



## LE PROJET DE LOI « TRAVAIL »

Jacques FREYSSINET

*Le projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs » a été adopté lors du Conseil de ministres du 24 mars 2016. Il est en cours de discussion devant le Parlement. Il s'agit donc d'un texte provisoire. Il est sensiblement différent du premier projet de loi et il sera l'objet de nombreuses propositions d'amendement. Par ailleurs, le texte est d'une grande complexité et couvre de multiples domaines. Ces éléments contribuent, pour partie, à expliquer le caractère contradictoire et partiel des arguments avancés.*

*Malgré ces difficultés et ces incertitudes, il est possible d'identifier quelques orientations dominantes et quelques débats majeurs ou d'écarter quelques arguments infondés.*

- *Il n'existe aucune démonstration d'un effet global positif qui serait exercé par la dérégulation du marché du travail sur les performances nationales en matière d'emploi et de chômage. En revanche, la législation du travail a un impact sur le fonctionnement du marché du travail et, notamment, sur sa segmentation.*
- *Soumise par l'Union européenne à une procédure pour déficit public excessif, la France n'a obtenu des délais pour la réduction du déficit qu'en s'engageant sur un programme de « réformes structurelles » qui concernent particulièrement le marché du travail. Il n'est pas aisé d'apprécier dans quelle mesure le gouvernement s'incline devant les exigences communautaires et dans quelle mesure il en tire parti.*
- *Plus globalement, le projet de loi s'inscrit dans une logique de mise en concurrence des législations sociales nationales afin d'accroître l'attractivité du territoire dans le contexte de la globalisation, d'où les références constantes dans les débats aux réformes adoptées par d'autres pays.*
- *Comme en 2008 et 2013, la réforme se présente sous la forme d'un dispositif multidimensionnel qui combine certaines mesures de flexibilité dans la gestion de l'emploi au bénéfice des entreprises et certaines garanties sur la sécurité des parcours professionnels au bénéfice des salariés. Si chaque mesure peut être appréciée séparément, il n'existe pas d'instrument de mesure objectif pour établir quantitativement un bilan global. L'appréciation globale a nécessairement un caractère politique.*
- *Le cœur de la réforme réside dans la redistribution des compétences entre la loi, l'accord de branche et l'accord d'entreprise. La faiblesse centrale du projet réside dans l'absence de dispositifs garantissant le rôle régulateur de l'accord de branche et dans le flou qui règne sur le millefeuille des accords d'entreprise<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Une première version de ce texte a été corrigée sur la base des observations critiques des membres de *Lasaire Eco*. L'introduction (ci-après) a été rédigée par Joël Maurice.

## INTRODUCTION

Cette Note porte sur le « projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs », dite « loi El Khomri », dans la version soumise au Conseil des ministres du 24 mars 2016, donc avant les modifications qui pourront être introduites sous la pression des mouvements sociaux, notamment des jeunes, ou au cours du débat parlementaire.

La première question à poser est celle de la raison d'être de ce projet de loi. Selon son exposé des motifs, « *Le monde du travail entre dans une phase de profonds changements(...) Le numérique bouleverse un à un tous les secteurs économiques et change la vie quotidienne au travail (...) La transition énergétique implique la création de nouveaux emplois et modifie le contenu de nombreux métiers (...) Depuis le début du quinquennat, la France a opéré des réformes qui répondent à ce nouvel environnement (...) Le présent projet de loi parachève les fondements de ce nouveau modèle social pour bâtir un marché du travail à la fois plus protecteur des personnes et plus efficace* ». Il ne saute pas aux yeux que les dispositions de la loi concourent à préparer activement « *l'avenir du travail* ». L'impression plus répandue est que les autorités françaises ont voulu donner des gages à des recommandations insistantes, que lui adressent les institutions européennes (le Conseil, la Commission, la BCE), mais aussi l'OCDE et le FMI. Tous invitent la France à apporter des « *réformes structurelles à son marché du travail* ».

A cet égard, le projet de loi abonde clairement dans le sens de ce qui est désigné sous le terme de « *micro-flexibilité* », par exemple dans l'étude du FMI intitulée « *Politiques du marché du travail et avis du FMI relatif aux économies avancées pendant la Grande récession<sup>2</sup>* ». Mais cette même étude du FMI souligne que : « *les économies ont besoin de micro-flexibilité -pour permettre de redéployer les ressources afin d'augmenter la productivité- mais tout autant de macro-flexibilité - pour ajuster l'économie aux chocs macro-économiques* ».

Et c'est bien là tout le problème de la France et de l'ensemble de la zone euro. Contrairement aux Etats-Unis, la zone euro s'est piégée elle-même (faisant fi des recommandations y compris du FMI et de l'OCDE) par une politique d'austérité budgétaire cumulative qui, malgré la politique monétaire non-conventionnelle active de la BCE, a induit une croissance anémique depuis plusieurs années et encore aujourd'hui faible et fragile. De 2008 à 2015, la croissance économique cumulée<sup>3</sup> a été de 15,2 % aux Etats-Unis, mais de seulement 3,2 % en France (et de 0,8% dans l'ensemble de la zone euro). Le taux de chômage aux Etats-Unis est passé de 5 % en décembre 2007 à 10% en décembre 2009 avant de redescendre à 5% en mars 2016, tandis qu'en France métropolitaine le taux de chômage<sup>4</sup> a augmenté continuellement de 6,8 % au premier trimestre 2008 à 10,1 % au quatrième trimestre 2014(il est revenu à 10,0 % au quatrième trimestre 2015). Cette différence dans l'évolution du chômage n'est nullement due au fait que le marché du travail se serait, entre 2008 et 2015, brusquement flexibilisé aux Etats-Unis et rigidifié en France ou au sein de la zone euro. Le facteur primordial de l'emploi est le niveau de l'activité économique. L'instrument principal d'action sur l'emploi est le *Policy-mix* capable de soutenir les composantes de cette activité

---

<sup>2</sup>Olivier Blanchard, Florence Jaumotte, Prakash Loungani, *Labor Market Policies and IMF Advice in Advanced Economies During the Great Recession*, IMF, Research Department, 29 mars 2013.

<sup>3</sup> Source : Base de données de l'OCDE.

<sup>4</sup> Il s'agit du taux de chômage au sens du BIT mesuré par l'enquête Emploi de l'INSEE (Enquête trimestrielle dont la collecte a lieu en continu durant toutes les semaines de chaque trimestre).

(la consommation des ménages, l'investissement des entreprises, des administrations, des ménages).

La relation entre la flexibilité du travail et l'emploi est d'une autre nature et d'une autre temporalité. Certes, les transformations technologiques, sociales et sociétales nécessitent à moyen-long terme une évolution des compétences, des organisations, des relations sociales. Mais à court terme, plus le travail est « flexible », plus le cycle de l'emploi suit fortement, à la hausse comme à la baisse, le cycle de la conjoncture économique. L'affirmation selon laquelle les économies les plus flexibles auraient un niveau moyen d'emploi plus élevé, en moyenne sur le cycle n'a pas été validé par les études comparatives (voir plus loin). Dès lors, on peut se demander comment l'emploi pourrait réagir à une plus grande flexibilité du travail en France, compte tenu du contexte économique actuel.

A ce sujet, les enquêtes de l'INSEE fournissent l'éclairage suivant. Selon l'enquête trimestrielle de conjoncture dans l'industrie (janvier 2016) : «*Au quatrième trimestre 2015, comme au trimestre précédent, les industriels restent bien plus nombreux à signaler des difficultés de demande seulement que ceux qui jugent être confrontés à des difficultés d'offre seulement*<sup>5</sup>». Les «*marges de production sans embauches supplémentaires* » sont de 12,4% (à comparer à 7,7% avant l'éclatement de la crise de 2008), ce qui signale la persistance de certains «*sureffectifs* ». Selon les «*enquêtes sur le climat des affaires* » de mars 2016, «*le climat des affaires dans l'industrie manufacturière recule légèrement* », «*dans le bâtiment, les capacités de production demeurent sous-utilisées* » et dans les services «*le solde des opinions sur les activités et la demande prévues repasse juste au-dessous de sa moyenne de long terme* ». On peut craindre qu'une diminution du coût anticipé des licenciements ne conduise pas, dans le climat actuel, les employeurs à embaucher, mais plutôt à accélérer la résorption des «*sureffectifs* » résiduels, notamment chez les travailleurs peu qualifiés de plus de 50 ans.

Notre thèse n'est pas que la législation du travail est sans influence sur le fonctionnement du marché du travail et sur les performances en matière d'emploi et de chômage. Mais cette influence ne peut se résumer au dogme néolibéral : «*moins de législation, plus d'emplois* ». Les liens entre normes juridiques et performances économiques et sociales sont complexes. Ils dépendent de l'ensemble des institutions régulatrices et du contexte macroéconomique. C'est dans ce cadre que doit se situer la réflexion sur le projet de loi. Avant de s'intéresser aux multiples domaines dans lesquels il introduit des modifications au Code du travail, il est nécessaire de le situer dans une évolution qui s'est amorcée en 2008 et dont il programme la continuation dans les prochaines années (point 1). Nous aborderons ensuite la question centrale de l'articulation des normes (point 2), puis celle de la durée et de l'aménagement du temps de travail, domaine où le projet de loi met immédiatement en œuvre le nouveau partage des compétences (point 3). Sans pouvoir entrer dans le détail des multiples autres dispositions du projet, les plus significatives d'entre elles seront mentionnées (point 4). Enfin, une brève réflexion sera présentée sur l'ampleur des divisions engendrées par le projet aussi bien au sein des organisations patronales que des organisations syndicales (point 5).

---

<sup>5</sup>INSEE, *Enquête trimestrielle de conjoncture dans l'industrie*, janvier 2016.

## 1. GENÈSE, ENJEUX ET CALENDRIERS

### 1.1. LES MODES DE PRODUCTION DES NORMES DE LA RELATION D'EMPLOI

Dans une large mesure, le projet de loi constitue une nouvelle étape dans un mouvement qui a été entamé en France en 2008 et qui prend place dans une dynamique commune à tous les pays de l'Union européenne sous l'étendard de la flexicurité. Les deux principaux épisodes précédents ont été l'adoption de la loi du 25 juin 2008 « portant modernisation du marché du travail », puis l'adoption de la loi du 14 juin 2013 « relative à la sécurisation de l'emploi ». Dans les trois cas, l'objectif affiché est le même : l'amélioration du fonctionnement du marché du travail et de la gestion de l'emploi dans les entreprises doit favoriser la création d'emplois en combinant l'élargissement des marges de flexibilité et la sécurisation des trajectoires professionnelles. Cependant, il faut souligner le changement majeur intervenu dans le processus de production des normes.

Les lois de 2008 et 2013 se situent explicitement dans la procédure « Larcher » définie par la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007. Dans ces deux cas, le gouvernement propose aux organisations patronales et syndicales d'ouvrir une négociation interprofessionnelle ; il leur communique un document d'orientation. Ce n'est qu'après la signature d'un accord national interprofessionnel (ANI)<sup>6</sup> que le gouvernement dépose un projet de loi qui est l'objet d'amendements lors des débats parlementaires.

En ce qui concerne l'actuel projet de loi, la procédure adoptée est différente :

- en avril 2015, le Premier ministre confie une mission de réflexion préalable à une commission d'experts présidée par Jean-Denis Combrexelle qui auditionne (entre autres) les organisations patronales et syndicales<sup>7</sup>,
- lors de la quatrième Conférence sociale (19 octobre 2015), le gouvernement annonce la préparation d'un projet de loi et organise dans les semaines qui suivent des consultations bilatérales avec les organisations patronales et syndicales,
- le Premier ministre confie à un comité d'experts présidé par Robert Badinter la rédaction d'un rapport sur les principes fondamentaux du droit du travail<sup>8</sup>,
- ce n'est que par une fuite dans la presse que ces organisations apprennent le contenu de la première version du projet de loi,
- si le patronat exprime sa satisfaction, les syndicats sont unanimes pour juger le texte inacceptable<sup>9</sup>,
- après de nouvelles consultations bilatérales, le gouvernement prépare une seconde version adoptée en Conseil des ministres le 24 mars 2016 ; elle suscite les critiques de toutes les organisations patronales et des divergences d'appréciation parmi les syndicats.

---

<sup>6</sup> ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (signé par la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC) ; ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés (signé par la CFDT, la CFTC et la CFE-CGC). Les trois organisations patronales ont signé les deux accords.

<sup>7</sup> Jean-Denis Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France Stratégie, 9 septembre 2015. Voir la *Note Lasaire* n° 49 : « Réforme du droit du travail et négociation collective : le rapport Combrexelle dans son contexte, septembre 2015.

<sup>8</sup> Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, *Rapport au Premier ministre*, janvier 2016.

<sup>9</sup> Communiqué commun du 23 février 2016.

Il apparaît donc que nous sommes loin de la démarche définie par la loi Larcher, même si le Conseil d'Etat « a admis que les dispositions de l'article L.1 avaient été respectées dans les circonstances propres aux conditions d'élaboration du projet »<sup>10</sup>.

## 1.2. LA RECHERCHE DE COMPROMIS MULTIDIMENSIONNELS

Si la procédure adoptée par le gouvernement en 2015-2016 est en rupture avec celle qui avait été utilisée en 2007-2008 et en 2012-2013, la logique sous-jacente quant au contenu est la même dans les trois cas. Au nom d'un objectif portant sur l'emploi, des ensembles multidimensionnels de règles et de dispositifs sont adoptés conjointement en faisant l'hypothèse que patronats et syndicats acceptent des concessions dans certains domaines en échange des avantages qu'ils obtiennent dans d'autres. Depuis la décennie 1990, ce type de démarche a été suivi dans de nombreux pays européens sous l'appellation de « pactes sociaux » ou de « pactes pour l'emploi et la compétitivité » ; selon les pays, ils ont eu un caractère bipartite ou tripartite.

La nature de ces « paquets » multidimensionnels a une conséquence importante quant à l'appréciation que l'on peut porter sur leur caractère globalement équilibré ou déséquilibré. En effet, les composantes sont par nature incommensurables : il n'existe pas de possibilité de mesure quantitative permettant de pondérer les gains et les reculs pour chacune des parties. Par exemple, en ce qui concerne l'avant-projet de loi :

- Comment mesurer le poids relatif de la création du compte personnel d'activité et de la disparition d'une obligation de formation qualifiante dans les contrats de professionnalisation ?
- Comment mesurer le poids relatif de l'élargissement des compétences de la négociation d'entreprise et de l'augmentation de 20 % du temps de délégation des délégués syndicaux et des négociateurs ?
- Comment mesurer le poids relatif du renforcement du contrôle sur le détachement de travailleurs et des changements dans la définition des licenciements économiques ?

Sur chaque aspect, il est intéressant de recueillir les avis d'experts (juristes, économistes, ergonomes, médecins...), mais il est impossible d'en déduire un jugement d'expert global sur le projet. Un tel jugement reflète nécessairement les hiérarchies de priorités et les anticipations d'effectivité propres à chacun des acteurs. Il est normal que des désaccords apparaissent, non seulement entre les deux camps, mais aussi au sein des patronats comme entre les syndicats. Il n'existe pas de critère objectif pour trancher<sup>11</sup>. Encore est-il

---

<sup>10</sup> Passage souligné par nous. Le Conseil d'Etat s'appuie d'une part, sur le fait que la ministre du Travail a transmis le rapport Combrexelle aux organisations d'employeurs et de salariés en les invitant à négocier (ce qu'elles n'ont pas fait), d'autre part, sur le fait qu'une concertation intervenue après le premier avant-projet de loi a amené des modifications substantielles de celui-ci (Conseil d'Etat, *Avis sur un projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, 17 mars 2016). Pour sauver la mise du gouvernement, le Conseil doit donc invoquer des « circonstances propres », notion qui ne figurait pas dans la loi Larcher, laquelle n'acceptait de dérogation qu'en cas d'urgence, argument qui n'est pas utilisé par le Conseil.

Il faut remarquer que, par la suite, la ministre du Travail a été moins précise. Dans une lettre à Jean-Claude Mailly, qui dénonçait le non respect de la procédure Larcher, elle indique qu'elle a envoyé, le 16 septembre 2015, un courrier à tous les partenaires sociaux pour engager « une concertation à partir des objectifs et des propositions (du rapport Combrexelle) » ce qui, à ses yeux, « ouvrait la voie à une négociation entre les partenaires sociaux s'ils le souhaitaient » (AEF, dépêche n° 536217).

<sup>11</sup> Sous cet aspect, le premier projet constitue une exception : la satisfaction unanime des organisations patronales et l'opposition unanime des organisations syndicales renseignent sans ambiguïté sur son caractère déséquilibré. En revanche, il apparaît que sur le 2<sup>e</sup> projet, comme sur les textes de 2008 et 2013, les appréciations des organisations sont contradictoires.

utile de tenter une identification claire des termes du débat, des avancées et des reculs immédiats ou potentiels.

### 1.3. L'AMBIGUÏTÉ SUR L'OBJECTIF POURSUIVI

Le projet gouvernemental cherche sa légitimité dans l'affirmation d'un effet bénéfique sur l'emploi. L'examen des débats montre que coexistent deux registres d'argumentation disjoints<sup>12</sup>.

- L'argumentation primaire en faveur du projet s'appuie sur des comparaisons intra-européennes de niveau ou de variation des taux d'emploi et de chômage pour affirmer que ce sont les « réformes structurelles » du marché du travail qui ont permis à d'autres pays d'améliorer significativement leur position dans ces domaines. Les cas de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie, du Royaume-Uni, par ailleurs très hétérogènes, sont invoqués pour tirer de la succession dans le temps de réformes du marché du travail et d'un recul du chômage, une démonstration de causalité<sup>13</sup>. Sur ce point, les résultats d'expertise sont concluants. Du point de vue de l'analyse économétrique, l'OCDE elle-même a admis l'absence de toute corrélation significative entre l'intensité de la « législation protectrice de l'emploi » et les performances nationales en matière d'emploi et de chômage<sup>14</sup>. Du point de vue des expériences nationales de réformes du marché du travail, les évaluations sont incertaines car il est difficile d'isoler l'effet propre de ces réformes pour lesquelles le recul temporel est souvent insuffisant. Les évaluations disponibles ont des résultats souvent divergents ; même celles qui aboutissent à des résultats positifs n'attribuent aux réformes qu'une faible part de responsabilité dans les résultats bruts observés. Il semble bien établi que le rythme et la nature de la croissance économique sont les variables déterminantes pour l'évolution de l'emploi et du chômage et qu'il n'existe pas de démonstration générale d'un effet quantitatif positif de la flexibilisation de la relation d'emploi.
- Une autre argumentation est avancée qui situe la légitimité principale de l'avant-projet dans la réduction des inégalités entre les *insiders*, aux emplois protégés, et les *outsiders*, voués à la précarité. La protection des contrats à durée indéterminée serait pour les employeurs la source de rigidités et d'une incertitude qui les inciteraient à privilégier le recours à l'emploi précaire. Un barème de maxima pour les indemnités prud'homales et une « définition plus objective » de la justification des licenciements contribueraient à réduire l'incertitude et à favoriser l'embauche en CDI, permettant ainsi, dans l'attente de réformes plus radicales, « une avancée pour les plus fragiles » (Aghionet alii). Il faut, à l'évidence, prendre au sérieux l'objectif de réduction des inégalités sur des marchés du travail de plus en plus segmentés<sup>15</sup>. La question est la suivante : dans quelle mesure la réduction des inégalités est-elle recherchée

---

<sup>12</sup> Voir par exemple les deux prises de positions de groupes d'éminents économistes, l'une positive (Philippe Aghionet alii, « Cette réforme est une avancée pour les plus fragiles », *Le Monde*, 5 mars 2016), l'autre négative (Philippe Askenazy, et alii, « La loi travail ne réduira pas le chômage », *Le Monde*, 10 mars 2016).

<sup>13</sup> La version la plus indigente de ces « démonstrations » se formule ainsi : il suffit de garantir aux employeurs qu'ils pourront licencier à faibles coûts, sans risques et sans délais, pour qu'ils se mettent à créer des emplois.

<sup>14</sup> Par exemple : OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE. Stimuler l'emploi et les revenus*, 2006. Ce résultat ne porte que sur les règles qui s'appliquent aux différents contrats de travail et à leurs modes de rupture. Il existe un débat plus complexe et non définitivement tranché sur l'impact que l'ensemble des institutions du marché du travail (législation du travail, salaire minimum, prélèvements fiscaux et sociaux, indemnisation du chômage...) exercent sur les performances économiques et la justice sociale.

<sup>15</sup> Voir le récent projet de rapport du CNIS : Bernard Gazier, président, Claude Picart, Claude Minni, rapporteurs, *La diversité des formes d'emploi*, mars 2016.



seulement par une réduction des protections des CDI et/ou une taxation des CDD ; dans quelle mesure doit-elle résulter d'une sécurisation de l'ensemble des trajectoires professionnelles ?

#### **1.4. LA PLURALITÉ DES CALENDRIERS**

Une difficulté additionnelle pour évaluer les impacts potentiels du projet de loi résulte de l'empilement d'horizons temporels différents.

- Le projet ouvre une procédure de réécriture globale du Code du travail avec un nouveau partage des rôles entre la loi, l'accord de branche et l'accord d'entreprise ainsi qu'une procédure de restructuration des branches. Le chantier s'étale sur plusieurs années.
- Le projet applique cette méthode aux dispositions du Code du travail qui sont relatives à la durée et à l'aménagement du temps de travail. L'entrée en vigueur sera immédiate, sous réserve de l'adoption des décrets d'application.
- Enfin, au-delà de ce qui constitue son axe central, le projet est complété par un ensemble hétérogène de mesures dont l'horizon d'effectivité va de l'expérimentation immédiate pour une durée limitée (par exemple, les contrats de professionnalisation) au très long terme pour une mise en œuvre complète (par exemple, le Compte personnel d'activité).

Il existe, de ce fait, une difficulté de pondération entre des mesures d'effet quasi immédiat et d'autres d'effectivité plus ou moins lointaine et potentielle. Sans ignorer l'interdépendance qui existe, dans une logique d'échange de contreparties, entre les différentes dimensions du projet, il est inévitable, dans une première étape, d'examiner séparément ces trois blocs.

## **2. L'ARTICULATION DES NORMES ET LA PLACE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE**

Une précédente *Note Lasaire*, déjà citée<sup>16</sup>, faisait l'inventaire des principaux points de débat soulevés dans ces domaines par le rapport Combrexelle et par les différents ouvrages et rapports qui l'ont précédé en 2015. Nous ne reprenons pas ces développements auxquels nous renvoyons le lecteur et nous nous limitons à la présentation des arbitrages retenus dans le projet de loi. Comme le préconisait le rapport Combrexelle, le projet propose une nouvelle articulation entre les normes qui règlent la relation salariale et il élargit la place de la négociation collective, en particulier au niveau de l'entreprise. Cependant, le projet ne suit pas les propositions précises du rapport. Les questions centrales sont, en fait, renvoyées au chantier de réécriture du Code du travail. Seule la réécriture immédiate des règles concernant l'aménagement et la durée du temps de travail permet de mesurer l'ampleur potentielle des transformations amorcées (*infra* 3). Examinons d'abord, les principes généraux contenus dans le projet.

### **2.1. HIÉRARCHIE DES NORMES OU PARTAGE DES COMPÉTENCES**

Les deux versions successives du projet de loi ont engendré de vives critiques qui portent sur l'abandon du principe de hiérarchie des normes. En fait, en adoptant sur ce point

---

<sup>16</sup>Note 49, septembre 2015.

les propositions du rapport Combrexelle, le gouvernement retient une autre approche. Formellement, le projet ne remet pas en cause la hiérarchie des normes ; il pose le principe d'une délimitation d'un champ de compétence propre à chacune des sources, législatives ou conventionnelles, de production des normes<sup>17</sup>. Dès lors, la loi, l'accord de branche et l'accord d'entreprise auraient leur domaine de souveraineté, le niveau inférieur devant respecter les normes fixées par le niveau supérieur dans les seuls domaines où celui-ci est reconnu compétant pour le faire.

Le projet établit une procédure pour le partage des compétences entre la loi et la négociation collective. Une commission d'experts et de praticiens est chargée de proposer « une refondation de la partie législative du Code du travail ». Elle « associe à ses travaux » les organisations patronales et syndicales. L'objectif est de « renforcer la place de la négociation collective, notamment au niveau de l'entreprise » (Exposé des motifs du projet de loi). Le futur Code sera structuré en trois parties :

- l'ordre public auquel aucun accord ne peut déroger,
- le champ de la négociation collective, définissant l'articulation la plus pertinente entre l'entreprise et la branche,
- les règles supplétives en l'absence d'accord.

Examinons quelques problèmes qui se posent aux trois niveaux de production des normes.

## **2.2. LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT DU TRAVAIL**

Dans le cadre de la préparation de la loi, le gouvernement crée, fin novembre 2015, un comité de juristes présidé par Robert Badinter qui est chargé de définir « les principes fondamentaux du droit du travail ». Le comité remet au mois de janvier un rapport<sup>18</sup> où sont énoncés 61 principes « à droit constant » c'est-à-dire conformes à l'état actuel du droit. Les membres du comité « considèrent unanimement qu'ils doivent figurer dans un chapitre autonome placé en tête du Code du travail ».

Telle est la solution retenue dans le premier projet de loi qui reprend exactement les principes essentiels proposés par le comité Badinter pour en faire le préambule du Code du travail. Toutefois, il est précisé que l'article n'entrera en vigueur que dans un délai d'un an après la remise du rapport de la commission de refondation du Code travail et au plus tard le 1<sup>er</sup> septembre 2019. Les principes essentiels semblent donc mis au placard pour trois ans.

Dans l'actuel projet, la solution change : les principes ne sont plus inscrits dans le Code du travail ; ils serviront seulement de guide à la commission de refondation du Code du travail. Le Conseil d'Etat a estimé que, si ces principes étaient bien issus du droit en vigueur, ils adoptaient parfois des formulations différentes, ce qui risquait d'engendrer, en cas d'introduction dans le Code du travail, des incertitudes ou divergences dans leur interprétation par la jurisprudence.

---

<sup>17</sup> Ainsi que l'indique l'*Etude d'impact* du projet de loi : « La négociation collective n'est plus un outil de dérogation à la loi mais acquiert un champ propre, ce qui constitue un véritable changement de paradigme » (p.32).

<sup>18</sup> Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, *Rapport au Premier ministre*, Janvier 2016.



Au total, beaucoup de bruit pour rien ? Il faudra attendre la réécriture du Code du travail pour savoir si et dans quelle mesure l'ordre public social sera modifié.

### 2.3. LES ACCORDS DE BRANCHE

Deux questions principales sont posées.

- En premier lieu, le partage reste flou entre les compétences respectives de l'accord de branche et de l'accord d'entreprise. En complément de l'ordre public social défini par la loi, le rapport Combrexelle préconisait que l'accord de branche définisse un « ordre public conventionnel » qui s'impose aux accords d'entreprise. Cette notion est absente du projet de loi. Certes, l'exposé des motifs affirme que « l'article 13 vise à renforcer la place essentielle de la branche dans le droit du travail ; il définit le rôle de la négociation à ce niveau qui est de créer un socle commun de droits applicables aux salariés et à réguler la concurrence entre les entreprises ». Mais on cherche en vain dans la rédaction de l'article 13 une définition de ce socle commun qui s'imposerait aux accords d'entreprise. Tout semble donc devoir dépendre de la volonté des signataires d'accords de branche ; cependant, comme nous le verrons plus loin (*infra* 3) la loi peut aussi définir une zone de compétence propre des accords d'entreprise. Il s'agit là d'un enjeu important de la rédaction finale de la loi, puis de la réécriture du Code du travail.
- En second lieu, pour que l'accord de branche puisse, selon les termes de l'exposé des motifs « créer un socle commun », il faut de part et d'autre des acteurs ayant la capacité et la volonté d'assurer cette mission. Or, la situation n'a guère changé depuis qu'un rapport parlementaire<sup>19</sup> constatait que sur les 657 conventions collectives relevant du ministère du Travail<sup>20</sup>, la moitié d'entre elles pouvait être considérée comme « moribonde voire éteinte ». Une récente publication du ministère du Travail<sup>21</sup> indique qu'au 31 décembre 2013, sur 495 conventions collectives de branche « regroupées » (hors agriculture), 227 couvraient moins de 5 000 salariés. Le ministère du Travail a entamé une politique de restructuration des branches pour laquelle le projet de loi lui fournit des moyens d'action plus contraignants avec l'objectif d'arriver « autour de 200 branches d'ici trois ans » et finalement à une centaine de branches. Cette question est essentielle quant à la capacité des branches de définir des socles communs qui ne se bornent pas, comme c'est souvent le cas aujourd'hui, à une paraphrase du Code du travail et qui permettent de « réguler la concurrence entre les entreprises » de sorte que le développement encouragé des accords d'entreprise ne devienne pas un instrument de dumping social.

### 2.4. LES ACCORDS D'ENTREPRISE

Sans reprendre ici le débat fondamental qui porte sur les opportunités et les risques associés à la négociation d'accords d'entreprise<sup>22</sup>, question qui divise aussi bien les organisations syndicales que les organisations patronales, plusieurs autres questions sont soulevées par le projet de loi.

---

<sup>19</sup> J.-F. Poisson, M. Biehler, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2009.

<sup>20</sup> Il existe, par ailleurs, 256 conventions collectives dans le secteur de l'agriculture.

<sup>21</sup> Florent Boudjema, « Portrait statistique des principales conventions de branche », *DARES Résultats*, n° 16, mars 2016.

<sup>22</sup> Voir sur ce débat la *Note Lasaire* précitée.

- En premier lieu, tout en affirmant la généralisation du principe majoritaire pour la validité des accords d'entreprise, le projet introduit aussitôt une exception majeure : si un accord est approuvé par des syndicats qui dépassent seulement le seuil de représentativité de 30 %, ces syndicats peuvent déclencher une consultation des salariés. Un vote majoritaire assurerait la validité de l'accord<sup>23</sup>. On peut s'interroger sur l'opportunité de cette dérogation.
  - Sur la base d'une position commune signée du côté syndical par la CGT et la CFDT, de nouvelles règles de représentativité des syndicats et de légitimité des accords ont été introduites par la loi du 20 août 2008. Faut-il les remettre en cause en introduisant une autre source de légitimité des accords qui sera déconnectée de la représentativité des syndicats ?
  - Le syndicalisme sortira-t-il renforcé de campagnes de vote déclenchées dans une entreprise par des syndicats minoritaires qui chercheront à faire invalider par les salariés la position des syndicats majoritaires<sup>24</sup> ?
- En second lieu, le projet prévoit que « lorsqu'un accord d'entreprise est conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail », sous réserve de ne pas diminuer la rémunération mensuelle<sup>25</sup>. En cas de refus du salarié, l'employeur peut utiliser les modalités du licenciement pour motif personnel auquel la loi reconnaît d'avance une cause réelle et sérieuse. Le rapport Combrexelle préconisait dans ce cas un licenciement économique avec un régime indemnitaire moins attractif que le droit commun. Il paraît évident que le motif du licenciement est de nature économique (l'emploi) et ne tient pas à la personne du salarié.
- Enfin, il importe d'attirer l'attention sur une question qui est presque ignorée par le projet de loi. Le terme général d'accord d'entreprise recouvre aujourd'hui un empilement de textes qui vont des accords d'établissement aux accords mondiaux de groupe. Or le choix des niveaux de négociation selon les thèmes constitue un enjeu stratégique essentiel. Par exemple, les accords pour la défense de l'emploi, s'ils sont négociés au niveau des établissements, deviennent un instrument de mise en concurrence des travailleurs appartenant au même groupe, avec une surenchère dans les sacrifices exigés. Ce risque est réduit, au moins à l'échelle nationale, si l'accord est négocié à l'échelle du groupe ou d'une branche d'activité du groupe. Dans l'écriture actuelle du texte, tout ce qui relève de la compétence de l'accord d'entreprise peut se négocier à n'importe quel niveau<sup>26</sup>.

## 2.5. UN RENFORCEMENT DES RESSOURCES POUR LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ?

Le rapport Combrexelle affirmait que le renforcement des conditions d'une négociation loyale et équilibrée constituait une condition de l'élargissement des compétences reconnues à la négociation collective<sup>27</sup>. Le projet de loi semble aller dans ce sens puisqu'il comporte un

<sup>23</sup> A titre transitoire cette dérogation n'est possible que pour les accords portant sur la durée du travail et les accords « en faveur de l'emploi » (*infra*). Elle sera étendue aux autres domaines après réécriture du Code du travail, sauf aux accords de maintien de l'emploi.

<sup>24</sup> Cette situation est différente de la pratique des syndicats qui dans certains pays, par exemple en Italie, demandent aux salariés de voter sur les accords qu'ils ont négociés. En cas de vote négatif, le syndicat ne signe pas.

<sup>25</sup> Ce qui n'exclut donc pas une réduction du salaire horaire en cas d'augmentation simultanée de la durée du travail.

<sup>26</sup> Le projet de loi se borne à « sécuriser » les accords de groupe et les accords inter-entreprises.

<sup>27</sup> Note Lasaire précitée.

titre II intitulé : « Favoriser une culture du dialogue et de la négociation ». En pratique, à une exception près, les mesures qu'il introduit en ce sens n'ont qu'une valeur permissive ou incitative.

L'exception est constituée par l'accroissement de 20 % des heures de délégation dont disposeront les délégués du personnel et les salariés désignés par leur section syndicale pour participer aux négociations collectives ainsi que par des mesures favorisant la formation des négociateurs. Rien d'autre n'est indiqué sur les ressources dont pourraient disposer les négociateurs syndicaux pour que l'on puisse parler, en termes réels et non simplement formels, d'une négociation équilibrée.

Le registre incitatif est illustré sur deux aspects.

- Les accords devront contenir un préambule présentant leurs objectifs et leur contenu afin d'en améliorer la clarté et l'intelligibilité ; ils devront définir leurs conditions de suivi et comporter des clauses de rendez-vous. Mais l'absence de ces éléments ne peut entraîner la nullité de l'accord.
- La loi encourage le recours à des accords de méthode pour l'ensemble des niveaux de négociation. Mais le recours à ces accords constitue une possibilité et non une obligation. En outre, à défaut de stipulation contraire dans l'accord de méthode, la méconnaissance de ses stipulations n'entraîne pas la nullité des accords de contenu.

### **3. LA DURÉE ET L'AMÉNAGEMENT DU TEMPS DE TRAVAIL**

Dans le seul domaine du temps de travail, la loi opère dès maintenant la réécriture du Code du travail selon les principes de découpage des champs de compétence qui seront ensuite appliqués à l'ensemble du Code (*supra*). Le principe est énoncé de la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche dans le respect des mesures d'ordre public définies par le Code du travail. Par exemple, en ce qui concerne les heures supplémentaires, le seuil de déclenchement à 35 heures et le taux minimum de majoration (10 %) sont d'ordre public. Comme l'indique l'étude d'impact, la négociation collective n'est plus un outil de dérogation à la loi, mais acquiert un champ de compétence qui lui est propre.

Une concession majeure du gouvernement relativement au premier projet porte sur les dispositions supplétives qui s'appliquent en l'absence d'accord. Alors que le premier projet introduisait des assouplissements considérables, le second projet maintient inchangées les règles actuelles du Code de travail qui deviennent des dispositions supplétives.

Une autre concession consiste dans la suppression de la possibilité pour les entreprises de moins de 50 salariés d'introduire des forfaits-jours par des conventions individuelles avec les salariés en l'absence d'accord collectif.

Les marges de liberté nouvelles pour la négociation collective portent principalement sur trois points.

- Les accords de modulation du temps de travail, jusqu'alors limités à un cadre annuel, pourront désormais couvrir une durée maxima de trois ans si un accord de branche l'autorise.

- Pour les PME (moins de 50 salariés), la possibilité d'introduire unilatéralement un aménagement du temps de travail, qui était jusqu'alors limitée à une période de référence de 4 semaines, est portée à 9 semaines.
- Pour les PME, souvent dépourvues de délégués syndicaux, le recours au mandatement est élargi tandis que l'accord de branche pourra mettre des accords-types à la disposition des chefs d'entreprises qui pourront les mettre en œuvre par décision unilatérale.

## 4. LES DISPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES

Comme il a été indiqué initialement, la logique de recherche de compromis conduit à multiplier les dispositions pour donner une impression d'équilibre global entre les reculs et les avancées pour les deux parties. De plus, le gouvernement a manifestement profité de l'occasion pour faire passer un ensemble de mesures disparates qui, traditionnellement, faisaient l'objet d'une loi DDOS (diverses dispositions d'ordre social). Nous nous limiterons ici, pour ne pas gonfler exagérément le texte, à quelques mesures qui ont un caractère particulièrement symbolique ou conflictuel<sup>28</sup>.

### 4.1. LE COMPTE PERSONNEL D'ACTIVITÉ

Une des principales illustrations de la logique des contreparties est l'introduction dans le projet de loi des premières étapes de la mise en œuvre du CPA alors que cette question avait jusqu'alors été traitée de façon autonome. Annoncée le 3 avril 2015 par le Président de la République, le CPA a été créé dans son principe par la loi du 18 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (loi Rebsamen) et a fait l'objet parallèlement d'un remarquable travail d'expertise au sein d'une commission présidée par Selma Mahfouz<sup>29</sup>. Présenté lors de la 4<sup>e</sup> Conférence sociale en octobre 2015, le projet reçoit un accueil globalement favorable. Comme il concerne l'ensemble de la population d'âge actif, la préparation des modalités de sa mise en œuvre fait l'objet de plusieurs procédures distinctes. Conformément à la procédure « Larcher », les organisations patronales et syndicales sont invitées à négocier au niveau interprofessionnel et reçoivent un document d'orientation du gouvernement. Des

<sup>28</sup> Nous ne sous-estimons pas l'importance d'autres mesures, par exemple :

- La lutte contre l'utilisation illégale de travailleurs détachés est un objectif partagé par tous les acteurs. Elle se déroule dans le cadre restrictif imposé par la réglementation européenne et par la Cour de justice de l'Union européenne, gardiens vigilants de la liberté de prestations de services (Voir *Note Lasaire* n° 42, mai 2014 : « La directive européenne sur les travailleurs détachés »).
- La réforme de la médecine du travail est un dossier complexe qui exigerait de longs développements. En un mot, la logique des mesures proposées vise surtout à concentrer des moyens insuffisants sur les tâches jugées prioritaires et sur les salariés les plus exposés. Pour une analyse détaillée, voir les deux avis adoptés dans le cadre du Groupe permanent d'orientation du Conseil d'orientation des conditions de travail : COCT, *L'avenir des services de santé au travail et de la médecine du travail*, 2 décembre 2015 ; COCT, *Note relative au suivi des salariés par les services de santé au travail et la médecine du travail*, 17 mars 2016. Ces deux textes ont été approuvés par l'ensemble des organisations patronales et syndicales, à l'exception de la CGT-FO.
- Représentativité patronale. La loi du 5 mars 2014 définissait pour la première fois les règles de représentativité des organisations patronales. Celle-ci reposait sur le nombre d'entreprises adhérentes. Le projet de loi bouleverse le paysage en transposant un accord passé entre le MEDEF et la CGPME : la représentativité ne sera plus fonction que pour 20 % du nombre d'entreprises adhérentes et pour 80 % du nombre de salariés dans ces entreprises. Cette mesure provoque une vive opposition, principalement de l'UPA, mais aussi des trois organisations multiprofessionnelles : l'UDES (économie sociale et solidaire), l'UNAPL (professions libérales) et la FNSEA (agriculture).
- La « Garantie jeunes », jusqu'alors expérimentale dans certains territoires, sera généralisée et constituera désormais la modalité la plus intensive du « Parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie » qui regroupera l'ensemble des dispositifs d'accompagnement des jeunes en difficulté.

<sup>29</sup> Selma Mahfouz, *Le compte personnel d'activité, de l'utopie au concret*, France Stratégie, 9 octobre 2015.

concertations spécifiques sont prévues pour les fonctions publiques et les travailleurs indépendants. Enfin, un groupe quadripartite intègre les représentants des régions.

La négociation interprofessionnelle est un échec. Le conflit porte principalement sur le champ d'application initial du CPA. Le patronat refuse d'y inclure de C3P (Compte personnel de prévention de la pénibilité) ou le CET (Compte épargne temps), mais propose d'y inclure l'assurance chômage, ce que refusent les syndicats. Finalement, à défaut d'accord, une « position commune »<sup>30</sup> est établie. Le CPA est défini comme le simple regroupement, sans modifications, du CPF (Compte personnel de formation) et du C3P. L'accent est mis sur la nécessité d'un accompagnement global des titulaires d'un compte et sur la création d'un portail d'information. Du côté syndical, seule la CGT refuse de signer un texte « qui n'est pas à la hauteur des ambitions espérées » ; les quatre autres organisations signent sans cacher leur déception<sup>31</sup>. La surprise vient du côté patronal : l'UPA refuse de signer par hostilité à la fois au C3P et à la nouvelle règle de représentativité patronale introduite par le projet de loi (*supra*, note 23) ; la CGPME, à son tour, refuse d'approuver un « dispositif improvisé » qui est intégré dans un projet de loi « vidé de son sens pour les TPE/PME » ; le Medef, à ce jour, est resté silencieux sur ses intentions.

Dans ces conditions la pleine responsabilité revient au législateur. L'appréciation que l'on peut porter sur les dispositions du projet de loi est contrastée<sup>32</sup>.

- A long terme, CPA pleinement réalisé constituerait une innovation majeure. Chaque personne accumulerait, tout au long de sa trajectoire et quels que soient ses éventuels changements de statut, des droits dont elle maîtriserait dans une large mesure les modes d'utilisation (sous réserve de règles de fongibilité asymétrique<sup>33</sup>). Différentes sources d'abondement réduiraient les inégalités. L'accès à l'information et à l'accompagnement serait garanti.
- Si l'on se limite au contenu actuel, le diagnostic est moins enthousiasmant. Le CPA regroupe au départ deux dispositifs déjà créés : le CPF qui ne fait qu'entamer sa montée en charge<sup>34</sup> et le C3P, qui va seulement entrer en application en se heurtant à l'opposition du patronat<sup>35</sup>. Le gouvernement a ajouté dans le projet de loi des éléments additionnels :
  - Les jeunes sortis sans diplôme du système éducatif se verront doter d'un capital formation permettant la réalisation d'une formation qualifiante.
  - Pour les salariés peu qualifiés, les droits à la formation (CPF) seront portés de 24 à 40 heures par an, avec un plafond porté de 150 heures à 400 heures.
  - Un « compte engagement citoyen » permettra d'obtenir des droits au titre de diverses activités socialement utiles (responsables associatifs, maîtres d'apprentissage...).

<sup>30</sup> *Position commune sur le compte personnel d'activité, la sécurisation des parcours et la mobilité professionnelle*, 8 février 2016.

<sup>31</sup> La CFTC ne signe qu'à la condition que le patronat accepte le texte sans réserve.

<sup>32</sup> Pour mesurer la variété des points de vue, voir par exemple : Bernard Gazier, Jean-François Le Ruof, Arnaud Lopez, Thierry Pech, Bruno Palier, Martin Richer, « Le bel avenir du Compte personnel d'activité », *Terra Nova*, février 2016 ; Jean Grosset, Pascale Gérard, « Le compte personnel d'activité, intégrateur d'une protection sociale du XXI<sup>e</sup> siècle », Fondation Jean Jaurès, Observatoire du dialogue social, *Note n° 1*, février 2016 ; Aurélien Casta, Maël Dif-Pradier, Bernard Friot, Jean-Pascal Higelé, Claire Vivés, « Le compte personnel d'activité. Où sont les droits attachés à la personne ? », *Les notes de l'IES*, n° 39, février 2016 ; Jean-Marie Luttringer, « Le CPA est-il une chimère ? », JML Conseil, *Chronique 105*, mars 2016

<sup>33</sup> Par exemple, les droits acquis à la formation ne pourraient être convertis à d'autres usages.

<sup>34</sup> A la mi-mars 2016, 310 000 dossiers validés en cumul depuis l'origine.

<sup>35</sup> Sur les enjeux du C3P, voir le numéro spécial coordonné par Annie Jolivet et Serge Volkoff : « Pénibilité : un compte à rendre ? », *Retraite et société*, n° 72, décembre 2015.

Pour l'instant, il s'agit donc de mettre en place une structure juridique et numérique d'accueil qui regroupera progressivement divers dispositifs (existants ou à créer) et qui aura vocation à offrir des droits de nature universelle avec, transitoirement ou durablement, des régimes différents pour les salariés du secteur privé, les fonctions publiques et les travailleurs indépendants.

#### 4.2. LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES

La définition dans le Code du travail de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement économique est imprécise. Le projet de loi introduit plusieurs compléments ou corrections.

- En conformité avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, deux motifs additionnels sont explicités : la sauvegarde de la compétitivité et la cessation d'activité de l'entreprise.
- Pour réduire l'hétérogénéité de la jurisprudence portant sur l'appréciation des « difficultés économiques », la loi en donne des illustrations non limitatives : soit une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires pendant plusieurs trimestres consécutifs en comparaison avec la même période de l'année précédente, soit des pertes d'exploitation pendant plusieurs mois, soit une importante dégradation de la trésorerie, soit tout élément de nature à justifier de ces difficultés.
- A l'encontre de la jurisprudence actuelle, dans le cas d'une entreprise appartenant à un groupe multinational, le périmètre d'appréciation des difficultés économiques est désormais limité aux entreprises incluses dans le même secteur d'activité du groupe à l'échelle nationale. Il est précisé que seraient sanctionnées, comme c'est déjà le cas, les pratiques d'un groupe qui viserait à mettre artificiellement en difficulté une entreprise située en France. Il faut souligner que la formulation adoptée sur ce point par le projet de loi est très restrictive : « Ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique les difficultés économiques créées artificiellement à la seule fin de procéder à des suppressions d'emplois ». Ainsi, il faudra prouver que les difficultés ont été créées **à la seule fin** de procéder à des suppressions d'emploi.

Il est clair que ces mesures visent à assurer la « sécurisation juridique » des employeurs et à rassurer les groupes étrangers implantés en France. La dernière adjonction est la plus conflictuelle compte-tenu des pratiques des firmes multinationales qui mettent en concurrence leurs établissements implantés dans différents pays. A l'occasion de l'examen du texte par la commission des Affaires sociales de l'Assemblée nationale, le rapporteur a indiqué que des discussions étaient en cours avec le gouvernement sur la définition du périmètre et de la responsabilité des groupes ; des amendements seront déposés lors du débat à l'Assemblée en mai prochain. L'enjeu est important.

#### 4.3. LES INDEMNITÉS PRUD'HOMALES

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 7 août 2015 (dite loi Macron) avait innové en introduisant, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, un barème d'indemnités maximales qui étaient fonction de l'ancienneté des salariés dans l'entreprise et de la taille de celle-ci. Le Conseil constitutionnel a annulé cette disposition parce que le second critère violait, à ses yeux, le principe d'égalité devant la loi. Le premier projet de loi réintroduit les maxima en se limitant au critère d'ancienneté dans l'entreprise et avec des niveaux plus faibles que ceux de la loi Macron. Devant le tollé



unanime des syndicats, le gouvernement a fait machine arrière en ne donnant plus aux montants affichés qu'une valeur indicative, toujours fonction de l'ancienneté. Il est difficile de prévoir si ces valeurs exerceront un effet d'harmonisation sur la jurisprudence future.

#### **4.4. LE CONTRAT DE PROFESSIONNALISATION**

Le contrat de professionnalisation est un mode de formation en alternance qui permet, principalement à des jeunes<sup>36</sup>, d'acquérir une qualification professionnelle reconnue. Pour accroître les flux d'entrée, l'exigence de formation qualifiante serait supprimée à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2017 pour les demandeurs d'emploi. Il s'agit là d'une régression évidente qui marque un retour à la logique des « contrats d'adaptation » de triste mémoire.

### **5. DES RÉACTIONS CONTRASTÉES**

Le passage du premier au second projet de loi a transformé les diagnostics de la majorité des acteurs sociaux.

#### **5.1. LE PATRONAT : LE RENVERSEMENT**

Le MEDEF et la CGPME soutiennent le premier projet de loi tandis que l'UPA, appuyée par l'UNAPL, s'y oppose vivement, mais sur le seul point de la mesure de la représentativité patronale. Elle en fait un préalable pour refuser de s'associer à une position commune de soutien au texte gouvernemental. Par ailleurs, il subsiste une divergence entre, d'une part, le MEDEF qui privilégie les accords d'entreprise et, d'autre part, la CGPME et l'UPA qui affirment le rôle pivot de l'accord de branche.

Le second projet provoque un changement radical d'attitude de toutes les organisations patronales. Toujours aussi divisées sur la représentativité, elles sont unanimes pour dénoncer les « reculs » du gouvernement, principalement sur les indemnités prud'homales et le forfait jours unilatéral dans les PME<sup>37</sup>. Par ailleurs, les organisations patronales réaffirment leurs revendications traditionnelles, en particulier la possibilité de négocier directement avec les élus du personnel et de recourir au référendum, l'assouplissement des conditions de recours à la modulation du temps de travail et l'obtention d'un moratoire sur le C3P.

#### **5.2. LES SYNDICATS : UNITÉ PUIS DIVISION**

Le premier projet de loi recrée une unité syndicale que l'on n'avait plus connue depuis la réforme des retraites en 2010. Comme en 2006 dans la lutte contre le CPE (contrat première embauche), les organisations étudiantes et lycéennes sont associées au mouvement. Cependant, le communiqué commun n'est établi, le 23 février, que sur la base de formulations très générales. Si toutes les organisations considèrent que le premier projet est inacceptable, une coupure se manifeste dès la réunion suivante, le 3 mars, entre les syndicats qui exigent le « retrait » du texte (CGT, CGT-FO, FSU, Solidaires) et ceux qui demandent qu'il soit « modifié en profondeur » (CFDT, CFTC, CFE-CGC, UNSA). La présentation du second

---

<sup>36</sup> Mais aussi à certaines catégories éloignées du marché du travail : demandeurs d'emploi, titulaires de minima sociaux et de contrats aidés.

<sup>37</sup> Voir par exemple : MEDEF, *Analyse synthétique et commentaires de la deuxième version du projet de loi El Khomri*, 19 mars 2016.

projet consolide cette fracture. Pour les premiers, la « philosophie générale » n'a pas changé et ils décident de poursuivre les mobilisations pour le retrait du projet de loi<sup>38</sup>. Pour les seconds, le deuxième projet apporte des concessions majeures mais contient cependant des points encore insatisfaisants qui devront être traités à l'occasion du débat parlementaire<sup>39</sup>.

## QUELQUES ENSEIGNEMENTS PROVISOIRES

Il est probable que les débats parlementaires amèneront de nombreux amendements. Il est difficile aujourd'hui d'anticiper sur la composition du compromis final, pour autant qu'il puisse être trouvé.

De vifs débats ont porté sur les différentes dispositions du projet de loi qui engendrent des modifications explicites des normes de la relation d'emploi. Nous voudrions en conclusion (provisoire) insister sur des domaines essentiels que le projet laisse dans l'ombre. L'objectif central affiché par le gouvernement est l'élargissement du champ de compétence de la négociation collective aux dépens de la loi. Il n'y a pas à rejeter *a priori* une telle perspective. Les comparaisons historiques et internationales montrent que dans les pays et dans les périodes où le syndicalisme a été puissant, il a presque toujours préféré l'accord collectif au recours à la loi. Tout le problème est alors d'établir les cadres institutionnels qui assurent la loyauté et l'équilibre dans les négociations. La loi ne peut pas déterminer le rapport des forces, mais elle doit garantir les conditions dans lesquels se négocient d'éventuels compromis. Dans ce domaine deux lacunes risquent de peser d'un poids considérable.

- Rien n'est dit dans la loi sur le contenu de « l'ordre public conventionnel » (selon la terminologie du rapport Combrexelle) qui doit être défini par les accords de branche. Or la question est centrale. Il s'agit à la fois d'éviter une dynamique de dumping social dans le cadre des accords d'entreprise et de garantir, au-delà de l'ordre public légal, des droits minima dans les PME dépourvues d'accords d'entreprise. Qu'advient-il dans la majorité des branches où manquent aujourd'hui la capacité et/ou la volonté de négocier ? Le processus de restructuration des branches demandera deux années pour sa première étape. Que se passera-t-il dans l'intervalle ? La défaillance d'une régulation de branche laisserait place au développement incontrôlé et inégal des accords d'entreprise.
- Le projet de loi utilise constamment, presque toujours sans plus de précision, les termes « accord d'entreprise ». La situation actuelle est celle d'un millefeuille très faiblement coordonné où presque toutes les questions peuvent être traitées à presque tous les niveaux, depuis l'établissement jusqu'au groupe. Comment articuler, coordonner, hiérarchiser les différents niveaux de négociation ? Le risque est que l'acteur le plus puissant impose le niveau de négociation qui lui est le plus favorable.

---

<sup>38</sup> Déclaration commune du 14 mars 2016.

<sup>39</sup> Il subsiste des différences au sein du second groupe, par exemple, à l'opposé de la CDFT, la CFE-CGC et l'UNSA sont hostiles au referendum d'entreprise tel qu'il est prévu par le projet de loi.