

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Janvier 2004

© Institut de l'entreprise, 2004
Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution
réservés pour tous les pays

Directeur de la publication : Jean-Pierre Boisivon, Délégué général de l'Institut de l'entreprise

SOMMAIRE

PRÉFACE	5
LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL	9
LIVRE I. CONVENTIONS RELATIVES AU TRAVAIL	19
LIVRE II. RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL	31
LIVRE III. PLACEMENT ET EMPLOI	39
LIVRE IV. LES GROUPEMENTS PROFESSIONNELS, LA REPRÉSENTATION DES SALARIÉS, L'INTÉRESSEMENT, LA PARTICIPATION ET LES PLANS D'ÉPARGNE SALARIALE	45
LIVRE V. CONFLITS DU TRAVAIL	53
LIVRE VI. CONTRÔLE DE L'APPLICATION DE LA LÉGISLATION ET DE LA RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL	57
LIVRE VII. DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À CERTAINES PROFESSIONS	59
LIVRE VIII. DISPOSITIONS SPÉCIALES AUX DÉPARTEMENTS D'OUTRE MER	61
LIVRE IX. LA FORMATION PROFESSIONNELLE CONTINUE DANS LE CADRE DE L'ÉDUCATION PERMANENTE	63
LES ENTREPRISES FACE À LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS	65
LA COHÉRENCE ET LA LISIBILITÉ	67

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE	67
LA SIMPLIFICATION	68
LE DROIT À L'EXPÉRIMENTATION	70
LA NÉGOCIATION COLLECTIVE	71
LES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL	74
L'EMPLOI	79
LA GESTION DU CONTRAT DE TRAVAIL	80
LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR	81
L'AUTEUR	83
LA COMMISSION MODERNISATION DU DROIT DU TRAVAIL DE L'INSTITUT DE L'ENTREPRISE	84

PRÉFACE

L'Institut de l'entreprise a créé il y a quelques années une commission consacrée à la modernisation du droit du travail, dont l'objectif est de recenser périodiquement les initiatives souhaitables face à la complexité de notre appareil législatif, réglementaire et judiciaire en la matière. Cette complexité est en effet de plus en plus ressentie comme un sérieux handicap du site France, sans que pour autant les salariés y trouvent nécessairement leur compte.

Notre commission a, dans un premier temps, examiné, dans un colloque organisé en commun avec Entreprise et Progrès, les expériences étrangères d'adaptation et de simplification de la législation du travail, expériences qui, en Espagne comme aux Pays-Bas ou en Irlande, par exemple, ont été menées avec succès.

Elle a ensuite conduit diverses études sur la négociation collective, en s'appuyant, là aussi, sur des analyses internationales, puis elle s'est penchée sur le rôle de la jurisprudence, en montrant par des exemples concrets que la place croissante des tribunaux dans la régulation, voire la création de règles en matière sociale soulève, par l'aléa qu'elle introduit, des problèmes de plus en plus difficiles.

Fin 2001, la commission a fait réaliser par l'IFOP une série d'interviews auprès de 500 DRH d'entreprises de tailles très variables, afin de recueillir le sentiment de ces praticiens sur nos divers thèmes de travail.

Au terme de ces différentes étapes, nous avons conclu qu'une visite intégrale du Code du travail devait être tentée, afin notamment de distinguer :

– les archaïsmes ou complications inutiles, au sujet desquels un consensus devrait pouvoir s'établir avec les partenaires sociaux pour une mise à jour simplificatrice, conforme aux intérêts de toutes les parties en présence ;

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

– les points qui, sans relever d'un simple « toilettage », mais sans soulever non plus des montagnes, pourraient également être améliorés, notamment par l'abandon d'un formalisme procédural qui engendre des effets pervers sans pour autant mieux protéger les salariés ;

– les aspects plus fondamentaux touchant à la hiérarchie des normes, à l'organisation de la négociation collective et, plus profondément encore, aux conséquences de la transformation de notre société. Sur ces points plus « lourds » de notre droit du travail, les avis au sein de notre Commission, s'ils convergent sur la nécessité d'y apporter des réponses, ne débouchent pas nécessairement sur des points de vue entièrement communs.

Dès lors, nous nous sommes engagés dans une double démarche, dont le résultat fait l'objet de la présente note :

– d'une part, nous avons demandé à l'un des membres les plus actifs de notre groupe de travail, le Professeur Philippe Langlois, de procéder à la visite du Code que je viens de décrire, en le priant d'exprimer sans fard, sur les trois catégories de sujets que nous avons distinguées, son analyse et ses propositions. Nous sommes très reconnaissants à Philippe Langlois d'avoir bien voulu se livrer à cet exercice dont les conclusions, sans engager bien évidemment l'ensemble des membres de la commission, méritaient à coup sûr d'être publiées par l'Institut, à l'instar d'autres travaux, de caractère universitaire mais de portée parfaitement pratique, qu'il diffuse.

– d'autre part, et une fois cette note élaborée, nous avons souhaité la soumettre à un large panel de praticiens, afin de lui apporter en quelque sorte un contrepoint, notamment sur les sujets « lourds » à propos desquels, comme je l'ai souligné plus haut, les approches ou les priorités peuvent différer sensiblement.

Il faudra bien sûr élargir cette confrontation à des interlocuteurs syndicalistes en plus grand nombre que ceux que nous avons déjà rencontrés, mais dès à présent, on pourra constater, à la lecture de la synthèse établie par notre rapporteur Jean-Claude Lavaud, ancien directeur des ressources humaines de plusieurs grandes entreprises françaises, combien dense et stimulante est la matière déjà rassemblée.

Au cours de nos travaux, nous avons appris avec une très grande satisfaction la création, auprès du Ministre François Fillon, de la commission présidée par Michel de Virville. Il n'est pas trop présomptueux de penser que nos efforts de sensibilisation sur l'importance d'une modernisation du droit du travail aient pu, modestement, y contribuer.

En accord avec Michel de Virville, nous avons pensé que nous devons conserver le calendrier prévu pour la publication de nos propres travaux, qui vont ainsi poser un jalon de plus sur la route que sa commission a, de façon plus officielle, remarquablement défrichée.

La commission de l'Institut n'a en effet pour objectif que de participer activement au débat sur un sujet que nous croyons crucial pour l'avenir des entreprises, des salariés et de l'emploi dans notre pays.

Gérard Worms

***Président de la commission
Modernisation du droit du travail
de l'Institut de l'entreprise***

LA SIMPLIFICATION

DU DROIT DU TRAVAIL

PHILIPPE LANGLOIS

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

1 - La présente étude est une étude préliminaire qui ne prétend pas, loin de là, épuiser le sujet.

Elle a pour seul objet de montrer que la simplification du droit du travail est possible et que des pistes sérieuses existent pour cela. Elle doit donc être complétée et approfondie. Elle ne présentera pas un inventaire des réformes souhaitables, mais se bornera, sur le maximum de matières, à proposer des modes de raisonnement pouvant initier ces réformes.

Le but de ce travail n'est pas de proposer l'ébauche d'un nouveau Code du travail, mais d'indiquer des pistes générales et de tenter de démontrer qu'il est temps de mettre fin aux législations contingentes, et que toute réforme doit exprimer des principes généraux destinés à régir sur le long terme la matière traitée.

Elle tient compte des observations apportées par certains adhérents de l'Institut de l'entreprise interrogés à partir d'une première version de ce texte.

On trouvera, en seconde partie et à la suite de cette étude, une synthèse de ces entretiens, réalisée par M. Jean-Claude Lavaud.

2 - Le sujet doit être précisé.

Il est difficile d'envisager un droit du travail simple, si on songe aux multiples intérêts contradictoires que cette discipline doit concilier. Il suffit de se reporter aux conventions et aux accords collectifs, textes de compromis dont l'interprétation est délicate, pour en être convaincu.

Mais le droit étatique ne doit pas être un facteur de complexité et d'incertitude supplémentaire. La complexité des accords collectifs doit être réglée par les partenaires sociaux eux-mêmes sans qu'il faille pour cela saisir les tribunaux, lesquels ne devraient pas non plus être sans cesse sollicités pour interpréter le droit étatique.

Le droit étatique, pour sa part, doit s'en tenir à des principes généraux clairement exprimés, destinés à être mis en œuvre, selon le cas, par des accords collectifs ou des textes réglementaires, et susceptibles d'être confrontés à l'épreuve du temps par l'adaptation aux réalités sociales actuelles, ce qui constitue la tâche fondamentale de la jurisprudence.

Le vœu unanime, même s'il est difficile à exaucer, est la mise en place d'un droit du travail facilement accessible aux entreprises (spécialement petites et moyennes) et aux salariés : ceci pose la question de caractère superficiel d'une intervention législative et réglementaire dans le domaine des conditions de travail, domaine qui n'entre pas dans la compétence naturelle de la législation, mais plutôt dans celle de la négociation collective.

Il faut revenir à l'art classique de légiférer : le législateur ne doit pas vouloir tout régir, et doit surtout s'abstenir de toute législation contingente. Il devrait s'en tenir aux grands principes, et laisser le détail aux partenaires sociaux, voire à la jurisprudence. La définition légale du travail effectif ou du temps de pause illustrent ces errements, tout comme les législations qui, à chaque alternance politique, corrigent certains dispositifs sans les faire disparaître, ce qui conduit à la sédimentation de législations d'esprit contradictoire, sans grande cohérence. La législation sur les procédures de licenciement pour motif économique illustre ces errements.

La renaissance, dans le droit étatique et dans la jurisprudence, d'un formalisme pointilleux qui pèse exclusivement sur les entreprises, notamment à propos des procédures de licenciement et du recours à l'emploi précaire, constitue une régression juridique, en ce sens que la forme l'emporte sur le fond, rappelant les pratiques unanimement critiquées de l'ancien droit auxquelles a mis fin le droit révolutionnaire.

Ce formalisme conduit à interdire à des employeurs de faire valoir leurs droits du seul fait qu'ils n'ont pas respecté certaines règles, ce qui conduit à des injustices choquantes et à la prolifération de contentieux qui n'ont d'autres raisons d'être que de faire gagner un procès à un salarié dont il est certain qu'il ne devrait pas pouvoir se prévaloir des droits qu'il invoque.

3 - Deux conditions sont essentielles pour qu'il soit possible de songer à une simplification du droit du travail.

3 - I - Il importe d'établir les conditions d'une véritable négociation collective, ce qui suppose qu'elle ne puisse être engagée que par des organisations syndicales véritablement représentatives, tant du côté patronal pour les négociations de branche et les négociations interprofessionnelles, que du côté salarial pour l'ensemble des négociations.

Plus précisément, la crédibilité de la négociation collective suppose qu'un accord ne puisse être accusé d'être une fausse décision unilatérale patronale acceptée pour les besoins de la cause par des organisations qui ne sont pas véritablement représentatives.

La première étape devrait être constituée par la suppression de toute représentativité par affiliation. Les organisations professionnelles devraient toujours apporter la preuve de leur représentativité.

Il faut ensuite revoir les critères de la représentativité et exclure tout accord pour lequel les organisations signataires ne pourraient prétendre exprimer les intérêts de la majorité des salariés du niveau de négociation considéré. La position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et les moyens de l'approfondissement de la négociation collective, signée par la CFDT, FO, la CFTC et la CFE-CGC, constitue un très utile point de départ.

Une voie intermédiaire consisterait à modifier les critères actuels de la représentativité qui sont fort peu exigeants. Ces critères pourraient être :

- des effectifs significatifs ;
- une audience suffisante ;
- une activité réelle exercée en toute indépendance.

Ceci pourrait constituer une étape vers l'exigence d'accords conclus par des organisations syndicales représentant la majorité des salariés dans le domaine

de l'accord, exigence peut-être encore précoce au niveau de l'entreprise, et sans doute prématurée au niveau de la branche et de l'interprofession.

3 - 2 - La simplification doit tenir compte de la large place qui doit être faite à l'interprétation judiciaire, qui est une constante des systèmes juridiques contemporains et qui doit permettre au législateur d'en rester aux principes fondamentaux.

Ceci suppose, tout d'abord, que cette interprétation soit respectueuse de la loi et qu'elle soit fidèle aux principes énoncés par le législateur. Le juge ne doit jamais, comme il peut en être tenté, se substituer au législateur.

Il importe, ensuite, que les raisonnements menés par les juges soient impartiaux. Sans doute le droit du travail est-il conçu pour rétablir le déséquilibre qui existe dans la négociation individuelle du contrat de travail. Mais c'est au législateur et non au juge de déterminer quelles sont les règles qui dérogent au droit commun des contrats. Dès lors que le législateur a défini une orientation, l'interprétation judiciaire doit s'efforcer de faire produire son plein effet à l'orientation ainsi définie. Mais il ne doit pas aller au-delà et élaborer un droit du travail qui s'écarte du droit commun des contrats et qui ne serait fondé que sur des principes inventés par les juges pour les besoins de la cause, afin de parfaire une protection des salariés qu'ils estimeraient insuffisante.

3 - 3 - La complexité du droit du travail ne résulte pas seulement de la nature de ses règles, mais de l'interprétation qu'en donne une jurisprudence devenue très interventionniste depuis une dizaine d'années.

La Cour de cassation entend de plus en plus imposer de nouvelles règles qu'elle détermine elle-même et qu'elle fait évoluer.

De là une grande incertitude aggravée par le caractère nécessairement rétroactif de la jurisprudence, apparu de façon spectaculaire avec l'institution d'une contrepartie financière pour les clauses de non-concurrence.

Cette incertitude affecte actuellement les modes de rémunération variable, qui ne sont pas directement remis en cause, mais auxquels on applique des principes encore très incertains avec notamment :

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

- l'adage « *à travail égal, salaire égal* », posé pour interdire la discrimination entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, et que la Cour de cassation tente de généraliser sans dégager un fondement très précis ;
- l'interdiction des clauses de variation, fondée sur l'article 1134 du Code civil, alors qu'une jurisprudence civile consacrée par un arrêt de principe de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation admet la validité de ces clauses dans des contrats comparables, moyennant un contrôle judiciaire.

Ceci conduit à une réflexion plus large sur le rôle créateur de la jurisprudence.

3 - 3 - 1 - Notre système actuel est fondé sur la séparation des pouvoirs et sur l'idée selon laquelle la jurisprudence n'est pas créatrice de droit.

Cette idée est fautive, aucun régime juridique ne pouvant fonctionner sans que le juge ne crée ou n'adapte des règles de droit à la réalité sociale.

Il ne peut être question, dans le cadre de cette étude, de revoir en profondeur tout notre système ; on peut néanmoins et plus simplement envisager certaines adaptations limitées.

Dans les systèmes juridiques dans lesquels le rôle créateur du juge est institutionnalisé, des contraintes pèsent sur les juridictions suprêmes afin que les juges ne se substituent pas au législateur. Tout est organisé afin d'éviter le « gouvernement des juges ».

Deux contraintes essentielles pèsent sur les juridictions :

- la contrainte d'une motivation détaillée, justifiant de façon rigoureuse la filiation de la décision rendue avec les précédents ou les textes régissant la matière, et indiquant les raisons de l'évolution éventuelle. La motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes illustre cette première contrainte ;
- la contrainte en vertu de laquelle, lorsqu'une juridiction n'est pas unanime, les opinions dissidentes sont publiques, ce qui permet d'apprécier pleinement

les raisons ayant conduit à adopter l'orientation choisie. Telle est la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ces contraintes sont incompatibles avec le principe selon lequel la Cour de cassation ne se prononcerait que sur les affaires qui lui sont soumises, le secret du délibéré interdisant que l'opinion des magistrats délibérant soit publique.

Ce principe est très largement théorique, la publication facultative des rapports des avocats généraux et des conseillers rapporteurs permettant de connaître l'opinion de magistrats ayant participé au délibéré, ce qui conduit à s'interroger sur la réalité du secret du délibéré.

Le secret du délibéré appliqué à l'examen d'affaires par la Cour de cassation ne repose sur aucun fondement, la Cour de cassation n'étant juge que de la régularité de la décision qui lui est soumise et non de l'affaire jugée. Sa tâche consistant à vérifier si la décision attaquée viole un principe ou une règle, elle ne doit pas juger les faits de la cause dont l'appréciation appartient au pouvoir souverain des juges du fond.

Il serait donc possible, sans que ceci constitue une révolution juridique, de généraliser l'obligation de rendre publique (par internet) les éléments dont ont disposé les magistrats pour rendre leur décision :

- texte des pourvois, voire les textes des observations des avocats à la Cour de cassation ;
- rapport de l'avocat général ;
- rapport du conseiller rapporteur.

Un débat juridique approfondi pourrait alors s'instaurer sur ces textes.

Cette obligation pourrait ne pas être générale, mais s'imposer pour tous les arrêts que les magistrats considèrent comme constituant des arrêts de principe.

3 - 3 - 2 - On a aussi pu constater une déformation par la Chambre sociale de la Cour de cassation de certaines règles du droit civil.

Plus spécialement, elle a abondamment utilisé l'article 1134 du Code civil (« *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ») pour mettre en place des règles ayant peu de rapports avec ce texte. En particulier, l'essentiel de la jurisprudence instituée en matière de modification du contrat et de rémunération repose sur ce texte, par des interprétations qui s'écartent sensiblement de la jurisprudence civile, même rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass. A. P 1^{er} décembre 1995 D 1996, 13 concl. Jéol, note L. Aynès ; JCP 1996 II 22565, concl. Jéol, note J. Ghestin).

Il serait bon que, lorsqu'un arrêt de principe est rendu au visa d'un texte ou d'un principe appartenant au droit civil, cet arrêt soit délibéré, non par la Chambre sociale seule, mais par une formation réunissant des magistrats de plusieurs chambres, la Chambre mixte paraissant constituer la formation adéquate puisque l'une de ses fonctions est l'unification des jurisprudences de la Cour de cassation.

3 - 4 - Il importe enfin, dans cette perspective, de rappeler que le droit du travail est un droit d'exception par rapport au droit civil, et qu'en l'absence de textes ou d'institutions propres au droit du travail, le droit civil reste le droit commun auquel il convient de se référer.

4 - Une première démarche qui n'est pas simple consiste à rechercher quelles sont les règles qui appartiennent par nature à la compétence du législateur.

L'histoire explique très largement l'inflation législative du droit du travail. Au XIX^e siècle, le droit français interdisait toute coalition. Lorsqu'il s'est agi de mettre fin aux abus du capitalisme naissant, les salariés n'ont pu se tourner vers une représentation collective, et l'Etat a donc dû intervenir par une législation interdisant les pratiques les plus contestables, législation dont le contrôle a été confiée à une Inspection de travail créée à cette fin.

La loi sur la liberté syndicale du 21 mars 1884 n'a pas mis fin à l'intervention de l'Etat, et le départ entre les matières qui appartiennent par nature au

législateur et celles qui appartiennent à la négociation collective n'a jamais été opéré.

De là la faiblesse des syndicats, qui peuvent obtenir des arbitrages favorables des Pouvoirs publics lorsque le rapport de force ne leur permet pas de voir leurs revendications satisfaites sur le terrain.

C'est ce départ qui va être tenté dans ce travail.

5 - Cette répartition entre compétence des Pouvoirs publics et partenaires sociaux sera complétée par des réflexions essentiellement techniques sur la législation du travail en suivant l'ordre du Code du travail. Ici aussi des réformes essentielles pourraient être envisagées.

Il convient enfin de préciser que ce texte ne constitue pas une forme d'avant-projet de nouveau Code du travail. Il s'agit d'un ensemble de réflexions sur ce que pourrait être un droit du travail moderne, destiné à montrer au législateur qu'il ne doit jamais ignorer le contexte dans lequel ses réformes s'inscrivent et, plutôt que d'accumuler les textes contingents, de ne réformer que par des dispositions cohérentes et adaptées réglant non pas une question, mais une matière.

LIVRE I. CONVENTIONS RELATIVES AU TRAVAIL

TITRE I - CONTRAT D'APPRENTISSAGE

Il est normal que le législateur définisse le régime juridique du contrat d'apprentissage et son particularisme par rapport au contrat de travail.

Actuellement le Code distingue les dispositions applicables aux contrats conclus avant le 1er juillet 1972 (chapitres I à IV) et celles applicables aux contrats conclus après le 1er juillet 1972 (chapitres V à IX).

Une première réforme très simple consisterait à supprimer les quatre premiers chapitres, aucun contrat d'apprentissage conclu avant 1972 (c'est-à-dire vieux de 30 ans !) n'étant en vigueur. Ces chapitres ne figurent du reste plus dans les éditions commerciales du Code du travail.

Le principe d'un allègement de la réglementation consisterait à ne réserver à la réglementation légale et conventionnelle que ce qui intéresse la substance de l'apprentissage :

- les généralités, qui expriment les principes de base de l'apprentissage (article L 115-1 et L 115-2 ; R 115-1) ;
- le régime juridique du contrat d'apprentissage (chapitre VII), y compris le statut de l'apprenti.

En revanche, tout ce qui concerne l'enseignement de l'apprenti hors de l'entreprise, ainsi que le financement de l'apprentissage, devrait faire l'objet d'une réglementation décentralisée, le législateur n'intervenant que pour définir des principes généraux que les organismes régionaux décentralisés mettraient en œuvre en concertation avec les Chambres de commerce et les Chambres des métiers.

TITRE II - LE CONTRAT DE TRAVAIL

Ce titre est essentiel. Il adapte, pour le droit du travail, le droit commun des contrats, qui doit continuer à régir le contrat de travail à titre de principe. Les règles particulières du droit du travail doivent n'être que des règles d'exception.

Ceci n'interdit aucunement au droit du travail de poser des principes généraux propres au droit du travail, qui doivent alors se combiner avec le droit des obligations, comme ceux relatifs aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives (art. L 120-2).

Mais ces principes doivent être posés par le législateur, et les tribunaux ne doivent pas avoir le droit de poser eux-mêmes des principes qui vont altérer ceux qui résultent du droit des obligations.

Les **dispositions générales** figurant au **CHAPITRE I^{ER}** appartiennent certainement à la compétence législative :

- champ d'application (art. L 120-1) ;
- droits des personnes, libertés individuelles et collectives (art. L 120-2) ;
- exécution de bonne foi du contrat de travail (L 120-3) ;
- soumission du contrat de travail au droit commun (L 121-1) ;
- régime juridique de base du contrat (art. L 121-2, 3, 4 et 5).

En revanche, les dispositions de l'article L 120-3 sur le paiement des cotisations de sécurité sociale dans des situations particulières n'ont pas leur place dans le Code du travail.

L'exigence de l'emploi de la langue française prévue par l'article L 121-1 s'est révélée très utile en pratique.

Enfin tout ce qui concerne les conditions de la conclusion du contrat de travail (art. L 121-6 à 8), qui reste très largement théorique, devrait

être laissé à la jurisprudence qui, conformément au droit commun, doit définir elle-même la loyauté dont l'employeur doit faire preuve lors de la négociation du contrat de travail.

Les situations intermédiaires entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise

La jurisprudence a adopté une définition large du contrat de travail ; c'est en particulier le cas de la jurisprudence relative à l'ensemble organisé permettant de faire bénéficier du droit du travail et d'assujettir au régime général de la sécurité sociale, nombre de professions indépendantes par nature (médecins, enseignants, sportifs...).

Fondée sur la subordination entendue dans son sens large, cette jurisprudence n'appelle pas d'observations particulières, à l'exception d'arrêts d'espèce, comme celui sur les chauffeurs de taxi conducteurs de leur propre véhicule (Cass.soc. 19 déc. 2000 ; RJS 3/01, n°275). Il suffit que soient respectés les principes posés par l'arrêt de la Chambre sociale du 13 nov. 1996 (Bull. civ.V, no 386, adde Cass. soc., 23 janv. 1997, no 95-10.224 ; Cass. soc., 20 févr. 1997, no 95-15.569 ; Cass. soc., 13 mars 1997, no 95-17.802 ; Cass. soc., 3 avr. 1997, no 95-13.674 ; Cass. soc., 10 juill. 1997, no 95-10.155).

Le rétablissement de la présomption d'absence de contrat de travail par l'article 23 de la loi du 1^{er} août 2003 devrait réduire l'insécurité qui pourrait naître de certaines évolutions jurisprudentielles.

La jurisprudence sur l'ensemble organisé a rendu très largement obsolètes les dispositions législatives destinées à régler ce type de situations qui composent l'essentiel du Livre VII, et seront examinées avec ce livre.

Les règles propres au contrat de travail qui composent le **CHAPITRE II** de ce titre appartiennent aussi à la compétence du législateur.

Il en va ainsi tout d'abord de la section I consacrée aux **contrats à durée déterminée**.

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Une réflexion sur l'histoire du régime juridique des contrats à durée déterminée pourrait conduire à simplifier sensiblement une réglementation caractérisée par sa complexité et un formalisme très sévèrement sanctionné.

L'intervention législative initiale à la fin des années 1960 était déjà discutable. Une jurisprudence tout à fait légitime était intervenue afin de limiter les pratiques consistant à conclure des contrats à durée déterminée afin de tourner le droit du licenciement, en concluant des contrats successifs que l'employeur pouvait librement décider de ne pas renouveler à chaque échéance. La jurisprudence a rendu effectif le caractère impératif du droit du licenciement, en considérant que ces refus de renouvellement s'apparentaient à des licenciements, si bien que les salariés recevaient une double protection :

- aucune rupture ne pouvait intervenir pendant la durée convenue des contrats ;
- le refus de renouvellement était considéré comme un licenciement, dont il devait d'ailleurs respecter les conditions.

Le législateur est intervenu dans un premier temps pour limiter cette jurisprudence, ce qu'il n'aurait jamais dû faire. Celle-ci, fondée sur des principes indiscutables, aurait dû pouvoir se développer sans entrave.

Il a ensuite poursuivi l'objectif actuel qui est d'agir sur l'emploi. Les statistiques établissant que l'une des sources du chômage est la cessation des contrats à durée déterminée, le législateur a cru qu'en restreignant le recours aux contrats à durée déterminée et donc au travail précaire, on allait agir sur l'emploi. Aucune étude n'a démontré que cet objectif était pertinent, et tout porte à croire que le résultat est très vraisemblablement inverse.

Il faudrait donc tout simplement s'en remettre à la jurisprudence ancienne et la laisser concrètement définir quand le recours aux contrats à durée déterminée est destiné à tourner le droit du licenciement, et appliquer ce droit lorsque tel est le cas. On pourrait ainsi purement et simplement supprimer toute la section consacrée aux contrats à durée déterminée et les nombreux pièges qui résultent d'une réglementation inutilement tatillonne.

Il est possible de songer aussi au développement du **contrat de chantier** (contrat à durée indéterminée conclu pour la durée d'un chantier; le licenciement prononcé à l'expiration du chantier étant un licenciement justifié ne donnant pas lieu à l'application des dispositions régissant le licenciement pour motif économique - art. L 321-12), réservé au seul secteur du bâtiment, alors que des situations similaires se produisent dans nombre d'autres secteurs, spécialement dans l'informatique.

La section II consacrée à la **résiliation du contrat de travail à durée indéterminée** relève incontestablement de la compétence législative, aussi bien pour la section I sur la résiliation que pour la section II sur le conseiller du salarié, section qui pourrait parfaitement disparaître, l'intérêt de ce conseiller n'ayant jamais été démontré.

Les réformes éventuelles sur le droit du licenciement méritent une réflexion plus approfondie qui n'a pas sa place dans une étude qui n'est pas destinée à dresser un inventaire des réformes souhaitables.

On s'arrêtera simplement sur le formalisme de la notification du licenciement telle que prévue par l'article L 122-14-2, pour laquelle deux réformes paraissent indispensables :

- le législateur doit préciser ce qu'il entend par la motivation du licenciement, une jurisprudence très évolutive conduisant à de nombreuses condamnations d'employeurs mal informés ayant procédé à des licenciements légitimes ;
- il faut que le législateur précise les sanctions d'une mauvaise motivation afin qu'il ne soit pas interdit à l'employeur de faire valoir des motifs connus du salarié, mais qui ont été mal notifiés. Le formalisme qui résulte de la jurisprudence et qu'aucun principe général ne justifie est plus le signe d'une régression juridique que d'une forme adaptée de protection des salariés.

La section III sur les **conséquences de la rupture du contrat de travail** relèvent de la compétence législative et ne doivent pas non plus faire l'objet d'une simplification.

Ce n'est pas vrai pour les sections suivantes (IV et V), relatives à la **suspension du contrat de travail**, sédimentation de textes qui se sont succédés, conduisant à une législation disparate et complexe, sans aucune ligne directrice.

Une refonte complète paraît nécessaire à partir d'une réflexion assez simple.

Le véritable intérêt de cette législation étant de protéger le salarié d'une rupture qui résulterait de l'inexécution par lui de son obligation de travailler, il convient, tout simplement, de préciser la nature de cette **protection**. Celle-ci pourrait évoluer selon les causes d'arrêt de travail, une gradation pouvant intervenir selon ces causes.

S'agissant de la **situation du salarié** pendant la durée de l'interruption du travail, il faudrait définir les incidences de cette durée sur l'ancienneté du salarié, une réglementation unitaire paraissant nécessaire, certaines règles confinant à l'absurde, comme l'article L 122-28-6 qui prévoit que la durée du congé parental d'éducation est prise en compte pour moitié pour la détermination des avantages liés à l'ancienneté. Il conviendrait aussi d'affirmer que l'arrêt de la prestation de travail ne suspend pas le contrat de travail, qui continue à régir les relations entre les parties pour tout ce qui n'est pas lié à l'accomplissement du travail et à sa contrepartie (la rémunération).

La **situation à la fin de la suspension (interruption du travail)** devrait aussi être précisée. Il faudrait revoir en profondeur toute la législation sur l'inaptitude au travail, qui fait l'objet d'une réglementation complexe dont on a peine à percevoir le véritable intérêt, alors qu'il s'agit de savoir si le salarié est ou non apte, médicalement, à occuper son poste de travail.

Les incidences d'une inaptitude définitive dont les causes sont étrangères à l'entreprise ne devraient pas peser sur cette dernière. C'est à la collectivité nationale (avec les prestations d'invalidité de la sécurité sociale) et à la prévoyance (avec les prestations complémentaires d'invalidité) qu'il doit revenir de prendre en charge les conséquences d'une inaptitude au travail, et non à l'entreprise. Imposer à l'employeur, comme le fait la jurisprudence (sans véritable fondement juridique) de verser une indemnité de licenciement à un salarié dont l'inaptitude n'est pas liée au fonctionnement

de l'entreprise, fait peser sur celle-ci une charge sans contrepartie, qui peut mettre en péril le fonctionnement de petites et moyennes entreprises. Cette charge est d'autant plus discutable que l'instrument adéquat, à savoir la mutualisation de l'indemnisation de l'invalidité, est déjà très largement organisée.

Les textes sur le **règlement intérieur, la protection des salariés et le droit disciplinaire** (Section VI) n'appellent sans doute pas de réforme d'ensemble, sauf à mettre en place une meilleure articulation entre la procédure disciplinaire et les dispositions protégeant les représentants du personnel.

Il n'en va pas de même des sections VII et VIII sur les **discriminations et le harcèlement**. L'étendue des discriminations interdites devrait être revue, à commencer par l'interdiction de la discrimination fondée sur l'apparence physique, l'état de santé (nature de la maladie, ou perturbations résultant de l'absence pour maladie ?), et surtout le régime particulier de preuve de l'alinéa 4 de l'article L 122-45 qui conduit l'employeur à apporter une preuve négative à partir de la simple présentation par le salarié d'éléments de fait dont il n'a pas à établir la réalité.

Ce même dispositif, repris pour les différentes formes de harcèlement, devrait lui aussi être réformé.

Il convient en outre de s'interroger sur la réglementation relative au **harcèlement moral** dont le seul intérêt est d'éviter au salarié d'apporter la preuve du harcèlement dont il se prévaut, harcèlement qui, s'il est établi, justifie sans texte la condamnation de son auteur et celle de l'employeur qui l'a laissé se développer sans réagir.

Le régime de l'**égalité professionnelle entre hommes et femmes** résultant du **CHAPITRE III** mérite aussi de figurer dans le Code du travail, même si on peut rester sceptique sur l'efficacité de telles dispositions, la possibilité pour la loi de faire évoluer les mœurs n'ayant jamais été démontrée.

Le **CHAPITRE IV sur le travail temporaire** mérite aussi une place dans le Code du travail. Mais, comme pour les contrats à durée déterminée, le seul

but poursuivi par le législateur devrait être d'apporter les garanties nécessaires aux salariés, plutôt que de tenter de restreindre le recours à ce type d'emploi, comme s'y emploie avec un succès des plus relatifs la législation depuis de nombreuses années. L'identité des cas de recours aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire qui fonde l'actuelle réglementation est une fausse bonne idée, les deux formes d'emploi ayant des caractéristiques foncièrement différentes.

Seul l'abus caractérisé doit être sanctionné par la requalification du contrat, ce que la jurisprudence peut faire seule, comme elle requalifie déjà les contrats à durée déterminée dissimulant des contrats à durée indéterminée.

Le **marchandage** auquel est consacré le **CHAPITRE V** mérite d'être entièrement repensé. Résultant d'une réglementation élaborée au début du siècle, avec un régime pénal obscur, les juridictions répressives ont élaboré une jurisprudence qui s'est largement écartée des textes. La question essentielle est pour ces juridictions celle de la prohibition de la fausse sous-traitance, i.e. les contrats de sous-traitance dissimulant un prêt exclusif de main-d'œuvre.

Plus précisément se pose la question d'une réglementation particulière du **marchandage**, la seule prohibition clairement définie et utile étant celle de l'article L 125-3 interdisant les opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre qui ne respectent pas les prescriptions régissant le travail temporaire.

La marchandage permet de réaliser des opérations de sous-traitance se traduisant par un prêt de main-d'œuvre, lequel n'est pas l'objet exclusif de l'opération. Son intérêt a très largement évolué.

Au début du XX^e siècle, cette réglementation était destinée à lutter contre des officines dont l'objet était la seule exploitation de la force de travail des ouvriers. Ces officines ont pratiquement disparu, et le fléau moderne est constitué par le travail clandestin pour lequel une réglementation adaptée se met progressivement en vigueur.

La prohibition du marchandage est actuellement destinée à lutter contre l'extériorisation de la main-d'œuvre, phénomène très largement répandu dans

l'économie moderne et dont il appartient au pouvoir politique de juger du bien-fondé.

Le caractère dépassé de cette réglementation apparaît clairement à la lecture de l'article L125-2, qui ne présente plus aucun intérêt, alors qu'une protection moderne des salariés des entreprises sous-traitantes devrait être mise en place.

On saisit mal l'intérêt des **CHAPITRES VI sur le cautionnement** (textes très largement désuets), **VII sur les groupements d'employeurs** et **VIII sur les associations intermédiaires** (loi du 25 juillet 1985 et loi du 27 janvier 1987 déjà abrogées), **IX sur les services aux personnes** (qui n'a pas sa place dans le Code du travail) et **X sur le développement social urbain** (loi du 28 décembre 2001, sans doute vouée à la désuétude comme la plupart des textes programmatiques en matière d'emploi) .

TITRE III - LES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS DE TRAVAIL

Ce titre n'exige pas une véritable réforme, si ce n'est celle, plus générale, exigeant une véritable représentativité des organisations signataires de conventions et accords collectifs de travail.

L'articulation entre les divers niveaux de négociation pourrait aussi être laissée à la compétence d'une négociation collective. Il serait normal que les parties à un accord collectif aient le pouvoir de déterminer l'impact des accords qu'elles concluent, et puissent admettre que les clauses d'un accord d'entreprise puissent se substituer à celles d'un accord de branche.

Il conviendrait de préciser les **conditions d'application du principe de faveur**, créé de toutes pièces par la jurisprudence, à côté de l'ordre public social, et dont le caractère systématique ne paraît pas compatible avec la souplesse nécessaire dans l'articulation entre les conventions collectives.

Deux réformes paraissent s'imposer pour **la négociation d'entreprise** :

– les **modalités de négociation en l'absence de délégués syndicaux**, question déjà largement débattue ;

– l'institution de **modalités particulières de négociation dans les groupes d'entreprises**, complétant la jurisprudence instituée par l'arrêt du 30 avril 2003 ; une question essentielle est de savoir si un accord de groupe unitaire peut prévoir que toutes les sociétés du groupe sont régies par la convention collective de branche soit correspondant à l'activité principale du groupe, soit choisie par les partenaires sociaux sans qu'elle corresponde à cette activité.

Il conviendrait sans doute aussi d'adapter la réglementation **sur l'extension et l'élargissement des conventions et accords collectifs aux nouvelles fonctions de ces techniques**, c'est-à-dire à la mise en place de réglementations dont les principes sont fixés par la loi.

La fonction de l'extension est d'imposer à des employeurs non signataires les conventions collectives conclues par des organisations patronales représentatives.

Avec les accords dérogatoires, leur fonction est de vérifier que les dérogations à la loi respectent l'esprit d'une législation destinée à s'adapter à la réalité concrète des entreprises. Il convient donc de repenser les procédures d'extension et d'élargissement à la lumière de cette évolution.

Une modernisation des textes du **CHAPITRE V sur l'application des conventions et accords collectifs de travail** paraît nécessaire, surtout à propos des actions en justice susceptibles d'être engagées.

TITRE IV - LES SALAIRES

Ce titre ne soulève pas de véritables difficultés.

L'efficacité du chapitre préliminaire sur **l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes (chapitre préliminaire)** est réduite, et

on peut se demander si cette matière doit continuer d'être régie par le droit interne, l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne consacrant le même principe étant d'application directe et ayant fait l'objet d'une abondante et très féconde jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui rend très largement inutiles les dispositions du droit interne.

Une réflexion sur la pertinence de la législation actuelle doit en tout état de cause être menée.

Il serait bon que le législateur mette fin à la jurisprudence qui a généralisé le principe « **à travail égal, salaire égal** » en détournant les textes sur l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes par un arrêt du 29 octobre 1996, repris par un arrêt 18 mai 1999 sans que les incidences précises de ces arrêts soient déterminées. De ce fait, il est impossible de définir la portée d'un principe qui, s'il était poussé jusqu'à son terme, pourrait faire peser sur le fonctionnement des entreprises privées les mêmes contraintes que celles qui caractérisent la politique salariale de la fonction publique.

Il ne semble pas qu'un texte s'impose pour rendre licites les diverses formes de **salaire variable**, la solution devant être trouvée dans une application non tronquée de l'article 1134 du Code civil. Il n'est pas normal que la jurisprudence de la Chambre sociale, voulant contrôler le pouvoir de direction de l'employeur, se fonde inexactement sur ce texte pour imposer des prescriptions sur la détermination des salaires, alors que cette matière appartient en propre à la négociation collective, et que le législateur a laissé libre cette négociation.

Le SMIC (chapitre I) a bien entendu sa place dans le Code du travail.

Il est certain, en outre, que le régime juridique de la créance de salaire doit faire l'objet d'une réglementation figurant dans le Code du travail (**CHAPITRES III sur la paiement du salaire, IV sur les retenues sur salaire, V sur la saisie et la cession, VII sur la répartition des pourboires**), même si certains questions sont dépassées et ne devraient plus faire l'objet d'une réglementation particulière (**CHAPITRES VI sur le salaire de la femme mariée et VIII sur les économats**).

TITRE V - SUR LES PÉNALITÉS

Chaque livre du Code du travail se termine par un titre sur les pénalités ; or une réflexion approfondie devrait être menée sur celles-ci.

La multiplication des sanctions pénales à propos du contrat de travail (sanctions très souvent formelles) est, quant à elle, foncièrement malsaine, la nature de ces sanctions interdisant leur mise en œuvre effective.

Il conviendrait donc d'en limiter le domaine à la seule sanction des comportements patronaux inspirés par le souci exclusif de tourner des principes essentiels du droit du travail.

LIVRE II. RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL

Ce livre est celui qui contient la réglementation la plus foisonnante et la plus détaillée.

Le **chapitre préliminaire** devrait être réduit à sa **section I^{ère} sur les généralités**, et au texte simple définissant le champ d'application du livre II (actuel article L 200-1).

Les dispositions de l'article L 200-3 sur la sous-entreprise de main-d'œuvre qui sont tombées en désuétude pourraient être supprimées.

On voit mal l'intérêt du maintien de l'**Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail** à laquelle est consacrée la **section II**, qui pourrait par conséquent être supprimée.

TITRE I – LES CONDITIONS DE TRAVAIL

Le **CHAPITRE I sur l'âge d'admission** a sa place dans le Code du travail.

Une débat est nécessaire à propos du **CHAPITRE II sur la durée du travail**.

I - La réflexion devrait partir de la distinction entre trois objets propres à toute réglementation relative à la durée du travail.

L'objet essentiel, le seul retenu par la directive communautaire du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, est constitué par la protection de la sécurité et de la santé des salariés.

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Cet objet peut être élargi, le législateur pouvant aussi étendre son domaine d'intervention au bien-être des salariés, en exigeant que l'employeur leur accorde les temps de repos en rapport avec l'évolution des mœurs. La réglementation sur le repos compensateur appartient à ce type de réglementation. On peut ou non considérer qu'elle s'impose. Mais la décision dépasse sans doute la seule compétence des partenaires sociaux.

Le deuxième objet est de nature salariale. En fixant une durée normale du travail, le législateur définit la base de la rémunération du travail. Les heures accomplies au-delà donnent droit à une rémunération complémentaire, le tarif horaire pouvant, lorsque la durée hebdomadaire est dépassée, être majoré (heures supplémentaires). Il s'agit donc de dispositions qui n'ont pas pour objet la sécurité ou la santé des salariés, mais dont l'objet exclusif est la rémunération du salarié.

Reste enfin l'organisation de la durée du travail, celle destinée à répartir la durée au cours de la semaine, du mois, voire de l'année, et qui doit être adaptée au fonctionnement des entreprises.

Seul le premier objet appartient foncièrement à la compétence du législateur, le reste pouvant parfaitement relever, comme la rémunération et l'organisation du travail, de la négociation collective.

2 - Il convient donc de définir quels sont les textes actuels qui appartiennent certainement à la compétence législative.

Ces prescriptions sont imposées par la directive du 23 novembre 1993, dont on sait qu'elle est fondée sur la sécurité et la santé des travailleurs :

- repos journalier ;
- temps de pause ;
- durée maximale hebdomadaire de travail ;
- rythme de travail (nécessité pour l'organisation du travail de tenir compte du principe général de l'adaptation du travail à l'homme, la régle-

mentation actuelle, trop complexe, pouvant s'inspirer directement de la directive).

En l'espèce il s'agirait des textes suivants :

- l'article L 220-1 sur le **repos quotidien** ;
- l'article L 220-2 sur le **temps de pause** ;
- les dispositions de l'article L 212-7 sur les **durées maximales de travail**.

C'est peu de choses lorsqu'on examine l'ensemble de cette réglementation d'une complexité redoutable sur laquelle il convient de s'arrêter.

La référence à la **durée normale du travail**, servant de base à la rémunération, devrait incomber à la négociation collective (art. L 212-1 ; L 212-2). L'article L 212-1-1 déterminant des règles de preuve particulières non véritablement justifiées devrait être abrogé pour en revenir au droit commun.

La définition du **temps de travail effectif** devrait relever de la négociation collective, puisqu'il s'agit d'une question liée à la rémunération.

L'**organisation de la durée du travail**, pour laquelle l'article L 212-2 renvoie à des décrets d'application dont certains, prévus depuis 1936, n'ont pas encore été pris, devrait être renvoyée à la négociation collective. Certains principes directeurs pourraient cependant être fixés par le législateur, dès lors qu'ils influent sur les conditions de vie des travailleurs.

Le régime de la **récupération des heures perdues** du fait de la fermeture des entreprises devrait résulter de la négociation collective, puisqu'il s'agit de définir le champ d'application des majorations pour heures supplémentaires, certaines interdictions (comme celle posée dans l'éventualité d'une grève) pouvant être déduites par la jurisprudence de droits fondamentaux, comme le droit de grève.

Le régime des **astreintes**, actuellement régi par l'article L 212-4 bis, devrait être défini par les conventions et accords collectifs dans les professions dans

lesquelles elles sont nécessaires, ce qui irait au-delà de la réforme actuelle qui se borne à revenir sur une jurisprudence ponctuelle.

Le régime juridique du temps choisi devrait être largement libéralisé, qu'il s'agisse du régime des **horaires individualisés** (art L 212-4-1), qui devrait pouvoir être librement décidé par l'employeur, ou du **travail à temps partiel**, pour lequel le législateur devrait se borner à poser le principe de l'égalité des droits avec les salariés à temps plein qui résulte de l'article L 212-4-5, texte qui devrait être maintenu, le reste devant relever de la négociation collective.

Le législateur pourrait aussi intervenir afin de limiter les possibilités pour les employeurs de faire varier librement la durée du travail à temps partiel.

Quant aux dispositions sur le **travail intermittent** (art. L 212-4-12), dont la pertinence n'a jamais été vérifiée, elles devraient disparaître du fait de la suppression de la législation sur les contrats à durée déterminée ; cette législation est du reste foncièrement incompatible avec le travail intermittent, alors que cette forme d'emploi est très répandue.

Les dispositions sur les **heures supplémentaires** devraient elles aussi disparaître, à l'exception de celles fixant des maxima (art. L 212-7).

Relèveraient alors de la négociation collective, outre le régime des heures supplémentaires, le régime du travail par cycles (L 212-7-1), les diverses formes de modulation (L 212-8) et le lissage des rémunérations (L 212-8-5).

Les textes régissant la réduction de la durée du travail en jours devraient disparaître (L 212-9).

Les **dispositions particulières aux cadres** résultant de la loi du 19 janvier 2000 devraient elles aussi disparaître au profit de dispositions résultant de la négociation collective.

Se poserait alors la question, entièrement ouverte, de l'éventualité d'une réglementation destinée à garantir aux salariés un **repos minimum**, inspirée de celle relative au repos compensateur, qui pourrait préciser

que les heures excédant une certaine durée hebdomadaire ou mensuelle doivent donner lieu à repos compensateur d'une égale durée.

Les dispositions sur les **jeunes travailleurs** (L 212-13 et 14) relèvent sans aucun doute de la compétence législative, comme celles régissant le travail de nuit (L 213-1 à 10).

TITRE II - REPOS ET CONGÉS

Ce titre forme un tout avec la réglementation relative à la durée du travail.

Les dispositions régissant le repos quotidien relèvent, on l'a vu, de la compétence législative.

Le régime juridique du **repos hebdomadaire** devrait être entièrement remanié, le pouvoir politique devant définir quel est le plancher qui s'impose aux partenaires sociaux.

La réglementation fort peu contraignante sur les **jours fériés** devrait être laissée à la négociation collective, le décompte en heures prévus par la loi Aubry II ayant conduit à imposer la rémunération de ces jours fériés dans les branches où elle ne l'était pas. Exception pourrait être faite pour le **1^{er} mai**.

Les règles régissant les jeunes travailleurs et les apprentis (art. L 222-2 et 4) devraient être maintenues.

On doit raisonner sur les **congés annuels** comme pour la rémunération, la durée actuelle des congés payés ayant tout d'abord été fixée par des conventions collectives avant de l'être par la loi. Le législateur devrait ne fixer qu'une **durée** minimum considérée comme indispensable à la santé des travailleurs et à la consécration d'un droit au repos. La durée effective devrait, quant à elle, résulter de la négociation collective.

De même, les règles relatives aux **périodes de congés payés et à l'ordre des départs** ne devraient dépendre que de la négociation collective (L 223-7).

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

En revanche, le régime juridique applicable aux congés payés, et spécialement les dispositions régissant l'indemnité de congés payés et l'indemnité compensatrice de congés payés, devraient, comme celles définissant le régime juridique de la créance salariale, rester régies par la loi (L 223-11 à 17).

Les dispositions relatives aux **femmes en couches et aux femmes allaitant leurs enfants** appartiennent naturellement à la compétence législative (L 224-& à 6).

Il appartient également au législateur de maintenir en vigueur les dispositions régissant les divers **congés non rémunérés** qui ne sont pas financés par les entreprises.

Enfin l'institution d'un compte épargne temps (L 227-1) ne devrait pouvoir résulter que d'accords collectifs qui définiraient leur régime juridique.

TITRE III - HYGIÈNE, SÉCURITÉ ET CONDITIONS DE TRAVAIL

Il ne fait guère de doutes que tout ce qui intéresse l'**hygiène et la sécurité du travail** appartient à la compétence législative.

Cette compétence s'explique tant par la nature des enjeux de cette réglementation que par l'obligation faite au Etats membres de l'Union européenne de transposer les directives communautaires, la santé et la sécurité relevant de la compétence communautaire et pouvant faire l'objet de directives votées à la majorité qualifiée.

La répartition des textes, entre une réglementation législative affirmant des principes et de nombreux décrets souvent très techniques et détaillée, s'impose, elle aussi, dans une matière où la réglementation doit être proche de la réalité, et donc précise et évolutive.

La problématique essentielle intéresse les sanctions pénales de ces règles. Elles semblent incontournables, et il serait en particulier contestable d'exo-

nérer le chef d'entreprise, ou son délégataire, de la responsabilité pénale au titre de l'article L 221-6 du Code pénal, pour le délit d'homicide par imprudence, des articles L 222-19 et 20 et R 625-2 du Code pénal pour l'atteinte à l'intégrité de la personne physique d'autrui, ainsi que de l'article L 223-1 du même code pour la mise en danger d'autrui. Il suffirait que les juridictions appliquent les dispositions pénales conformément à leur lettre et à leur esprit.

En revanche, l'efficacité des amendes prononcées du seul fait de la violation de textes relatifs à l'hygiène et à la sécurité n'a jamais été démontrée. Il est souvent difficile d'échapper à l'alternative entre une pénalité financière légère et peu efficace, et une pénalité financière conséquente qui risque de mettre en péril le devenir de l'entreprise.

Un effort devrait être fait en direction de sanctions préventives modernes plus adaptées, comme la mise en demeure des articles L 230-5 et L 231-5 du Code du travail, la prescription par l'inspecteur du travail de l'arrêt des travaux en présence d'une situation de danger grave imminent dans les chantiers du bâtiment et des travaux publics (L 231-12), ou la saisine du juge des référés afin qu'il ordonne toute mesure de nature à faire cesser un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur (L 263-1).

La condamnation de l'employeur à présenter un plan de sécurité qui, en cas de carence, peut être imposé par le juge (L 263-3-1), constitue aussi une mesure dont l'emploi pourrait être développé.

La fermeture et les interdictions professionnelles dans l'éventualité de récidives (L 263-4 et L 263-6) devraient être conservées.

Il conviendrait enfin de mieux répartir les compétences entre le **Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail** (L236-1 et suivants) et le comité d'entreprise, l'article L 432-3 du Code du travail ayant élargi la compétence des comités d'entreprises aux conditions de travail. Ce texte devrait être abrogé, chaque institution devant avoir un champ exclusif de compétence, alors que les CHSCT paraissent donner assez largement satisfaction en raison du caractère concret des questions qu'ils traitent.

**TITRE IV ET TITRE V - SERVICES DE SANTÉ AU TRAVAIL ET
SERVICE SOCIAL DU TRAVAIL**

Il n'existe pas de raison majeure de simplifier cette réglementation.

LIVRE III. PLACEMENT ET EMPLOI

TITRE I - PLACEMENT

Une remarque liminaire s'impose : on ne peut qu'être frappé par le volume et le caractère détaillé de cette réglementation, et la minceur de ses résultats.

Il faut sans doute d'interroger sur le bien-fondé d'un **service public du placement (CHAPITRE I)**, institué pour lutter contre certaines pratiques discutables et qui paraît bien dépassé. Le monopole de l'Agence Nationale pour l'Emploi (L 331-1, puis L 311-7 et suivants) est, du reste, très théorique. Plutôt que d'en poser le principe, il conviendrait sans doute d'admettre d'autres intervenants, en exigeant d'eux de véritables garanties et en subordonnant l'exercice de leur activité à un agrément administratif permettant d'exercer un contrôle sur le respect des conditions jugées nécessaires pour protéger les demandeurs d'emplois. Cesserait alors l'hypocrisie actuelle, qui admet l'intervention d'organismes à l'initiative des entreprises, y compris les entreprises d'« *out placement* » qui ne font rien d'autre que de rechercher des emplois à des salariés.

La réglementation sur le **placement privé (CHAPITRE II ; L 312-1 et suivants)** devrait ainsi être revue.

L'établissement et le contrôle de la liste des demandeurs d'emploi par la seule administration (L 311-5 et suivants) pourrait être aussi remise en question, l'intérêt essentiel de cette inscription étant l'octroi d'allocations chômage dont la distribution incombe, pour l'essentiel, aux ASSEDIC, ce qui complique fortement ce contrôle et ne simplifie pas la tâche des demandeurs d'emploi dans l'éventualité d'une contestation.

La possibilité d'un contrôle des ASSEDIC, avec des possibilités de recours devant les juridictions prud'homales, constituerait sans doute une réforme

utile, permettant aux partenaires sociaux de mener, à l'image de ce qui se passe dans nombre d'autres Etats de l'Union européenne, une action plus efficace en faveur du retour à l'emploi.

TITRE I - EMPLOI

Il appartient aux Pouvoirs publics de décider si le dispositif de surveillance de la main-d'œuvre par déclaration des mouvements qui l'affectent (**CHAPITRE préliminaire**) doit être maintenu.

CHAPITRE I. Licenciement pour motif économique

Il ne fait guère de doute que, du moins pour ses principes essentiels, la réglementation des licenciements pour motif économique relève de la compétence législative.

Si réforme il doit y avoir, elle incombe au législateur.

La compétence législative ne devrait cependant pas être unique. L'accord interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi du 10 février 1969 et ses avenants ont souvent servi de modèle au législateur, qui s'en est inspiré pour les dispositions qui régissaient le plan social. Le législateur a cependant écarté tout dialogue social lors de la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi par la loi du 17 janvier 2002. Il serait bon que cette répartition des compétences soit rétablie, étant entendu que la détermination de la légitimité des licenciements pour motif économique ne peut qu'appartenir à la compétence législative.

Il n'entre pas dans l'objet de ce travail de détailler une réforme des licenciements pour motif économique, dont le régime est devenu d'une extrême complexité du fait d'un enchevêtrement inextricable de réglementations successives pas toujours conciliables.

Une remise à plat s'impose.

Une **réflexion générale** s'impose sur l'efficacité du dispositif actuel, qui se caractérise par une rigidité dont il n'a jamais été démontré qu'elle était favorable à l'emploi. Il conviendrait, dans cette réflexion, de faire table rase des tabous.

Par exemple, le caractère systématique de **l'obligation de reclassement** se justifie par le souci de ne pas exposer des salariés au traumatisme de la perte d'un emploi. Ce caractère systématique écarte cependant nécessairement de certains emplois des demandeurs d'emploi, et en particulier des jeunes, qui peuvent avoir le profil adéquat pour les occuper. La portée de cette obligation devrait donc être soigneusement précisée, et être réservée aux travailleurs âgés dont on sait que le maintien dans l'entreprise doit devenir une priorité avec la réforme des retraites.

De même, la jurisprudence qui ne considère que ne sont légitimes que les licenciements dont l'objet est « **la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise** » peut se comprendre comme instituant un équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et la protection de l'emploi. L'efficacité à long terme des contraintes qui pèsent sur les entreprises n'est cependant pas démontrée. Ces contraintes sont d'autant plus lourdes qu'elles pèsent sur la modification des contrats de travail des salariés, comme lors de l'unification des systèmes de rémunération à la suite d'une restructuration d'entreprise. Une réflexion approfondie s'impose sur cette importante question.

On relèvera, sur le plan technique, la nécessaire réforme :

– des règles régissant **l'ordre des licenciements** (L 321-I-1) dont l'obscurité s'est accrue avec la réforme de la loi du 17 janvier 2002 ;

– du régime de la **modification des contrats de travail** en prescrivant, à l'article L 321-I-3, que la procédure de licenciement pour motif économique ne doit être engagée que pour les salariés qui refusent la modification de leur contrat. La suppression de la distinction superficielle entre les consultations du livre IV et du livre III doit être envisagée, une procédure commune pouvant être instituée pour consulter le comité d'entreprise, à la fois sur la mesure conduisant à la restructuration et sur les licenciements qui en sont la conséquence (l'expertise sur les licenciements ne présente aucun intérêt si elle ne porte pas sur la restructuration, alors que le comité doit

déjà avoir été consulté sans pouvoir recourir à une expertise au sens de L 434-6) ;

– du **rôle de l'administration**, qui n'a cessé de se compliquer après avoir été simplifié par la loi du 30 décembre 1986, et qui devrait être revu, quitte à revenir aux dispositions de cette ancienne loi.

Par ailleurs le législateur devrait réaffirmer le **caractère impératif des délais**, en interdisant toute suspension et report de leur point de départ par les tribunaux ; enfin l'impact **des accords collectifs conclus dans l'entreprise**, déjà envisagé par le législateur (alinéa 2 de l'article L 321-6), devrait être renforcé, un plan social recueillant l'accord de partenaires sociaux authentiquement représentatifs devant pouvoir éviter tout contentieux collectif autre que celui portant sur l'accord lui-même.

CHAPITRES II. Le Fonds national de l'emploi ;

II. bis sur les dispositions relatives au travail à temps partiel ;

II. ter sur les dispositions relatives aux embauches dans les zones de redynamisation urbaine et dans les zones de revitalisation rurale

Cette réglementation très complexe des aides à l'emploi doit faire l'objet d'un examen approfondi afin de déterminer l'impact réel sur l'emploi des différentes aides accordées. Cet examen suppose que soit opérée une simulation crédible comparant les résultats obtenus, avec la situation que l'emploi en France aurait connu en l'absence de ces aides. Une étude impartiale, menée en dehors du Ministère du Travail, paraît constituer un préalable nécessaire à toute réforme.

CHAPITRE III. Dispositions régissant l'emploi de certaines catégories de travailleurs

Ce chapitre consacré à des travailleurs dont l'insertion sur le marché du travail est délicate est nécessaire et doit relever de la compétence législative, même s'il est souhaitable que la négociation collective s'y intéresse plus qu'elle ne

le fait actuellement – encore que des actions spontanées des entreprises et des branches aient déjà été menées.

La section V sur l'emploi obligatoire des pères de famille devrait rejoindre la section IV sur les handicapés sociaux dans le lot des textes abrogés.

CHAPITRE IV sur les cumuls d'emploi et le travail dissimulé

Ces dispositions relèvent de la compétence législative. Elles ne paraissent pas exiger un effort de simplification particulier.

TITRE III - CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'ÉGALITÉ PROFESSIONNELLE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

On renverra à l'étude de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (L 123-I et suivants) pour connaître les raisons de l'intérêt réduit de cet organisme.

TITRE IV - MAIN-D'ŒUVRE ÉTRANGÈRE ET PROTECTION DE LA MAIN-D'ŒUVRE NATIONALE

Ce titre relève certainement de la compétence législative, dans une matière sensible, essentiellement politique.

TITRE V - LES TRAVAILLEURS PRIVÉS D'EMPLOI

La répartition des compétences entre législation et négociation collective résultant de l'histoire et ayant été utilement expérimentée ne devrait pas être revue.

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Les deux seules questions sont celles de la répartition des compétences entre institutions gestionnaires et administration à propos du contrôle des demandeurs d'emploi ainsi que celle de la possibilité pour les partenaires sociaux d'initier des politiques actives de retour à l'emploi, question déjà évoquée lors de l'étude des dispositions régissant le service public du placement (L 311-1 et suivants).

LIVRE IV. LES GROUPEMENTS PROFESSIONNELS, LA REPRÉSENTATION DES SALARIÉS, L'INTÉRESSEMENT, LA PARTICIPATION ET LES PLANS D'ÉPARGNE SALARIALE

TITRE I – LES SYNDICATS PROFESSIONNELS

CHAPITRE I. Le statut juridique des syndicats

La réglementation sur les syndicats professionnels appartient certainement à la compétence législative.

Une réforme essentielle s'impose : **la représentativité** des organisations syndicales, qui ne fait actuellement l'objet que d'une disposition spéciale (l'article L 133-2 qui ne régit que les conventions collectives susceptibles d'extension) et dépassée (avec le critère de l'attitude patriotique pendant l'occupation). Il conviendrait donc d'adopter une législation d'ensemble fondée sur une représentation authentique de la majorité des salariés, étape préliminaire et décisive de toute tentative de rénovation des sources du droit du travail.

On rappellera les critères proposés, du moins dans un premier temps :

- effectifs significatifs,
- audience suffisante,
- activité réelle exercée en toute indépendance.

CHAPITRE II. Exercice du droit syndical dans l'entreprise

S'il est possible d'envisager des réformes de fond (délai de contestation des délégués syndicaux, protection contre le licenciement dans l'éventualité de l'annulation d'une autorisation de licenciement), la matière ne paraît pas mériter une réforme d'ensemble.

TITRE II – LES DÉLÉGUÉS DU PERSONNEL

Institution plus que cinquantenaire, les délégués du personnel ont acquis droit de cité. Leur réglementation n'appelle pas une réforme générale, mais des aménagements sur certains points.

TITRE III – LES COMITÉS D'ENTREPRISE

CHAPITRE I. Champ d'application

L'intitulé de ce chapitre est trompeur, seul l'article L 431-1 traitant du champ d'application.

Les autres dispositions sont des dispositions générales sur le comité d'entreprise, qui devraient être conservées à l'exception :

- de l'article L 431-5-1 sur les annonces publiques du chef d'entreprise résultant de la loi du 17 janvier 2002, texte difficile à appliquer, qui peut entraver la stratégie de communication des entreprises, sans véritable contrepartie au profit des salariés et qui devrait être purement et simplement abrogé ;
- de l'article L 431-5, pour préciser que la décision qui doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise est la décision unilatérale du chef d'entreprise, afin de mettre fin à la jurisprudence qui impose la consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif. Cette dualité de procédure, imposée par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 mai 1998

en raison de la méfiance de cette juridiction pour les accords qui seraient conclus avec des organisations syndicales minoritaires (V rapp. Frouin Dr.soc. 1998, (579), compliquerait inutilement une négociation collective d'entreprise menée avec des syndicats véritablement représentatifs.

CHAPITRE II. Attributions et pouvoirs

Ce chapitre doit être entièrement refondu.

La réforme doit commencer par l'abrogation des textes résultant des lois du 15 mai 2001 du 17 janvier 2002, qui n'ont rien fait d'autre que de compliquer la vie des entreprises sans véritable contrepartie, l'exemple caractéristique étant le nouvel article L 432-I bis qui institue une procédure d'information avec expertise pour les opérations de concentration donnant lieu à contrôle, alors que ce contrôle est institué dans le seul but d'une protection de la concurrence, question qui n'intéresse pas les salariés, alors que le comité doit être consulté sur l'opération elle-même si celle-ci intéresse son entreprise.

Une première réforme d'ensemble doit consister à revoir la philosophie du comité d'entreprise.

A l'origine sa **fonction** était essentiellement **économique**, les représentants des salariés devant être associés au processus des décisions essentielles pour la stratégie de l'entreprise. Ce seul principe devrait suffire, sans qu'il soit nécessaire de prendre un ensemble de textes, souvent mal rédigés, alors que la jurisprudence (arrêt Haulotte du 2 mars 1978) avait fort bien su déterminer quelles décisions essentielles devaient être soumises à la consultation du comité d'entreprise. La simplification est donc tout à fait possible, si le législateur veut retrouver sa véritable fonction qui est de poser des principes directeurs clairs. L'article L 432-I pourrait ainsi être sensiblement simplifié.

La réforme essentielle devrait porter sur les **situations délicates pour lesquelles une confidentialité s'impose**, non seulement pour mener à bien certaines négociations délicates, mais en raison des principes du droit boursier. Il conviendrait, sur ce point, de s'aligner sur la directive 2002/14/CE

du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne et spécialement sur son article 6 sur les informations confidentielles, instituant une obligation de confidentialité pesant à la fois sur les représentants des travailleurs et sur les experts, ainsi que, dans des cas spécifiques, le droit pour le chef d'entreprise de ne pas communiquer des informations ou de procéder à des consultations lorsque leur nature est telle que, selon des critères objectifs, elles entraveraient gravement le fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement ou lui porteraient préjudice.

Une protection efficace de la confidentialité devrait être assurée, la violation constituant une faute grave justifiant le licenciement du membre du comité d'entreprise, et une action en responsabilité civile contre l'expert ayant violé cette confidentialité.

Peut-être faudrait-il confirmer le rôle du comité d'entreprise en cas de difficultés de l'entreprise, en précisant cependant que le juge a le pouvoir de statuer sur le sérieux du motif invoqué par le comité d'entreprise pour déclencher la **procédure d'alerte** (L 432-5) afin d'éviter un abus du recours à cette procédure.

La consultation du comité d'entreprise a été ensuite étendue à des domaines dans lesquels elle interfère avec la négociation collective, qui se trouve fortement compliquée par cette dualité de compétences.

Le principal domaine est celui des **conditions de travail** régi par l'article L 432-3 du Code du travail, domaine très extensif puisqu'il inclut tout ce qui concerne la durée et l'aménagement du temps de travail. Ce texte a en outre été enrichi de consultations dans de multiples matières (formation, prévoyance complémentaire).

Ce texte devrait être entièrement repensé pour laisser le champ libre à une authentique négociation collective d'entreprise. La dualité est foncièrement malsaine. Il conviendrait donc de faire le départ entre ce qui appartient à la négociation collective et devrait exclure la consultation, et ce qui échappe à la négociation collective pour entrer dans le champ d'action du CHSCT (tout ce qui concerne les conditions de travail au sens strict du terme, ou les conditions d'emploi).

Il ne paraît pas nécessaire en revanche de revenir sur les attributions du comité d'entreprise en matière d'**emploi**, si ce n'est pour les concentrer sur les compressions d'effectifs et la gestion prévisionnelle de l'emploi.

De même, le comité d'entreprise doit conserver une compétence en matière de formation, et spécialement sur sa consultation relative aux orientations de la formation professionnelle dans l'entreprise.

En revanche, les dispositions relatives à l'**embauche et au contrôle des salariés** (L 432-2-1) fondées sur une suspicion à l'égard de l'employeur ne devraient pas être maintenues.

Le dispositif d'**information** du comité d'entreprise, y compris l'expertise sur les comptes, devrait être conservé, la transparence des entreprises étant essentielle pour tout dialogue avec les représentants des salariés. Une modernisation des textes qui se sont succédés dans le temps devrait être envisagée.

L'attribution du monopole de l'**activité sociale et culturelle** aux comités d'entreprise ne devrait pas être revue.

En revanche, le financement de cette activité doit être entièrement revu, la loi devant se borner à fixer un minimum et laissant à la négociation collective le soin de prévoir un chiffre supérieur, qui pourrait, contrairement à une jurisprudence (Soc. 5 déc. 1997) fondée sur une interprétation erronée de textes complètement dépassés (L 432-9 et R 432-11), pouvoir varier librement, à la hausse et à la baisse, au-dessus du plancher légal.

CHAPITRE III. Composition et élections

Les textes composant ce chapitre qui relèvent de la compétence législative ne semblent pas appeler une réforme d'ensemble. Peut-être certains textes sur l'électorat et l'éligibilité mériteraient-ils d'être précisés, en particulier l'article L 433-4, afin de prescrire que l'ancienneté de trois mois devant être prise en considération soit celle des trois mois consécutifs précédant l'élection.

CHAPITRE IV. Fonctionnement

Ce chapitre n'appelle pas de réformes majeures, les questions qu'il traite restant, en tout état de cause, très politiques. Peut-être le chiffre de 0,2 % de la masse salariale devrait-il être plafonné, et un bilan de l'utilisation de cette subvention devrait-il être présenté chaque année au comité.

CHAPITRE V. Comités d'établissements et comité central d'entreprise

Ce chapitre n'appelle pas de réformes particulières.

CHAPITRE VI. Conditions de licenciement des représentants du personnel

Ce sujet très vaste et très politique sera abordé pour l'ensemble des représentants du personnel, y compris les délégués syndicaux et les délégués du personnel.

Il n'est pas question, dans le cadre de cette étude, de revoir dans le détail la légitimité de toutes les mesures protectrices qui se sont succédées au cours des années. Un point mérite cependant, sans doute, une réforme : il s'agit des conséquences de l'annulation de l'autorisation administrative de licenciement des représentants du personnel (L 436-3), qui revient à faire supporter par les entreprises les incidences des erreurs de l'administration.

Les textes composant le chapitre VII ont été abrogés.

CHAPITRE VIII. Le bilan social

Il conviendrait de s'interroger sur le point de savoir si cette institution née en 1977 est bien entrée dans les mœurs et ne constitue pas une simple obligation formelle pesant sur les entreprises.

CHAPITRE IX. Le comité de groupe

Cette institution entrée dans les mœurs n'appelle pas de réforme immédiate.

CHAPITRE X. Le comité d'entreprise européen ou procédure d'information et de consultation dans les entreprises de dimensions européennes

Ce chapitre transposant dans le droit français une directive européenne n'appelle pas non plus de réforme immédiate.

TITRE IV - INTÉRESSEMENT, PARTICIPATION ET PLANS D'ÉPARGNE SALARIALE

Ces dispositifs qui sont bien implantés dans les entreprises n'appellent pas de réforme d'ensemble.

TITRE V - FORMATION ÉCONOMIQUE, SOCIALE ET SYNDICALE

L'ensemble de ce titre constate l'impossibilité pour les organisations syndicales d'assurer seules la formation de leurs adhérents. La réforme de la représentativité des organisations syndicales pour en faire de véritables représentants des salariés, devrait encourager l'adhésion des salariés et procurer aux organisations syndicales authentiquement représentatives les moyens de former leurs adhérents, ce qui serait plus sain que les modes actuels de financement de ces formations (financement patronal prévu par l'article L 451-1 et 2, financement par l'Etat prévu par l'article L 452-2).

TITRE VI - DROIT D'EXPRESSION DES SALARIÉS

Gadget législatif mis en place en 1982, pour contenir les initiatives patronales sur les cercles de qualité, ce droit d'expression ne paraît pas avoir produit de résultats significatifs. Une étude sur l'impact réel des articles L 461-1 et suivants pourrait précéder leur abrogation.

TITRE VII - FONDS SALARIAUX

Il paraît nécessaire de procéder à une étude sur l'intérêt réel présenté par ces fonds.

TITRE VIII - PÉNALITÉS

Une réflexion d'ensemble doit, on l'a vu, être menée à propos des pénalités.

Une étude particulière devrait être engagée sur les différentes formes de délits d'entraves institués par des textes généraux qui sanctionnent des entraves apportées à la constitution, au fonctionnement, ou à la désignation des membres des différentes institutions représentatives en se référant à un ensemble de textes complexes qui font l'objet d'une interprétation évolutive de la jurisprudence. Ceci conduit des chefs d'entreprise à être reconnus coupables d'une infraction pénale pour avoir adopté un comportement conforme à la jurisprudence à l'époque où les faits ont été commis. Il n'est du reste pas certain que les modalités de définition du délit d'entrave soient compatibles avec les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il conviendrait donc de revoir l'ensemble de ces pénalités, pour ne conserver que celles sanctionnant une volonté délibérée de l'employeur d'entraver la mise en place ou le fonctionnement d'une institution représentative du personnel.

LIVRE V. CONFLITS DU TRAVAIL

TITRE I - CONFLITS INDIVIDUELS CONSEIL DES PRUD'HOMMES

Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de se prononcer sur la réforme éminemment politique de la substitution de l'échevinage au caractère paritaire de cette institution.

En dehors de cette question sensible, une simplification de textes essentiellement procéduraux ne paraît pas s'imposer.

TITRE II - CONFLITS COLLECTIFS

CHAPITRE I. La grève

Il s'agit sans doute de l'une des matières qui a le moins été réglementée, alors même que l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946 prévoit que « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

Cette réglementation n'est intervenue que dans les **services publics** (section 2), sans que le pouvoir politique ait jamais osé généraliser le service minimum comme cela se pratique dans la plupart des législations des Etats membres de l'Union européenne.

Quant au secteur privé, le seul texte réglementant l'exercice du droit est l'alinéa 1^{er} de l'article L 521-1, selon lequel « *la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié* ».

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Cette réglementation très concise pouvait suffire jusqu'à ce que la Cour de cassation ne parvienne à exclure pratiquement tout obstacle à l'exercice du droit de grève, en dehors des actes de violence qui ne font encourir de sanctions qu'à leurs auteurs, ce qui est la moindre des choses.

Mieux, se fondant sur une interprétation stricte de l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946, la Chambre sociale a jugé le 7 juin 1995 (39 ans après le préambule de 1946 !) que seule la loi pouvait réglementer l'exercice du droit de grève, ce qui a eu pour effet d'annuler toutes les clauses de conventions collectives instituant des procédures de conciliation avant le déclenchement d'une grève. Un texte de loi devrait autoriser les clauses de paix sociale que connaissent tous les pays développés.

En outre, la théorie de la suspension du contrat de travail du fait de la grève rend très incertaine la situation du salarié pendant la grève. Or cette théorie n'a pas grand sens, le contrat n'étant pas suspendu, la seule conséquence de la grève étant la légitimité de la non-fourniture de la prestation de travail par le salarié qui doit rester lié par les autres obligations résultant de son contrat de travail.

Il est donc temps que le législateur s'attèle à la tâche très complexe d'une réglementation minimum du droit de grève, à la fois dans le secteur public et le secteur privé.

CHAPITRE II. Dispositions générales concernant les procédures de règlement des conflits collectifs du travail ; CHAPITRE III. Conciliation ; CHAPITRE IV. Médiation ; CHAPITRE V. Arbitrage

Il est très peu recouru aux différentes formules de règlement pacifique des conflits collectifs du travail, pour au moins deux raisons :

– la très grande liberté de l'exercice du droit de grève par les salariés ne les incite pas à admettre la limitation de cette liberté, alors, en outre, que l'accord conclu par des organisations syndicales ne lie pas les salariés pris individuellement ;

– les procédures étant facultatives, elles supposent, pour être engagées, que les parties soient d'accord pour le règlement pacifique d'un conflit. Or c'est cet accord qui est essentiel. Une fois réalisé, les procédures légales deviennent très largement inutiles, les parties pouvant directement négocier sur la suite qu'il convient de donner aux revendications qui sont à l'origine du conflit.

Cette réglementation n'appelle de réforme que pour autant que les conditions d'exercice du droit de grève auront été modifiées.

LIVRE VI. CONTRÔLE DE L'APPLICATION DE LA LÉGISLATION ET DE LA RÉGLEMENTATION DU TRAVAIL

L'ensemble de cette réglementation qui relève à l'évidence de la compétence législative et réglementaire n'appelle pas de réforme d'ensemble, si ce n'est un renforcement du pouvoir hiérarchique qui s'exerce sur les inspecteurs du travail, de telle sorte que leurs interventions soient plus homogènes et ne varient pas d'un inspecteur à un autre.

Il conviendrait aussi de moderniser à l'heure de l'informatique le titre II de ce livre sur les **obligations des employeurs**.

LIVRE VII. DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À CERTAINES PROFESSIONS

Ce livre ne contient pas moins de vingt réglementations particulières, dont certaines n'ont pas été mises à jour depuis de nombreuses années, comme celles composant le chapitre II du titre II qui régit « *les moyens de constater les conventions relatives aux salaires en matière de tissage, de bobinage, de coupe du velours de coton, de teinture, blanchiment et apprêts des étoffes* ».

Une modernisation s'impose, avec plusieurs pistes.

Certains textes n'appellent pas de réformes immédiates, les institutions en cause rendant de réels services, même si une actualisation ne manquerait pas d'intérêt : travailleurs à domicile (L 721-I et suivants) ; bâtiments et travaux publics (L 731-I et suivants) ; marins (L 742-I) ; voyageurs représentant placiers (L 751-I) ; employés de maison.

D'autres textes prévoient à la fois des dispositions sur l'assimilation au salariat de professions pour lesquelles il serait possible d'hésiter ainsi que des règles spécifiques. Il s'agit essentiellement des journalistes, artistes et mannequins (L 761-I et suivants).

Cette réglementation doit être largement réformée.

Quant à l'attribution de la qualité de salarié, l'évolution de la jurisprudence devrait conduire à revoir entièrement les textes sur une assimilation à des salariés qui sont dépassés par la jurisprudence.

La spécificité du régime juridique de ces professions exige une réflexion renouvelée à l'heure des nouveaux modes de diffusion de l'information.

Enfin nombre de textes ont été adoptés dans des situations économiques qui ont très largement disparu. Donnant naissance à des jurisprudences

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

incertaines et évolutives, ils méritent d'être revus en profondeur. Il s'agit essentiellement des dispositions relatives à certaines catégories de travailleurs et d'entreprises composant le titre VIII de ce livre, que l'on regroupe généralement sous le vocable de **gérants succursalistes**. Il suffit de lire les articles L 781-1 à L 782-7 pour être convaincu de leur obsolescence. Il convient donc de revoir en profondeur cette matière pour déterminer le régime adapté, entre droit du travail et droit commercial, des gérants succursalistes, la situation des **franchisés** devant sans doute être abordée.

Les articles L 783-1 à 8 (Halles centrales de Paris !) et L 784-1 (texte inutile sur le conjoint salarié, compte tenu de l'évolution des régimes matrimoniaux, des textes particuliers n'étant nécessaires que du point de vue de la sécurité sociale) devraient être abrogés.

LIVRE VIII. DISPOSITIONS SPÉCIALES AUX DÉPARTEMENTS D'OUTRE-MER

Cette matière très politique n'appelle pas de réformes techniques.

LIVRE IX. LA FORMATION PROFESSIONNELLE CONTINUE DANS LE CADRE DE L'ÉDUCATION PERMANENTE

Née d'une sédimentation successive de textes conventionnels et de textes législatifs, cette réglementation exige une réforme d'ensemble, le débat entre partenaires sociaux étant du reste largement engagé.

Il serait bon que cette législation soit réécrite, afin d'en faire ressortir les axes essentiels qui doivent être accessibles à tous, et que soit bien tracées les parts respectives appartenant aux partenaires sociaux et au pouvoir législatif et réglementaire.

Il conviendrait aussi que le dispositif financier soit clairement exposé de telle sorte que chacun perçoive l'intérêt des divers prélèvements obligatoires qui financent cette formation.

Ici aussi, la présence d'organisations syndicales authentiquement représentatives pourrait se traduire par une simplification considérable de la législation, au profit de textes conventionnels correspondant mieux aux besoins des branches, des entreprises et de leurs salariés.

Pour conclure, il semble que le but doit être davantage de moderniser le droit du travail plutôt que de le simplifier, même si ce second objectif doit aussi être poursuivi.

Cette étude devrait démontrer que non seulement la modernisation du droit du travail est utile, mais aussi et surtout qu'elle est possible. En effet, cette modernisation ne suppose pas que soit entreprise une réforme d'ensemble du Code du travail dont chacun sait qu'elle est matériellement impossible. Elle devrait constituer, en revanche, un objectif constant du législateur.

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Celui-ci devrait tout d'abord s'interdire toute réforme ponctuelle. Lorsqu'il souhaite faire évoluer un ou plusieurs articles du Code, il devrait s'efforcer de revoir l'ensemble des textes régissant la matière dans laquelle ces articles s'insèrent, de cette sorte que la matière elle-même soit modernisée. Il devrait, aussi, envisager des réformes sur des points essentiels dont cette étude, comme d'autres, auraient montré tout l'intérêt.

Enfin, il ne faut pas oublier que la modernisation du droit du travail passe par la prise en considération du rôle créateur de la jurisprudence et par les adaptations législatives qu'exige cette mutation.

**LES ENTREPRISES
FACE À LA SIMPLIFICATION
DU DROIT DU TRAVAIL :
SYNTHÈSE DES ENTRETIENS**

JEAN-CLAUDE LAVAUD

A l'initiative de l'Institut de l'entreprise, le rapport du Professeur Langlois a été soumis au cours de l'année 2003 à un large panel de directeurs des Ressources humaines, de directeurs des Relations sociales et de juristes de droit social issus d'entreprises ou de fédérations professionnelles, choisis en dehors du cercle des membres permanents de la Commission « Modernisation du droit du travail » de l'Institut.

Le rapport du Professeur Langlois est le fruit d'un travail personnel fondé à la fois sur une expertise éminente en droit social et sur une connaissance pratique des problèmes auxquels sont confrontées les entreprises, principalement au travers de la jurisprudence ; l'objectif de cette note de synthèse est de présenter les réactions qu'il a suscitées auprès de responsables confrontés sur le terrain, directement ou indirectement, à l'application quotidienne de la législation du travail.

Les interlocuteurs appartenaient, dans leur très grande majorité, à de grands groupes industriels ou commerciaux. Les préoccupations exprimées ne sont pas pour autant exclusivement liées à la taille de ces entités, dans la mesure où certains de ces interlocuteurs étaient aussi confrontés, au sein de leur entreprise, à des enjeux propres à la gestion dans les PMI ou les PME.

Avant d'aborder les observations et suggestions portant sur des sujets précis, il n'est pas inutile d'indiquer que l'objectif rappelé par le Professeur Langlois au début de son rapport – à savoir, ***montrer que la simplification du droit du travail est possible et que des pistes sérieuses existent pour cela*** – a fait l'objet de commentaires préliminaires que l'on peut regrouper autour de quatre grands thèmes :

- la cohérence et la lisibilité ;
- la sécurité juridique ;
- la simplification ;
- le droit à l'expérimentation.

LA COHÉRENCE ET LA LISIBILITÉ

La principale difficulté à laquelle se heurtent les entreprises réside moins dans la complexité du droit du travail que dans l'incohérence et l'ambiguïté du cadre juridique dans lequel celles-ci doivent inscrire leur action. Ces travers sont à mettre sur le compte de deux pratiques législatives également nuisibles :

– **l'empilement des normes** : de très nombreux textes sont adoptés dont les dispositions se révèlent soit superflues au regard de la législation existante, soit en contradiction avec les dispositions antérieures. Cette pratique est d'autant plus dommageable qu'elle affecte des champs de la législation très importants pour la vie des entreprises, comme la législation sur les procédures de licenciement pour motif économique ou celle sur les plans de sauvegarde de l'emploi. Elle confronte les entreprises à des difficultés majeures dans l'interprétation de la législation, alors qu'un travail de réaménagement du texte aurait permis de lever les ambiguïtés et d'éliminer les scories.

– **l'opportunisme législatif** : cette pratique désigne l'adoption de textes pour des raisons contingentes, au détriment de la cohérence qui devrait exister entre les grands principes du droit du travail et les textes qui les mettent en œuvre.

Le travail à entreprendre va donc au-delà de la stricte simplification : il consiste, en premier lieu, à redonner de la cohérence au Code du travail. Toute mesure législative ou conventionnelle, quelles que soient sa nature et son importance, devrait à l'avenir s'inscrire dans cette perspective.

Ce travail devrait s'accompagner de l'établissement d'un nouveau plan du Code du travail reflétant les priorités auxquelles ce droit doit aujourd'hui répondre. Il s'agit aussi de redonner du « sens » à une compilation de textes dont la finalité n'apparaît plus toujours clairement.

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

La deuxième grande difficulté relevée par les entreprises est l'insécurité juridique.

Cette insécurité est liée en tout premier lieu à la jurisprudence.

Les entreprises déplorent en effet les nombreuses contradictions qui existent entre les textes et l'interprétation qu'en donnent les tribunaux. Même les entreprises qui disposent des ressources nécessaires pour maîtriser la complexité du droit social vivent dans l'incertitude quant à la manière dont elles doivent interpréter et appliquer certaines dispositions législatives et réglementaires.

Les entreprises s'inquiètent avant tout des revirements de jurisprudence et de la rétroactivité des décisions jurisprudentielles. Elles peuvent en effet se voir condamnées en application d'une nouvelle jurisprudence pour des décisions prises conformément à la jurisprudence antérieure (obligation de contreparties financières pour les clauses de non-concurrence, paiement du préavis en cas de licenciement pour inaptitude...). Cette insécurité est d'autant plus forte que le délai de saisine des tribunaux laissé aux salariés est souvent très long, alors qu'il pourrait être réduit sans porter atteinte aux droits de ces derniers.

La position des entreprises rejoint celle exprimée par le Professeur Langlois dans son rapport quant au rôle de la jurisprudence dans la création et l'évolution du droit du travail.

Cette insécurité juridique est également entretenue par l'interprétation évolutive et quelquefois contradictoire des textes donnée par les services du ministère du Travail (Inspection du Travail, Directions départementales et régionales du Travail ...).

La réflexion sur le rôle de la jurisprudence doit par conséquent être étendue au rôle de ces services dans l'application et l'évolution du droit du travail.

LA SIMPLIFICATION

Si la cohérence des textes et la sécurité juridique apparaissent comme les objectifs majeurs, la simplification n'est pas pour autant considérée comme un enjeu accessoire.

Elle répond à un véritable besoin, quotidiennement ressenti par les entreprises, même si les plus importantes d'entre elles se sont dotées des compétences nécessaires pour maîtriser la complexité du droit du travail.

Elle est par ailleurs considérée comme possible, sans soulever de problèmes de fond, à condition que l'esprit dans lequel elle est mise en œuvre soit clairement précisé : le but doit être d'améliorer la lisibilité du droit de travail afin de faciliter le dialogue social, sans pour autant porter atteinte au niveau de protection des salariés.

L'effort de simplification doit porter en priorité sur l'identification des dispositions du Code du travail qui, en raison de leur caractère de mesures d'application, devraient relever du champ de la négociation collective. C'est la démarche proposée par le Professeur Langlois qui, dans son principe, est approuvée sans réserve. Elle suppose cependant que l'effort de cohérence et de lisibilité demandé au législateur soit aussi poursuivi au niveau conventionnel, appelé à s'étendre. En effet, la complexité du droit du travail est aussi trop souvent le fait des partenaires sociaux qui, cherchant un terrain de compromis en vue de la signature d'un accord, s'entendent sur la rédaction d'articles volontairement ambigus.

L'effort doit tendre également à libérer le droit du travail d'un formalisme excessif.

Aujourd'hui, le Code du travail privilégie trop souvent la forme au détriment du fond, ouvrant la voie, dans certaines circonstances, au harcèlement juridique et à des contentieux dilatoires ou abusifs. Ainsi des dispositions législatives et réglementaires, comme celles régissant les licenciements collectifs, ont-elles été élaborées, complétées et modifiées au fil des législatures ; la superposition des textes qui en résulte a conduit à un dispositif d'une lourdeur et d'une complexité telles que les entreprises éprouvent des difficultés à en maîtriser la mise en œuvre, et que la consultation des institutions représentatives du personnel donne parfois lieu à des blocages dont le respect de la forme est le motif ou le prétexte.

Le formalisme, généralement mal maîtrisé dans les PME, expose souvent l'employeur à une sanction alors qu'il a par ailleurs respecté les règles de fond.

Là encore, des simplifications peuvent être apportées sans que le rôle de ces instances représentatives et la protection des salariés en soient en rien affectés.

Le Code du travail doit enfin faire l'objet d'un toilettage consistant à retirer les dispositions devenues obsolètes du fait de l'évolution des métiers, des techniques et des mœurs, ou du fait d'une nouvelle législation.

Le Parlement a ouvert la voie en habilitant le gouvernement à simplifier et à codifier le droit par voie d'ordonnances. Les ordonnances relatives au droit du travail qui vont être prises en application de cette loi n'épuisent pas le sujet ; d'autres dispositions restent à abroger, dont certaines sont mentionnées par le Professeur Langlois dans son rapport. Un second train d'ordonnances devrait aller au bout de ce chantier afin de débarrasser le Code du travail de ces scories.

LE DROIT À L'EXPÉRIMENTATION

Alors que les entreprises sont obligées d'innover, dans tous les domaines, afin de s'adapter en permanence à leur environnement, le droit du travail ne peut plus être exclusivement circonscrit aux schémas juridiques classiques, rigides par nature. Il doit aussi s'ouvrir à l'innovation pour accompagner le changement et répondre à l'émergence de nouvelles attentes des salariés dans leur travail.

Cette innovation suppose que des dispositifs négociés entre partenaires sociaux à tous les niveaux, y compris celui de l'entreprise, puissent être expérimentés avant d'être définitivement arrêtés et rendus obligatoires.

Les entreprises ont exprimé le souhait de voir se développer, dans un cadre juridique adapté, ce droit à l'expérimentation, mais c'est un sujet sur lequel elles se montreront vigilantes, compte tenu du précédent fâcheux des lois sur les 35 heures.

Au-delà de ces considérations générales touchant aux principes et à la philosophie de la modernisation et de la simplification du droit du travail, des observations et suggestions découlant de la lecture du rapport du Professeur Langlois ont été recueillies. Elles s'articulent autour de cinq grands thèmes :

- la négociation collective ;
- les institutions représentatives du personnel ;
- l'emploi ;
- la gestion du contrat de travail ;
- la responsabilité de l'employeur.

LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Les positions exprimées à ce sujet l'ont été alors que le projet de loi relatif au dialogue social n'était pas encore connu ; elles font largement référence à la position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective.

Elles peuvent être regroupées autour de quatre grands objectifs.

LAISSER PLUS D'ESPACE À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE EN REDÉFINISSANT LES DOMAINES DE COMPÉTENCES RESPECTIFS DE L'ÉTAT ET DES PARTENAIRES SOCIAUX

Il existe un consensus sur la nécessité de redéfinir les domaines respectifs de la loi et des accords conventionnels, selon le principe proposé par le Professeur Langlois : à la loi de définir les règles d'ordre public social et les principes généraux, aux accords conventionnels de les mettre en œuvre.

A cet égard, l'exemple de dérive le plus souvent cité est celui de la durée du temps de travail : une grande partie de la réglementation actuelle sur le sujet concerne des mesures d'application qui relèvent clairement de la négociation collective.

RÉFLEXIONS SUR LA SIMPLIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Néanmoins des craintes ont été exprimées quant au risque d'un rééquilibrage excessif en faveur du domaine conventionnel : crainte d'une parcellisation du droit du travail ; crainte que des écarts ne se creusent entre entreprises, voire entre branches professionnelles, selon qu'elles ont ou non la pratique et les moyens de la négociation collective ; crainte enfin qu'un rééquilibrage excessif, loin de réduire les difficultés d'application, ne les aggrave et n'ouvre un nouveau champ à l'interprétation jurisprudentielle.

Les interlocuteurs rencontrés ont donc pour la plupart soutenu le principe de répartition posé par le Professeur Langlois, mais insisté pour que son application soit raisonnée et progressive.

DONNER UNE IMPULSION À LA NÉGOCIATION AU NIVEAU DES ENTREPRISES

Un consensus s'est également fait jour parmi nos interlocuteurs sur la nécessité de renforcer la négociation au niveau des entreprises, afin qu'il soit mieux tenu compte de la diversité de leurs situations et de leurs besoins ainsi que des attentes de leurs salariés.

Le développement de la négociation collective, et plus largement du dialogue social, se heurte néanmoins à l'absence de représentation syndicale au sein d'un certain nombre d'entreprises, et notamment dans les PME. Dans ces entreprises, la possibilité devrait être donnée aux Comités d'Entreprise (CE), ou, en l'absence de CE, aux Délégués du Personnel (DP), de négocier des accords qui, avant signature, pourraient être soumis à la ratification du personnel à une majorité qualifiée.

La plupart des grandes entreprises rencontrées souhaitent que la loi reconnaisse l'existence d'un espace de négociation au niveau central en vue de l'adoption d'accords inter-entreprises. Il ne s'agit pas de créer une obligation, mais d'offrir une possibilité de négocier, qui d'ailleurs ne ferait que valider des pratiques existantes.

Dans un esprit de prévention des conflits et des contentieux, un développement des procédures de médiation et de conciliation apparaît fondamental.

RENFORCER LA LÉGITIMITÉ DES ACCORDS

Le renforcement de la légitimité des accords passe par la définition de nouveaux critères de représentativité des organisations syndicales. Une telle démarche apparaît comme prioritaire. Le fait que l'« attitude patriotique » pendant l'Occupation continue à être l'un des critères retenus par le juge est considéré comme le symbole de la sclérose du système.

La présomption de représentativité des délégués syndicaux, au motif qu'ils sont désignés par l'une des cinq Centrales, sans qu'ils aient l'obligation d'apporter la preuve de l'existence d'une section syndicale ou de présenter des candidats aux élections professionnelles, apparaît également contestable. Cette présomption n'apparaît plus suffisante lorsqu'il s'agit de représenter les salariés de l'entreprise lors de la négociation et la signature d'accords.

Le renforcement du dialogue social passe donc par une plus grande exigence en matière de représentativité. L'existence d'une section syndicale devrait être formalisée avant la désignation d'un délégué syndical, et ne plus être considérée comme établie du seul fait de sa désignation.

Ce problème de représentativité n'ayant pas été traité, certains interlocuteurs, s'ils approuvent dans leurs principes les dispositions de la Position commune du 16 juillet 2001 relatives à la conclusion des accords majoritaires, n'en expriment pas moins des doutes, voire des craintes, quant aux résultats à en attendre dans leurs branches ou dans leurs entreprises.

ÉLARGIR LE DIALOGUE SOCIAL À UN NOUVEAU TYPE D'ACCORD

Confrontés à la nécessité d'anticiper en permanence les évolutions de l'environnement de leur entreprise (marché, produits, techniques...), nombre d'interlocuteurs ont regretté que la pratique du dialogue social, dans les structures actuelles, ne permette pas de rechercher, en amont, un consensus sur les réponses à apporter à ces évolutions.

C'est ainsi que l'un d'entre eux a formulé l'idée d'un contrat social d'entreprise. Le principe en serait le suivant : dès lors qu'une évolution décisive de l'entreprise serait envisagée pour assurer la pérennité

d'activités existantes ou l'émergence de nouvelles activités, un dialogue devrait s'instaurer avec toutes les instances représentatives du personnel sur le projet, en vue de rechercher un consensus tant sur l'évolution envisagée que ses modalités économiques et sociales. Ce consensus négocié donnerait lieu à la signature d'un accord engageant toutes les parties. La démarche suivie pour l'examen du projet ferait l'objet préalablement d'un accord de méthode.

LES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL

ATTRIBUTIONS ET ARTICULATION DES INSTANCES

Sur le chapitre des institutions représentatives du personnel (IRP), les principales attentes exprimées par nos interlocuteurs concernaient la clarification du rôle des différentes instances et la suppression des dualités de procédures en matière d'information et de consultation du personnel ; plus généralement, le souci exprimé était de remédier aux contraintes liées à la superposition d'instances.

• Comité d'Entreprise et Délégués du Personnel

Les CE doivent être recentrés sur les questions collectives alors qu'ils sont amenés de plus en plus fréquemment à intervenir sur les questions individuelles. Cette confusion entre CE et DP explique la désaffection constatée lors des élections professionnelles dans certaines entreprises vis-à-vis de la fonction de Délégué du Personnel. L'extension du champ d'application de la Délégation Unique du Personnel serait de nature à répondre à ce besoin dès lors que les mêmes interlocuteurs traitent les deux types de questions mais en réunions distinctes.

On peut par ailleurs s'interroger sur l'utilité d'avoir à consulter les deux instances sur de mêmes sujets tels, par exemple, que la fixation des congés annuels et la durée du travail.

- **Comité d'Entreprise et Comités d'Hygiène et de Sécurité des Conditions de Travail**

L'élargissement des compétences des Comités d'Hygiène et de Sécurité (CHS) aux conditions de travail (CHSCT) a amené le législateur à prévoir une information et une consultation de ces Comités sur l'organisation du travail, parallèlement à celles des CE. Dans ce cadre, la signature des accords « 35 heures » a dû être précédée de la consultation des CHSCT alors que CCE et CE étaient également consultés.

Afin d'éviter ces doubles consultations, il est suggéré de recentrer les CHSCT sur les questions d'hygiène et de sécurité, et de limiter leurs interventions en matière de conditions de travail à celles qui peuvent avoir une incidence directe sur l'hygiène et la sécurité.

- **Comité d'Etablissement et Comité Central d'Entreprise**

Le Professeur Langlois considère que ces deux institutions n'appellent pas de réformes particulières.

L'application de l'article L 435-3 fait néanmoins l'objet de litiges fréquents sur la répartition des compétences respectives des Comités d'Etablissement et des Comités Centraux d'Entreprise. En effet, des Comités d'Etablissement demandent souvent à être consultés sur des sujets qui relèvent de la compétence du CCE, considérant, par une interprétation extensive, que ces sujets entrent aussi dans le champ de compétence des Chefs d'Etablissement.

Une reformulation de cet article devrait permettre d'éviter ces conflits d'interprétation et un processus d'information et de consultation à deux niveaux lourd et sans fondement.

- **Comité de Groupe et Comité d'Entreprise européen**

S'agissant du Comité de Groupe et du Comité d'Entreprise européen, le Professeur Langlois considère que ces institutions n'appellent pas, non plus, de réformes particulières.

Les représentants des grands groupes qui ont mis en place ces deux types de Comité ont un avis plus nuancé. Certes, il existe des justifications à l'existence d'instances distinctes ayant des attributions spécifiques. Dans la pratique, cependant, on constate que les groupes sont amenés à communiquer les mêmes informations, sur les mêmes sujets, à ces deux Comités composés souvent en majorité des mêmes représentants. Ils déplorent de ce fait une superposition d'instances lourde à gérer et sans réelle valeur ajoutée de l'une par rapport à l'autre. La même observation peut être faite au sujet des relations entre le Comité de Groupe et le Comité Central d'Entreprise.

L'une des suggestions recueillies pour alléger l'ensemble du dispositif est que la constitution obligatoire d'un Comité d'Entreprise européen entraîne automatiquement la suppression du Comité de Groupe.

• **Comité d'Entreprise et organisations syndicales**

Nombreux sont les sujets sur lesquels une consultation du CE est obligatoire avant la signature d'un accord collectif. Prévus par la loi (participation, intéressement, ...), ils sont désormais étendus, du fait d'une jurisprudence récente, aux sujets qui relèvent des domaines appartenant au champ de compétence du CE.

La plupart des entreprises rencontrées souhaitent qu'il soit mis fin à cette dualité de procédure en raison de son formalisme et de sa lourdeur, de son absence de justification, et des difficultés qu'elle soulève lors de l'adoption de certains accords négociés en raison de divergences exprimées lors des consultations entre membres élus et représentants des organisations syndicales.

Cette dualité aura d'autant moins de raison d'être dans l'avenir que la légitimité des accords aura été renforcée par une plus grande exigence de représentativité des signataires.

PROCÉDURES D'INFORMATION ET DE CONSULTATION

Pour les opérations les plus importantes appelant l'information et la consultation des Comités (fusions, restructurations, licenciements

collectifs, etc.), la complexité des procédures rend délicate et quelquefois incertaine leur mise en œuvre. De plus, des arguties de forme peuvent, dans certaines circonstances, prendre le pas sur les questions de fond, et engendrer blocage et contentieux qui retardent d'autant le traitement des problèmes.

Un effort devrait être entrepris pour mettre fin aux effets pervers d'un formalisme excessif sans que le rôle d'information et de consultation dévolu aux Comités soit remis en cause.

La difficulté, mentionnée par le Professeur Langlois, de concilier information - consultation des CE et confidentialité dans certains types d'opérations, est considérée, notamment par les sociétés cotées, comme un sujet particulièrement sensible auquel il est difficile, voire impossible, dans l'état actuel de loi et de la jurisprudence, d'apporter une solution satisfaisante. C'est un point sur lequel les entreprises attendent une clarification.

RÈGLES DE FONCTIONNEMENT

Parmi les règles de fonctionnement, trois points ont fait l'objet de remarques particulières :

– La fixation de l'ordre du jour du CE : en cas de refus du Secrétaire du CE d'arrêter l'ordre du jour avec le Président, une nouvelle règle doit permettre de débloquer la situation sans être obligé de recourir au juge des référés.

– Le droit de vote du Président : loi, circulaire et jurisprudence ont progressivement élargi les sujets sur lesquels le Président ne peut pas participer au vote. Face à ces nombreuses interdictions, les Présidents tendent, en pratique, à ne plus participer à aucun vote, appréciant mal leurs droits dans ce domaine. Il serait plus judicieux et plus clair de définir positivement ce droit de vote en précisant le ou les sujets sur lesquels il peut encore s'exercer.

– L'harmonisation des seuils d'effectifs et des décomptes des délais : cette harmonisation, prévue par voie d'ordonnance, simplifierait la vie des entreprises et éviterait bien des litiges.

INFORMATIONS À FOURNIR AUX IRP

La loi a multiplié le nombre de rapports à fournir aux IRP, avec des périodicités variées. Certes, en fonction de leurs effectifs, les entreprises ne sont pas soumises aux mêmes obligations. Le dispositif représente cependant, pour toutes les entreprises, une charge de travail très importante, qu'elles n'ont souvent ni le temps ni les moyens d'assumer. De plus, ces rapports n'ont d'intérêt que s'ils sont effectivement étudiés par leurs destinataires et font l'objet de débats, ce qui est loin d'être toujours le cas en raison même de leur multiplicité et de leur exhaustivité.

Une remise à plat est donc indispensable, avec pour objectifs de diminuer significativement le nombre des rapports à livrer et de redéfinir les éléments à fournir en fonction des informations effectivement nécessaires aux IRP pour exercer leurs missions. En contrepartie, les entreprises seraient tenues de satisfaire dans les délais à leurs obligations. L'examen de ces rapports par les IRP devrait s'en trouver facilité.

Dans cet esprit, le bilan social, document très administratif et formel sur l'utilité duquel le Professeur Langlois s'interroge, devrait aussi être modernisé, afin de devenir un tableau de bord de la politique sociale de l'entreprise ; il s'agit d'ailleurs d'une voie dans laquelle des entreprises se sont déjà engagées, pour certaines depuis de nombreuses années.

ÉLECTIONS

Deux suggestions se font jour :

- Définir un nouveau mode de conclusion du protocole d'accord pré-électoral, afin d'éviter les blocages liés à la règle de l'unanimité ;
- S'interroger sur l'intérêt de maintenir un premier tour réservé aux organisations syndicales lorsqu'il n'y a pas de représentation syndicale dans l'entreprise au jour de l'établissement du calendrier.

L'EMPLOI

CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE, TRAVAIL TEMPORAIRE, MARCHANDAGE

En matière de contrats à durée déterminée le Professeur Langlois propose de supprimer les textes qui les réglementent et de revenir à la jurisprudence antérieure à l'intervention du législateur.

Les entreprises considèrent que les contrats à durée déterminée sont entrés dans les mœurs et qu'elles en maîtrisent les contraintes. En revanche elles souhaitent que certains aménagements soient apportés à leur durée tels que l'augmentation du nombre de renouvellements dans la limite de la durée maximale de dix-huit mois et la possibilité de conclure des contrats d'une durée supérieure à dix-huit mois pour répondre aux contraintes des cycles économiques de certaines activités sous réserve de la signature d'un accord au niveau de la Branche.

Elles souhaitent également que des contrats puissent être conclus pour la durée d'une mission ou d'un projet de même nature juridique que les contrats de chantier utilisés dans le bâtiment et les travaux publics.

En ce qui concerne le travail temporaire, les entreprises rencontrées jugent pour la plupart que la législation dans ce domaine a évolué dans le sens de la transparence et de la moralisation des pratiques et n'appelle pas à ce jour de nouveaux aménagements.

S'agissant de la notion de marchandage, en revanche, les entreprises partagent l'appréciation du Professeur Langlois sur le caractère dépassé de cette législation qui doit être complètement revue en fonction de l'évolution des besoins et des pratiques des entreprises en matière d'extériorisation d'activités et de recours à la sous-traitance. Des entreprises souhaiteraient que, dans certaines circonstances, le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif puisse être envisagé dès lors que l'opération, limitée dans le temps, répond à l'intérêt de l'entreprise, que les salariés ont donné leur accord et que leur statut est maintenu.

PROCÉDURES DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

Les entreprises déplorent d'être dans l'obligation d'engager une procédure de licenciement collectif pour motif économique lorsque dix salariés au moins se voient proposer une modification de leur contrat de travail au motif qu'ils sont susceptibles de refuser cette modification.

Cette obligation est incohérente au regard de propositions dont l'objet est d'éviter les licenciements. Elle ne tient pas compte du trouble engendré par l'annonce d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Elle peut avoir des effets négatifs sur l'emploi si des salariés décident de choisir les mesures d'accompagnement du plan de sauvegarde plutôt que la modification de leur contrat.

Au-delà de cette mesure, les entreprises attendent que les procédures relatives aux licenciements économiques fassent l'objet d'une mise à plat, la simplification étant dans ce domaine, particulièrement indispensable.

LA GESTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

LA SUSPENSION DU CONTRAT

Le Professeur Langlois suggère de mettre en place, pour tous les cas de suspension du contrat de travail, un régime unique quant aux incidences de cette suspension sur les droits des salariés (décompte de l'ancienneté, prévoyance, ...). Cette proposition est considérée comme une simplification indispensable aussi bien pour les DRH que pour les salariés.

LA RUPTURE DU CONTRAT

Un assouplissement du formalisme touchant à l'exigence de la motivation du licenciement dans la lettre de notification est également estimé indispensable. La rédaction de cette lettre est difficile pour des responsables qui ne sont pas des spécialistes du droit social. Alors même que, sur le fond, le licenciement est réel et sérieux, l'entreprise peut se voir condamnée en raison d'une formulation inadéquate de la lettre de notification.

RÉMUNÉRATION

L'adage « à travail égal, salaire égal » posé par la jurisprudence est considéré comme dénué de sens et inapplicable. Il est en effet impossible de définir des critères objectifs permettant de dire que, pendant tout ou partie de leur carrière, deux ou plusieurs collaborateurs ont fait un travail égal. La conciliation de cet adage avec le développement de la rémunération au mérite apparaît en outre bien délicat sinon impossible.

Enfin, ce principe présente des risques importants de contentieux pour les entreprises qui ne peuvent conserver dans leurs archives, sur de très longues périodes, les pièces justificatives de l'évolution de la carrière de tous les salariés et notamment de ceux qui ont quitté l'entreprise.

LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR

La question des pénalités appelle une réflexion à partir d'une vue d'ensemble des dispositions contenues dans le Code. En effet, on peut douter aujourd'hui de leur efficacité, de leur cohérence et de leur équité. D'une part, elles sont trop nombreuses et systématiques pour être vraiment dissuasives. D'autre part, la nature de ces pénalités et leur échelle sont souvent inadaptées aux faits qu'elles sanctionnent.

Les entreprises souhaitent que les sanctions pénales soient réservées aux cas les plus graves de manquement délibéré aux obligations légales, et qu'une échelle mieux adaptée et plus dissuasive de pénalités financières soit établie pour tous les autres cas.

Par ailleurs, il convient de rappeler que le respect des dispositions légales s'impose à tous, aux salariés et à leurs représentants comme aux directions, et que le système de sanctions doit s'appliquer quels que soient les auteurs des faits reprochés.

Jean-Claude Lavaud

***Rapporteur de la commission
Modernisation du droit du travail de l'Institut de l'entreprise***

L'AUTEUR

Philippe Langlois : professeur agrégé de droit privé, il enseigne à l'Université de Paris X Nanterre, où il a notamment dirigé le DESS « Droit et gestion de la protection sociale en France et en Europe ». Actuellement associé au sein du cabinet d'avocats Flichy & Associés, il est l'auteur de très nombreux ouvrages et articles de droit social.

LA COMMISSION MODERNISATION DU DROIT DU
TRAVAIL DE L'INSTITUT DE L'ENTREPRISE

Président :

Gérard Worms, président, Rothschild et Cie Banque

Rapporteur :

Jean-Claude Lavaud

Membres :

Jean-Pierre Boisivon, délégué général, Institut de l'entreprise

Maxence Demerle, IBM France

Michel Durier, Entreprise et Progrès

Marie-Christine Gabillaud-Wolf, secrétaire générale, Institut de l'entreprise

Michel d'Halluin, délégué du président, Entreprise et Progrès

Philippe Langlois, Université Paris X Nanterre

Michel Morand, Jacques Barthélémy & Associés

Alain Noqué, Union des Industries et Métiers de la Métallurgie

Jean-Damien Pô, directeur des études, Institut de l'entreprise

Jean Prieur, Progress

Florence Sautejeau, Association Française des Entreprises Privées

Daniel Vincent

