 à 30 %, elle aurait au contraire abouti – sans que cela soit démontré de manière formelle –, selon certains juristes, à une augmentation du contentieux (Sanders, 2009). Selon Gibbons (2007), la complexité des nouvelles règles et leur articulation avec les textes existants incitaient davantage les parties à suivre scrupuleusement la procédure plutôt qu'exploiter les opportunités de conciliation qu'elles étaient censées encourager. L'instauration de procédures minimales à suivre en cas de licenciement a de nouveau – compte tenu de la jurisprudence – été remise en cause par l'*Employment Act* de 2008 mis en application en avril 2009. Les procédures qui ont été simplifiées, ne sont plus légalement contraignantes mais leur respect déterminera le montant de l'indemnité jugée.

2.4. Des réformes de la législation du travail augmentant les sources de litige

Il est difficile d'évaluer l'influence de la modification de la procédure judiciaire et des préconisations de conciliation hors du système judiciaire sur la variation de nombre de litiges. En effet, ces modifications se sont accompagnées de nouveaux textes protégeant davantage le salarié. Elles sont aussi susceptibles de donner naissance à de nouveaux contentieux. Ainsi, depuis 1998, la directive sur le temps de travail limitait sa durée hebdomadaire à 48 heures et à un minimum de quatre semaines de congés payés. L'*Employment Act* de 1999 introduisait un salaire minimum, instaurait une protection juridique aux employés dénonçant les fraudes commises par leur employeur⁽⁷⁾, assouplissait les conditions d'octroi des congés maternité et diminuait la période probatoire maximum de deux à un an. Une directive de 2002 augmentait les droits des salariés sous contrat à durée déterminée. À partir de 2003, les cas de discrimination religieuse et d'orientation sexuelle étaient considérés. En 2004, de nouveaux droits étaient accordés aux salariés temporaires.

Un litige peut conduire plusieurs juridictions à être saisies. Les rapports annuels d'activité des tribunaux comptabilisaient le nombre de plaintes en termes de juridiction principale saisie jusqu'en 2003 pour ensuite considérer l'ensemble des juridictions saisies qui peuvent être multiples pour un seul salarié. On constate depuis 2003 une stabilisation à un niveau élevé des juridictions anciennes (*Unfair Dismissal, Wage Act*) et une forte croissance des juridictions nées des nouvelles directives sur la discrimination ou

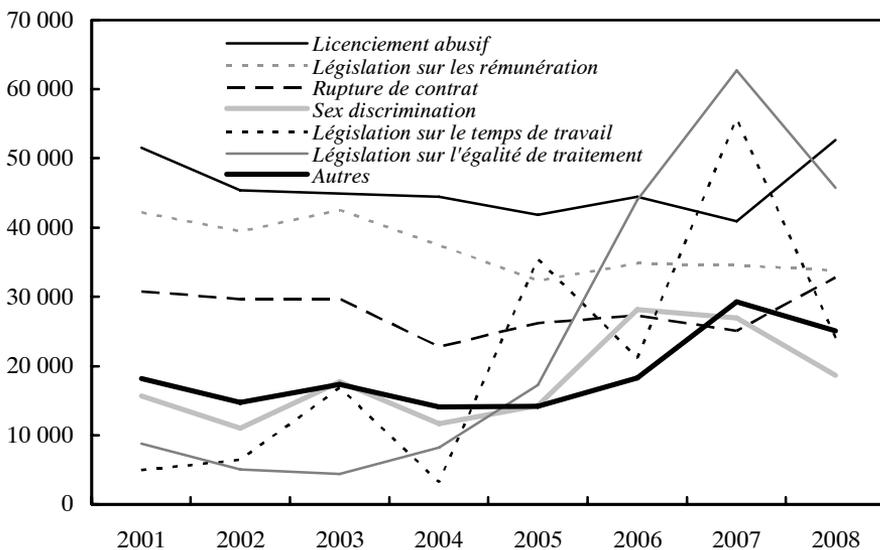
(7) Dans l'esprit de la « *Public Duty Provision* » américaine.

l'encadrement du temps de travail (voir graphique 2). La forte hausse des plaintes déposées sous la juridiction *Equal Pay* qui instaure depuis 1970 une rémunération équitable entre hommes et femmes provient de plaintes de salariés du secteur public et notamment de la *National Health Service* (NHS) qui ont adopté de nouvelles procédures d'évaluation *Job Evaluation Schemes* ayant la même finalité que l'*Equal Pay Act*.

3. Suivi statistique et diffusion de l'information

L'activité des tribunaux est retracée chaque année dans la publication des rapports annuels et des compléments statistiques. À ces rapports annuels s'ajoute une enquête quinquennale où les parties sont aussi interrogées sur leur retour sur expérience de la procédure. Cette information très riche et facilement accessible permet aux parties en présence une première estimation des coûts associés et des chances de gagner en justice. Elle rend également compte des coûts supportés par la collectivité pour rendre ce type de justice. Si comme le souligne la littérature théorique, l'incidence d'un procès trouve en partie sa source dans l'asymétrie d'information présente entre les parties, cet appareil statistique est un puissant outil pour la diminuer.

2. Nombre de litiges enregistrés par les tribunaux d'emploi et nouvelles juridictions



Source : ETS Annual Reports.

3.1. Statistiques annuelles et activité des tribunaux

Chaque année au mois de septembre est publié un rapport annuel rendant compte de l'activité des tribunaux. Ceux-ci retracent les dernières évolutions en nombre de cas portés auprès des différentes juridictions. Y sont reportés des statistiques sur les indemnités moyennes accordées, le pourcentage de cas conduisant à un procès ou une conciliation, les modes de représentation choisis par les parties (avocat, syndicat), la distribution des indemnités versées en fonction de la juridiction, les décisions des cours d'appel.

Le rapport annuel présente ensuite le bilan comptable des tribunaux ainsi que la grandeur des indicateurs de performance à l'aune des objectifs fixés ; par exemple, le pourcentage de décisions publiées dans un délai de quatre semaines suivant le procès ou encore le degré de satisfaction des utilisateurs des services des tribunaux.

3.2. Les enquêtes quinquennales

Aux rapports annuels s'ajoutent des enquêtes quinquennales SETA (*Surveys of Employment Tribunals Applications*) très approfondies dont la première remonte à 1975. Les échantillons sont tirés dans la population des plaintes ayant été déposées aux tribunaux. Depuis 1998, les vagues de l'enquête comprennent deux échantillons représentatifs des plaintes en termes de juridictions et de zones géographiques, où sont respectivement interrogés les employeurs et les employés. Compte tenu des disparités de taux de réponse entre employeurs et employés, la construction d'échantillon apparié qui permettait d'avoir un regard croisé des deux parties sur la même plainte a été abandonnée.

L'information fournie par ses enquêtes est très riche : issue de la plainte (abandonnée, conciliée, jugée), caractéristiques du plaignant (sexe, âge, qualification, salaire, niveau d'études, ancienneté...), situation après la procédure sur le marché de l'emploi pour mesurer des effets de stigmatisation, caractéristiques de l'entreprise (secteur d'activité, taille, représentation syndicale sur le lieu de travail, présence d'un service de ressources humaines...), caractéristiques de la plainte (juridiction, montant alloué au plaignant, frais de justice, représentation), opinions sur la procédure elle-même. L'exploitation de l'enquête donne lieu à la production de statistiques descriptives très complètes dans la série « *Main Findings from the SETA Survey* » disponible gratuitement sur le site du *Department for Business Innovation and Skill*. Par ailleurs, une dissémination publique des données anonymisées est assurée par le *Service UK-Archives*.

À ces enquêtes institutionnelles s'ajoutent des enquêtes complémentaires aux problématiques soulevées par une actualité particulière. Ainsi, le développement des cas de discrimination au début des années 2000 a con-

duit à une enquête dédiée où ceux-ci étaient collectés de manière à avoir un échantillon représentatif. De même, le développement des contrats de représentation « *no win, no fee* » qui rendent la rémunération d'un avocat contingente au succès de la procédure a donné lieu à une enquête complémentaire en 2003.

4. Une étude comparative rapide France-Royaume-Uni

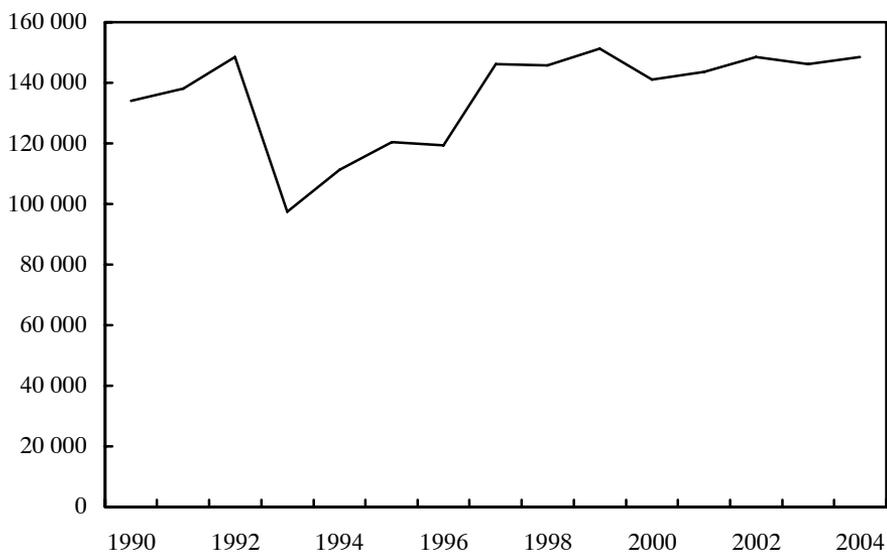
4.1. Une forte croissance du nombre de litiges propre au Royaume-Uni

En comparaison, les monographies statistiques disponibles dans le cas français proviennent de l'exploitation, par la Sous-direction des études et statistiques du ministère de la Justice, d'une base exhaustive des litiges prud'homaux construite à partir des bordereaux des greffes⁽⁸⁾. Si un suivi statistique précis en termes de nature de l'affaire, sa durée, les modes de représentation choisis et son issue est disponible, aucune information n'est apportée sur les indemnités versées et les coûts de justice supportés par les parties. Est connu du plaignant, le secteur d'activité, son appartenance à une entreprise de plus ou moins dix salariés, son genre et son âge. Compte tenu des différences d'information statistique et d'environnements juridiques et institutionnels très différents, nous nous limitons dans cette analyse comparative à quelques agrégats simples.

D'abord, à l'inverse de son homologue britannique, la justice prud'homale française n'a pas connu, au cours de la décennie, une inflation particulière de cas, malgré une tendance moins prononcée mais commune à une augmentation de la part des services dans la valeur ajoutée, une diminution du taux de syndicalisation et une forte probabilité de victoire salariée. Chaque année depuis 1990, environ 170 000 cas sont apportés au fond.

(8) Voir, par exemple, la monographie de Munoz-Perez et Serverin (2004) sur le sort des demandes prud'homales.

3. Nombre de litiges à l'initiative des employés enregistré par les prud'hommes au fond



Source : Données prud'homales du ministère de la Justice.

4.2. Un contentieux britannique moins judiciairisé

Ensuite, les probabilités de concilier sont très différentes entre les deux pays. En France, sur les années 1998 et 2003⁽⁹⁾, environ 60 % des cas étaient jugés alors que 60 % des cas sont conciliés au Royaume-Uni pour ces mêmes années. Un élément d'explication pourrait être les différences de probabilité de prévaloir observées : en moyenne de 75 % en France contre environ 50 % au Royaume-Uni. On peut citer parmi les éléments à même d'expliquer les différences de taux d'accord entre la France et le Royaume-Uni la confidentialité des débats et la professionnalisation des médiateurs⁽¹⁰⁾ (voir section 5).

(9) Nous utilisons ces années de comparaison car ce sont les années de collecte des enquêtes quinquennales menées par le ministère de l'Industrie britannique. Ces agrégats montrent peu de variabilité temporelle dans le cas français.

(10) En 2003, 80 % des accords entre les parties au Royaume-Uni l'ont été sous l'égide de l'ACAS.

1. Issues des litiges individuels en France et au Royaume-Uni

En %

	Royaume-Uni	France
Accord des parties	56	22
Abandon	25	22
Procès	19	56
Victoire du salarié au procès	51	74

Note : En France, environ 10 % des cas sont conciliés pendant l'étape de conciliation.

Sources : Enquêtes SETA (1998 et 2003) pour le Royaume-Uni et ministère de la Justice pour la France (1998 et 2002).

Les modes de représentation diffèrent grandement d'un pays à l'autre. Ainsi, une large part d'employeurs et d'employés est représentée en France. Un corollaire est une confrontation d'avocats dans seulement 13 % des cas au Royaume-Uni contre 46 % en France. Malgré une structure paritaire des juges renforcée par la représentativité électorale et une étape de conciliation obligatoire, les salariés français font appel de manière beaucoup plus intensive aux syndicats pour être représentés au procès.

Enfin, 60 % des décisions sont appelés en France contre moins de 8 % au Royaume-Uni où il est vrai l'appel ne peut être réalisé que sur des questions de droit.

2. Mode de représentation au procès en France et au Royaume-Uni

En %

	Royaume-Uni		France	
	Employé	Employeur	Employé	Employeur
Pas de représentation	0,55	0,32	0,13	0,17
Avocat	0,18	0,25	0,62	0,72
Syndicat, associations patronales	0,07	0,05	0,23	0,04
Autres	0,20	0,38	0,02	0,07

Sources : Fraisse (2009), enquêtes SETA (1998 et 2003) pour le Royaume-Uni et ministère de la Justice pour la France (1998 et 2002).

Ces caractéristiques conduisent, si on se limite aux jugements hors durée d'appel, à une durée moyenne de 328 jours des procédures dans le cas français (écart-type de 301 jours). Dans le cas britannique, des données parcelaires conduiraient à estimer cette durée à environ la moitié.

5. Études empiriques

L'étude d'impact des réformes de la procédure judiciaire sur le comportement des acteurs dans la résolution des litiges est rendue difficile par la multiplicité des réformes envisagées, leur succession dans des intervalles de temps très court, leur simultanéité et, enfin, leur interaction avec des réformes sur le fonctionnement du marché du travail proprement dit. Ainsi, en 1999, un durcissement de la condamnation aux dépens s'accompagnait d'une augmentation des plafonds d'indemnisation. Simultanément, la réduction de la période probatoire à un an ou encore la reconnaissance de nouveaux cas de discriminations et l'introduction de nouveaux droits (salaire minimum, temps de travail) élargissaient le champ des cas pouvant donner lieu à des poursuites. Par ailleurs, de nouvelles réformes les années suivantes (2002, 2003 et 2004) rendaient difficile l'identification d'un effet unique.

Compte tenu des données disponibles, le champ des études sur les litiges individuels en est pour autant encore largement inexploité. Les études publiées dans des revues académiques de premier rang sont rares et beaucoup des analyses menées reposent sur de simples statistiques descriptives. La représentation légale des parties et le coût de la procédure, les éléments favorisant la négociation, l'influence du dialogue social au sein de l'entreprise sur la naissance des litiges ou encore le comportement des juges font partie des problématiques soulevées. Knight et Latreille, chercheurs bénéficiaires des bourses de recherche associées à l'exploitation des enquêtes SETA, sont les principaux contributeurs à cette littérature.

5.1. Rôle et rémunération de la représentation légale

Il est normal de trouver le coût de la procédure judiciaire et l'aptitude à négocier au centre des débats de politique publique portant sur les conflits individuels du travail. Knight et Latreille (2005) utilisant une enquête spécifique de 1998 auprès des représentants légaux choisis par les employeurs et les employés trouvent que les issues des cas où les salariés font appel à un avocat ne diffèrent pas sensiblement des cas où un autre mode de représentation est utilisé. En revanche, les cas où un avocat représente l'entreprise sont plus souvent associés soit à un abandon par le salarié soit, au contraire, à un procès et donc au détriment d'une plus grande chance de négociation.

Fraisse (2009) s'intéresse à l'inefficacité de la représentation due à l'émergence d'un « dilemme du prisonnier » : les parties gagneraient à être présentées mais ce gain s'annihilerait si elles décidaient de faire toutes deux simultanément appel à un avocat. Exploitant les données inédites sur les coûts et les gains associés à la procédure présentes dans les vagues 1998 et 2003 de l'enquête, il trouve qu'en moyenne un avocat n'apporte pas de gain supplémentaire au salarié et ceci quel que soit le mode de représentation de l'entreprise. Résultat surprenant, même en augmentant effectivement ses chances de gagner, une entreprise perd financièrement en moyenne

à engager un avocat et ceci en particulier si le salarié est représenté. Par ailleurs, le gain espéré lorsque les deux parties sont représentées est plus faible que lorsqu'aucune des parties n'est représentée.

Hammershley, Johnson et Morris (2007) exploitant la vague 2003 étudient de manière descriptive les contrats « *no win, no fee* » où l'avocat du salarié est rémunéré en partie sur les indemnités ordonnées par le tribunal. Les contrats contingents sont associés à des indemnités potentiellement plus élevées mais à des occurrences plus rares de victoire du salarié. Ces contrats sont associés à des probabilités d'accord plus grandes et d'abandon plus faibles.

3. Probabilités marginales^(*) de victoire du salarié et représentation au tribunal

	SETA 1998 et 2003	Données prud'homales 1990-2004
Salarié seul vs employeur seul	0,57 (0,4)	0,78 (0,004)
Avocat et salarié vs avocat et employeur	0,40 (0,05)	0,74 (0,006)
Avocat et salarié vs employeur seul	0,61 (0,05)	0,80 (0,006)
Salarié seul vs avocat et employeur	0,43 (0,04)	0,70 (0,005)

Lecture : Est considérée comme victoire du salarié toute décision conduisant au versement d'une indemnité au salarié ; Enquêtes SETA : 1 363 observations (les pondérations SETA sont utilisées) ; Données prud'homales : 1 164 950 observations.

Note : (*) La probabilité marginale est calculée à partir d'un modèle probit de la victoire du salarié au procès.

Les variables explicatives incluent : indicatrices année et régionales, âge, genre, qualification, salaire, expérience du salarié, taille et secteur d'activité de l'entreprise, indicatrice régionale et taux de chômage régional.

Sources : Fraisse (2009), enquêtes SETA (1998 et 2003) et ministère de la Justice (1990-2004).

5.2. Études de la négociation

Exploitant les données de l'enquête de 1992, Knight et Latreille (2000a) cherchent à fournir une typologie des cas réussis de négociations qui sont par ailleurs montrées beaucoup moins coûteuses qu'un procès. Les caractéristiques démographiques du salarié et en particulier le genre et le type de juridiction semblent influencer en premier lieu la réussite de la négociation tandis que les caractéristiques de l'employeur et les modes de représentation jouent essentiellement sur l'issue du procès.

En exploitant les questions dans l'enquête 2003 portant sur la qualité du cas tel que jugé par les parties au début de la procédure Latreille (2007) montre aussi la présence d'un biais souvent invoqué dans la littérature : l'aptitude à négliger les évidences pouvant modifier l'évaluation initiale

(*self-serving bias*). Ce biais explique une grande partie des échecs de négociation. L'auteur trouve que les interventions de l'ACAS en 2003 sont associées à une hausse significative de la probabilité de concilier.

Dans une tradition plus classique d'évaluation de politique publique, Fraise (2009) trouve, en comparant les enquêtes de 1998 et 2003, qu'une plus grande sévérité de la condamnation aux dépens a davantage incité les parties à négocier et plus particulièrement sur les cas juridiques complexes tels que, par exemple, les cas de discrimination.

5.3. Relations professionnelles et litiges individuels

On a vu que le législateur espérait diminuer le nombre de litiges individuels en modifiant la procédure de licenciement et en obligeant les parties à négocier. Knight et Latreille (2000b) exploitent l'enquête WERS (*Workplace Employment Relation Surveys*, l'équivalent de l'enquête REPONSE menée par la DARES) de 1998 pour relier les caractéristiques du lieu de travail avec l'incidence de litiges individuels. Si une main d'œuvre moins qualifiée, plus féminine et plus diverse correspond à davantage de plaintes pour licenciement abusif, l'existence d'une procédure formelle de licenciement, d'un management participatif et la présence de syndicats ne sont pas associés à une plus faible occurrence de litiges.

Les données prud'homales montrent qu'environ 90 % des cas proviennent désormais d'entreprises de moins de 10 salariés (contre 50 % environ au milieu des années quatre-vingt-dix) et qu'elles ont davantage de chances de gagner que les grandes entreprises (30 % contre 22 sont gagnantes en première instance) (voir, Fraise, 2009). Saridakis, Sen-Gupta, Edwards et Storey (2008) arrivent à des résultats inverses sur les données anglaises de l'enquête SETA 2003 : la probabilité d'être poursuivi ne dépend pas de la taille de l'entreprise. En revanche, la formalité des procédures judiciaires joue en défaveur des petites et moyennes entreprises où les relations professionnelles sont davantage informelles et celles-ci perdent davantage de procès. Par ailleurs, les auteurs trouvent que les PME ne concilient pas plus que les grandes comme il est aussi observé sur données françaises.

5.4. Biais de jugement

Une littérature récente s'interroge sur le rôle des conditions extérieures dans la manière dont la justice est rendue – une influence n'ayant pas lieu d'être sous le principe d'équité devant la justice. Ainsi, en utilisant des données de l'enquête SETA 1992, Latreille (2001) retrouve, dans les cas de litiges du travail, un résultat observé dans la littérature américaine qui lui attribue le terme de « paternalisme » ou « sens de la chevalerie » : un jury aura tendance à condamner moins souvent une femme qu'un homme. Toutefois, ce résultat n'est pas corroboré par les analyses effectuées sur les enquêtes suivantes.

Dans cette veine, quelques papiers s'intéressent à l'influence de la conjoncture sur le comportement des juges. Ichino, Polo et Rettore (2003) utilisent les poursuites engagées par les salariés d'une grande banque italienne pour constater que les jugements prononcés dans des zones où le chômage est plus élevé sont moins sévères. Marinescu (2008) reprenant une méthodologie similaire en utilisant la vague SETA de 1992 trouve au contraire que les juges britanniques condamnent davantage le salarié lorsque le chômage est élevé et ceci plus particulièrement lorsque ceux-ci ont déjà trouvé un emploi.

Le lien inverse qui étudie l'influence des décisions judiciaires en matière du droit de licenciement sur l'emploi a fait l'objet d'études récentes. Sur le plan théorique, des erreurs judiciaires peuvent inciter les « mauvais cas » à poursuivre leur employeur sans raison ce qui conduirait à un encombrement des tribunaux et un nouvel accroissement des erreurs judiciaires (Besancenot et Vranceanu, 2009). Dans le cadre d'une théorie du salaire d'efficacité, elles peuvent conduire les entreprises à offrir un complément de rémunération destiné à compenser les salariés s'ils sont licenciés (Stähler, 2008). Aucun papier empirique n'a pour l'instant exploité les données anglaises. En revanche, une contribution récente (Fraisie, Kramarz et Prost, 2009) s'intéresse dans le cas français à l'influence des décisions prud'homales sur le marché de l'emploi local.

Références bibliographiques

- Besancenot D. et R. Vranceanu (2009) : « Multiple Equilibria in a Firing Game with Impartial Justice », *Labour Economics*, vol. 16, n° 3, pp. 262-271.
- Brown S., B. Frick et J. Sessions (1997) : « Unemployment, Vacancies and Unfair Dismissals », *Labour*, vol. 11, n° 2, pp. 329-349.
- Burgess S., C. Propper et D. Wilson (2001) : « Explaining the Growth in the Number of Applications to Industrial Tribunals 1972-1997 », *Employment Relations Research Series*, n° 10.
- Cooter R.D. et D.L. Rubinfeld (1989) : « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », *Journal of Economic Literature*, n° 27, septembre, pp. 1067-97.
- Fiorentino A. (2009) : *Droit britannique : l'évolution contemporaine des procédures de rupture du contrat de travail*, Mimeo du Centre de Recherche Michel de L'Hospital, Université d'Auvergne à Clermont-Ferrand.
- Fournier G.M. et T.W. Zuehlke (1989) : « Litigation and Settlement: An Empirical Approach », *Review of Economics and Statistics*, n° 71, mai, pp. 189-95.

- Fraisse H. (2009) : *Essays on the Enforcement of the Employment Protection Legislation*, PhD Thesis, Cornell University.
- Fraisse H., F. Kramarz et C. Prost (2009) : « Labor Court Inputs, Judicial Cases Outcomes and Labor Flows: Identifying Real EPL », *Working Paper Banque de France*, n° 256.
- Gibbons M. (2007) : *Better Dispute Resolution: A Review of Employment Dispute Resolution in Great Britain*, DTI, Londres.
- Hammersley G., J.A. Johnson et D. Morris (2007) : « The Influence of Legal Representation at Employment Tribunals on Case Outcome », *Department for Business Enterprise and Regulatory Reform, Employment Relations Series*, n° 84.
- Hause J.C. (1989) : « Indemnity, Settlement, and Litigation, or I'll Be Suing You », *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, n° 1., janvier, pp. 157-179.
- Hughes J.W. et E.A. Snyder (1990) : « The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory », *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 6, n° 2, pp. 345-380.
- Hughes J.W. et E.A. Snyder (1995) : « Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence, » *Journal of Law and Economics*, vol. 38, n° 1, avril, pp. 225-250.
- Ichino A., M. Polo et E. Rettore (2003) : « Are Judges Biased by Labor Market Conditions? », *European Economic Review*, vol. 47, n° 5, pp. 913-944.
- Katz A. (1987) : « Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper? », *Journal of Law, Economics and Organization*, n° 3, pp. 43-76.
- Knight K.G. et P.L. Latreille (2000a) : « How Far Do Cases Go? Resolution in Industrial Tribunal Applications », *The Manchester School*, vol. 68, pp. 723-744.
- Knight K.G. et P.L. Latreille (2000b) : « Discipline, Dismissals and Complaints to Employment Tribunals », *British Journal of Industrial Relations*, vol. 38, pp. 533-555.
- Knight K.G. et P.L. Latreille (2001) : « Gender Effects in British Unfair Dismissal Tribunal Hearings », *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 54, n° 4, pp. 816-34.
- Knight K.G. et P.L. Latreille (2005) : « Making a Difference? Legal Representation in Employment Tribunal Cases: Evidence from a Survey of Representatives », *Industrial Law Journal*, vol. 34, n° 4, pp. 308-330.
- Latreille P.L. (2007) : « The Settlement of Employment Tribunal Cases: Evidence from SETA 2003 », *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform Employment Relations Research Series*, n° 61.

- Loewenstein G. (1993) : « Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining », *Journal of Legal Studies*, n° 22, pp. 135-58.
- Marinescu I. (2008) : « Are Judges Sensitive to Economic Conditions? Evidence from UK Employment Tribunals », *Harris School of Public Policy Studies, University of Chicago Working Paper*, n° 0802.
- Munoz-Perez B. et E. Serverin (2004) : « Le sort des demandes prud'homales en 2004 », *Bulletin d'Information Statistique du Ministère de la Justice*, n° 87.
- Perloff J.M., D.L. Rubinfeld et P. Ruud (1996) : « Antitrust Settlements and Trial Outcomes », *Review of Economics and Statistics*, vol. 78, n° 3, pp. 401-409.
- Sanders A. (2009) : « Part One of the Employment Act 2008: 'Better' Dispute Resolution? », *Industrial Law Journal*, vol. 38, pp. 30-49.
- Saridakis G., S. Sen-Gupta, P. Edwards et D.J. Storey (2008) : « The Impact of Enterprise Size on Employment Tribunal Incidence and Outcomes: Evidence from Britain », *British Journal of Industrial Relations*, vol. 46, n° 3, pp. 469-499.
- Siegelman P. et J.J. Donohue III (1995) : « The Selection of Employment Discrimination Disputes for Litigation: Using Business Cycle Effects to Test the Priest-Klein Hypothesis », *Journal of Legal Studies, University of Chicago Press*, vol. 24, n° 2, juin, pp. 427-62.
- Spier K. et B.L. Hay (1998) : « Settlement of Litigation » in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Newman (éd.), MacMillan Reference Ltd.
- Stähler N. (2008) : « Firing Costs, Severance Payments, Judicial Mistakes and Unemployment », *Labour Economics*, vol. 15, n° 6, pp. 1162-1178.

Complément D

Le système d'inspection du travail français : une administration en forte évolution aux missions réaffirmées avec force

Laurent Vilboeuf

Direction générale du travail (DGT)

Par référence aux formulations retenues par le Bureau international du travail (BIT), le Code du travail dans sa rédaction issue de la recodification (mai 2008) évoque le « système d'inspection du travail ». Il englobe, au-delà des agents de contrôle à proprement parler, tous les fonctionnaires du ministère du Travail qui contribuent au bon fonctionnement de cette administration, le cas échéant en exerçant des pouvoirs propres d'inspection du travail.

Les trois événements majeurs des dernières années sont :

- le plan de développement et de modernisation de l'Inspection du travail lancé en mars 2006 qui renforce les moyens humains, le pilotage et l'appui-soutien (voir *infra*) ;
- la fusion des quatre principaux services d'inspection du travail (« régime général », agriculture, transports, affaires maritimes) au 1^{er} janvier 2009. Subsistent cependant des spécificités pour la fonction publique, les centrales nucléaires, la défense, et quelques installations liées à l'énergie... ;
- la création au 1^{er} janvier 2010 des directions régionales des entreprises, de la concurrence et de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) et de leurs unités territoriales qui remplaceront les directions régionale et départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DRTEFP et DDTEFP), en rassemblant plusieurs services déconcentrés de l'État en lien avec les entreprises.

Les agents du système d'inspection du travail agissent dans un cadre de légalité commun. Celui-ci conjugue le respect par les agents d'un certain nombre de devoirs et d'obligations (discrétion professionnelle, confidentialité des plaintes, impartialité, etc.) et de garanties d'indépendance, leur statut devant

les protéger contre toutes les influences extérieures indues – cette garantie se combinant cependant avec les principes de cohérence et de subordination hiérarchique –, liberté de donner les suites appropriées à leurs constats, etc.

1. Le cadre général

1.1. Les missions

Les missions de l'Inspection du travail, plus particulièrement des agents de contrôle, sont définies par les conventions internationales 81 (industrie, services et commerce), 129 (agriculture) et recommandation 82 (transports) qui leur confient trois missions :

- le contrôle de l'application de la législation du travail ;
- l'information de l'autorité centrale sur les déficiences et abus non couverts par la législation ;
- l'information et le conseil technique aux salariés et employeurs pour appliquer de manière efficace la législation du travail.

Des dispositions nationales élargissent ces missions à l'application de textes réglementaires et conventionnels et visent aussi :

- le conseil et la conciliation, en vue de la prévention et de la résolution des conflits, notamment des conflits collectifs ;
- une contribution à la prévention des risques professionnels, ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail et des relations sociales ;
- le concours à l'exécution de l'ensemble des missions de la Direction départementale de l'emploi et de la formation professionnelle, avec des interventions de contrôle et d'inspection du travail sur le champ des politiques de l'emploi (plans de sauvegarde de l'emploi, apprentissage, en particulier) ;
- la lutte contre le travail illégal, sous toutes ses formes.

Si la mission première de l'Inspection du travail reste le contrôle de l'application de la législation du travail, celle-ci se traduit beaucoup plus souvent par le rappel de ses obligations à l'employeur que par la proposition immédiate de poursuites au parquet. La recherche de l'efficacité conduit l'Inspection du travail à mobiliser ses moyens d'intervention de manière graduée.

L'Inspection du travail française est généraliste en ce qu'elle est chargée d'intervenir sur l'ensemble des réalités sociales de l'entreprise : relations individuelles de travail, réglementation du travail, relations collectives et dialogue social, conditions de travail, hygiène et sécurité, conditions d'emploi dont les différentes formes de travail illégal.

Cette approche a été renforcée par le plan de modernisation et de développement de l'Inspection du travail en 2006. Elle privilégie la vision globale du monde du travail et la prise en compte de l'interdépendance des différentes formes de travail avec la condition salariale.

L'Inspection du travail est ainsi compétente pour veiller à l'application des dispositions du Code du travail, des lois et règlements non codifiés relatifs aux régimes du travail ainsi qu'à celles des conventions et accords collectifs. Elle veille également à l'application de quelques dispositions des codes de la Sécurité sociale, du Code pénal, du Code de la santé publique, du Code de la consommation (article L8112-2 du Code du travail)...

L'action de l'Inspection du travail s'inscrit en outre de manière significative dans le cadre de la *politique du travail* qui émerge avec force depuis le début des années 2000 et dont l'objectif majeur est l'effectivité du droit. Cette politique du travail a porté un ensemble de réformes sur tout le champ des relations et des conditions de travail : adaptation des modes d'élaboration et de la hiérarchie des normes (article L1 du Code du travail, loi du 20 août 2008), évolution forte du « fond » du droit du travail (lois « marché du travail », représentativité...), modification de l'organisation du travail, plan santé travail 1 et bientôt 2. La politique du travail s'est progressivement structurée autour d'une programmation renforcée de l'action.

1.2. Modes d'intervention

Les droits de l'Inspection du travail sont précisés par le Code du travail : le droit d'entrée dans les locaux de travail, le droit de visite des locaux de travail, le droit d'obtenir communication de documents, le droit de prélèvement direct et d'analyse des produits, le droit de prescrire des vérifications...

Les pouvoirs de l'Inspection du travail sont également définis par le Code du travail : le pouvoir de décision en tant qu'autorité administrative et les pouvoirs liés à la fonction de contrôle :

- l'observation ;
- la mise en demeure (prévue par un texte, délais de mise en conformité) ;
- le recours au juge des référés dans le cas de risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des travailleurs ;
- l'arrêt de travaux dans le cadre d'une procédure administrative mise en œuvre par l'agent de contrôle ;
- le procès-verbal transmis au procureur de la République...

2. L'activité de l'Inspection du travail : les voies de l'effectivité

On remarque tout d'abord que sur 845 165 observations formulées aux entreprises en 2008, seules 15 981 ont été relevées par procès-verbal soit moins de 2 %. Cette proportion est sensiblement la même depuis plusieurs années et traduit donc une pratique constante qui illustre le principe de « libre décision » sur les suites réservées aux constats par les agents de contrôle.

Les chiffres de l'Inspection du travail

	2006 ⁽¹⁾	2007 ⁽²⁾	2008
Entreprises à contrôler (en millions)			
• entreprises assujetties	1,55	1,59	1,60
• salariés concernés	15,73	16,09	16,02
Organisation du système d'inspection			
• sections d'Inspection du travail	484	526	577
Personnel du système d'inspection (en équivalent temps plein travaillé au 31 décembre)			
• inspecteurs en section	463	488	535
• contrôleurs en section	967	1 050	1 171
• agents administratifs en section	714	766	798
• agents appui ressources méthodes (ARM)	80	91	96
• médecins insp. régionaux du travail et de la main d'œuvre (MIRTMO)	54	53	47
• ingénieurs de prévention	50	61	61
• agents au service de renseignement du public	506	533	542
• ratio établissements par section	3 214	3 032	2 780
• ratio salariés par agent de contrôle	11 006	10 458	9 390
Activité de l'Inspection du travail			
• interventions en entreprise (ou chantier)	148 909 ⁽³⁾	215 588	251 093
• visites et contre visites en entreprises (en %)	68,2	67,5	66,5
• observations (manquements)	476 053	712 931	845 165
• mises en demeure (manquements)	9 161	14 738	20 773
• infractions relevées par procès-verbal ⁽⁴⁾ (intentions)	10 579 ⁽⁴⁾	14 694 ⁽⁴⁾	15 981
• référés civils (procédures)	54	50	23
• arrêts et reprises de travaux (BTP)	2 816	5 000	5 834
• conseils donnés au public (estimation)	NC	2 000 000	2 000 000
• enquêtes Accidents du travail et maladies profess. (AT/MP)	2 999	4 654	6 449
• décisions de licenciement de salariés protégés	16 572	20 154	17 566
• ratio interventions/agents de contrôle	104 ⁽¹⁾	140 ⁽¹⁾	147
Priorités d'action			
• interventions campagne n° 1 CMR (2006) ; grues (2007) ; poussières bois (2008)	1 919	2 700	3 105
• interventions campagne n° 2 amiante (206) ; manutention manuelle (2007 et 2008)	936	1 663	2 330
• interventions campagne n° 3 égalité professionnelle (2008)	—	—	328
• contrôles (parts en %)			
– travail précaire	3	2,1	3,2
– risque cancérrog., mutagène ou toxique pour la repro. (CMR)	3,5	4,7	5,9
– amiante/observ. sur la santé sécurité au travail	3,88	5,08	4,6
– évaluation des risques	8,4	11,4	11,4
– institutions représentatives du personnel (IRP)	3	2,9	3,1
– travail illégal	10	10,7	9,1

Champ : France métropolitaine et régions d'outre-mer.

Notes : (1) Le système d'information a changé en 2006. Sa montée en charge conduit à une sous-évaluation de l'activité de l'inspection en 2006 mais également dans une moindre mesure en 2007 ; (2) Début de la mise en œuvre effective du plan de modernisation et de développement de l'Inspection du travail ; (3) Pour l'année 2006, du fait d'une pause qualité du système d'information SITERE, l'activité recensée de l'inspection du travail est estimée à 65 % de l'activité réelle : ceci est vrai pour les six items : interventions, mises en demeure, procès-verbaux etc. mais également sur les enquêtes Accidents du travail et maladies professionnelles (AT/MP) ; (4) Avertissement : ces chiffres concernent les intentions de procès-verbaux et non ceux transmis. L'Observatoire des suites pénales (OSP), en cours de construction, permettra de préciser ces derniers chiffres (à la baisse/aux intentions).

Source : DGT.

Les éléments chiffrés issus des données du système d'information CAP SITERE sont en partie sous-évalués pour l'année 2006, notamment compte tenu de difficultés techniques liées à l'exploitation de ces données. En 2009, on observe que la tendance à la hausse des interventions en entreprise se confirme, ce qui résulte de l'effet conjugué de l'amélioration du niveau de saisie et de l'augmentation du nombre d'agents de contrôle liée à la mise en œuvre du plan de modernisation et de développement de l'Inspection du travail (PMDIT) à partir de 2007 et de la fusion des quatre services d'inspection du travail.

Cependant, si les agents de l'Inspection du travail inscrivent essentiellement leur action dans une perspective de régularisation (application réelle de la règle et des droits des salariés), il n'en reste pas moins que la voie répressive est utilisée – et doit demeurer un outil au service du respect du droit –, spécialement :

- lorsque le respect de l'ordre public social est directement en cause (travail illégal, risque d'atteinte grave à la santé et la sécurité des salariés, violation des droits essentiels, réitération des infractions, etc.) et lorsque cette voie reste le moyen d'obtenir l'application effective du droit ;

- parce qu'elle peut être utilisée en même temps que la régularisation de la situation est demandée ou que la cessation de la situation de risque est exigée. En effet, ce mode d'action (transmission de procès-verbaux et de rapport aux parquets) n'est pas le seul « levier » mobilisable par l'Inspection du travail, même s'il reste déterminant ; il permet aussi de reconnaître la réprobation sociale qui s'attache à certains comportements infractionnels. Les mises en demeure, les observations, l'utilisation de la voie du référé judiciaire, les arrêts de travaux sont autant de moyens qui participent aussi de l'effectivité du droit.

Toutefois, la sanction pénale, si elle peut inciter les entreprises à appliquer la norme (effet de dissuasion), n'est pas toujours le moyen adapté pour assurer une application efficace et rapide du droit, compte tenu notamment des délais d'audiencement et de l'engorgement des juridictions répressives. De ce point de vue, le développement important des arrêts de travaux (par exemple, dans le bâtiment, dus aux risques de chutes de hauteur et d'ensevelissement) illustre l'intérêt majeur des moyens d'intervention qui permettent d'agir immédiatement pour faire cesser une situation de danger, laquelle sera, en outre, dans les cas cités, de nature infractionnelle (5 016 arrêts de travaux en 2007, 5 834 en 2008...).

3. Une activité au service de l'effectivité du droit, de la qualité du travail et des relations sociales

3.1. La réflexion en cours sur les sanctions en droit du travail en lien avec l'action de l'Inspection du travail

L'action de l'Inspection du travail puise naturellement sa légitimité dans une action de contrôle renforcée des lieux de travail. C'est en ce sens que le plan de modernisation et de développement de l'Inspection du travail lancé en 2006 a défini des axes structurants, à savoir :

- renforcement des moyens humains (+ 700 agents entre 2007-2010 au terme d'un plan pluriannuel) ;
- renforcement du pilotage (création de la Direction générale du travail – DGT –, l'« autorité centrale » de l'Inspection du travail au sens des conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), et installation du Conseil national de l'inspection du travail) ;
- organisation d'une administration tournée, à tous les niveaux, vers l'appui et le soutien aux agents de contrôle.
- en outre et dans le prolongement de travaux antérieurs menés par la Direction des relations du travail^(*), le PMDIT a identifié un certain nombre de pistes de réflexion destinées à renforcer l'effectivité du droit, et notamment :
 - le renforcement des sanctions pénales, en particulier pour les infractions les plus graves ;
 - la définition d'une véritable politique pénale entre Chancellerie et DGT et, aux niveaux déconcentrés, entre DDTEFP/DRTEFP et parquets ;
 - la mise en place d'un observatoire des suites pénales dans la perspective du renforcement des sanctions (recueil des informations et consolidation des données en cours) ;
 - le développement des sanctions administratives selon des critères et des procédures définis par la loi dans le domaine contraventionnel, la voie administrative pouvant être choisie dans un objectif d'efficacité, à titre expérimental et progressif ;
 - l'exploration des sanctions administratives et pécuniaires ;
 - la mise en place opérationnelle du dispositif de suppression des aides à l'emploi en cas d'infraction à certaines règles du droit du travail.

(*) Voir Jean Michel (2004) : *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, La Documentation française, 2 tomes.

3.2. Une activité d'« ingénierie des relations sociales »

La place croissante donnée à la négociation collective, notamment au niveau de l'entreprise, la diversité des institutions représentatives du personnel, la multiplication des conflits collectifs avec des directions locales aux capacités de négociation incertaines implique, au niveau de l'État, le maintien, voire la consolidation d'une force d'intervention en capacité d'agir sous de multiples formes d'assistance, qui vont de la simple fourniture d'informations jusqu'à la prise en charge d'un conflit ou d'une négociation. Cette capacité s'exprime aussi sur le champ de la santé et de la sécurité au travail, la lutte contre le travail illégal, mais aussi l'accompagnement des restructurations. Ces domaines impliquent une forte capacité à conduire des projets locaux et à nouer des partenariats multiformes.

Pour autant, cette capacité d'action spécifique et singulière au sein des services de l'État, puise sa légitimité dans la connaissance concrète et fine des pratiques sociales des entreprises et des acteurs sociaux dans les territoires, connaissance qui se fonde sur la coexistence du contrôle et du conseil, les deux fonctions étant indissociables.

De ce point de vue, il apparaît que ces fonctions traditionnelles et identitaires de production de normes et d'inspection-contrôle ne répondent plus à elles seules aux exigences en matière d'intervention publique qu'impliquent, ou impliqueront, notamment au niveau local, les nouveaux modes de reconnaissance de la représentativité des organisations syndicales, le développement de la négociation collective au-delà de l'interprofessionnel et de la branche, des problématiques justifiant le renforcement des approches pluridisciplinaires et interinstitutionnelles.

Les réflexions sur la constitution des DIRECCTE et sur le positionnement et les missions en leur sein, du Pôle travail ont ainsi permis au Directeur général du travail d'affirmer avec force la double nécessité :

- d'imposer la politique du travail et l'activité du « Pôle travail » comme partie prenante dans l'objectif global des nouvelles directions régionales (meilleure intervention de l'État dans l'entreprise et dans son environnement, avec recherche d'une plus grande compétitivité) avec la conviction que le travail est au cœur de l'économie (l'exemple des risques psychosociaux et des troubles musculo-squelettiques est de ce point de vue très éclairant) ;

- de faire coexister la logique « contrôle » avec une activité de construction de partenariats et de nouveaux cadres d'action, identifiée sous le terme d'« ingénierie des relations sociales ». Cette activité, qui n'est pas réellement nouvelle pour les services déconcentrés, doit néanmoins être redéfinie pour tenir compte des nouveaux contextes rappelés ci-dessus et cela sans préjudice du développement récent des réflexions sur le dialogue social territorial, qui contribuent à l'analyse du champ des possibles en matière d'activité d'ingénierie sociale.

