

Les fausses solutions de la Réforme du Code du travail

Judith Krivine, Mediapart, 22 février 2016

Avant son élection, notre Président de la République s'est engagé à combattre le chômage. Pour cela, le candidat qui se réclamait adversaire de la finance annonçait notamment (35^{ème} de ses 60 engagements pour la France) : « *Pour dissuader les licenciements boursiers, nous renchérirons le coût des licenciements collectifs pour les entreprises qui versent des dividendes ou rachètent leurs actions, et nous donnerons aux ouvriers et aux employés qui en sont victimes la possibilité de saisir le tribunal de grande instance dans les cas manifestement contraires à l'intérêt de l'entreprise* ».

La communication, c'est important. Faire exactement l'inverse de ce que l'on a promis, c'est grave.

Les lois qui se sont succédées en matière de droit du travail l'ont montré ; le Premier Ministre l'a récemment confirmé ; le rapport Badinter, puis le projet de loi El Khomri enfoncent le clou : le Gouvernement prétend sans cesse avancer à « droits constants » pour les salariés, soi-disant dans la ligne de l'histoire sociale du pays, mais ne fait que réduire leurs droits loi après loi, de manière de plus en plus violente.

- Le Gouvernement a proclamé que le Code du travail serait trop gros, trop complexe et donc qu'il nuirait à l'emploi.

Bien que cautionné par des personnes réputées pour leurs valeurs « de gauche » comme Monsieur Badinter, cette affirmation constitue bel et bien d'un mensonge.

Et ce mensonge est d'autant plus grave qu'il a une finalité politique bien précise : faire glisser l'opposition traditionnelle dérangeante entre salariés et employeurs vers une opposition entre salariés et chômeurs, afin de libérer les entreprises de toute contrainte.

Le Code du travail n'est pas plus gros ni plus complexe que tous les autres codes. Le droit du travail est une matière compliquée, tout comme le droit commercial, tout comme le droit fiscal, tout comme le droit pénal. Aller voir un expert-comptable ne choque personne. Aller voir un médecin spécialiste lorsque l'on est malade ne choque personne. Il est normal d'avoir besoin de personnes compétentes pour appliquer le droit. Et le droit du travail ne fait pas exception. Il ne faut pas confondre complexité du droit et moyens d'accès au droit (d'où les combats pour l'aide juridictionnelle, l'intérêt de protéger les défenseurs syndicaux etc.).

De plus, tous les praticiens savent que l'épaisseur du Code résulte d'une part des nombreuses précisions techniques qu'il contient par exemple en matière de sécurité des salariés potentiellement soumis à des dangers spécifiques (la santé étant un droit de valeur constitutionnelle), d'autre part des décrets et de la jurisprudence qui y sont mentionnés, mais aussi, des nombreuses dérogations apportées pour assouplir les règles, à la demande des entreprises elles-mêmes (en particulier en matière de durée du travail et de contrats précaires).

Précisément, depuis une trentaine d'années, les réformes se sont succédées pour tenter d'assouplir le Code du travail, afin soi-disant de relancer l'emploi. Les chiffres sont là : ces réformes n'ont eu aucun impact économique positif sur l'emploi.

Simplifier les licenciements ne favorise pas les embauches : cela simplifie les licenciements.

Faciliter le dépassement de la durée légale du travail en permettant aux entreprises de négocier la

« compensation » des heures supplémentaires (le rapport Badinter ne parle même plus de majoration) ne crée pas d'emploi, cela conduit les salariés qui ont un emploi à travailler plus, sans même nécessairement être payés plus.

· De même, dans la lettre de mission publiée le 24 novembre 2015 à l'attention de la Commission Badinter, Monsieur Manuel Valls déclarait : *« la double fonction assignée au droit du travail est de plus en plus mal remplie. Alors qu'il doit à la fois protéger les travailleurs et sécuriser les entreprises pour leur permettre de se développer, il ne parvient qu'imparfaitement à atteindre ces objectifs, sous l'effet conjugué des bouleversements du monde du travail et de la sédimentation de règles devenues en partie illisibles ».*

Affirmer que la sécurisation des entreprises est une des fonctions du droit du travail est un mensonge.

Le droit du travail est né progressivement, depuis le XIX^{ème} siècle, parce que le droit des contrats régi par le code civil ne pouvait pas suffire à réglementer la relation de travail, du fait de l'inégalité entre l'employeur et le salarié, liée à la subordination dans laquelle était placée le salarié. Si la subordination a évolué, elle existe toujours le plus souvent et lorsqu'elle n'est pas juridique, elle est au moins économique. La fonction du droit du travail, c'est exclusivement de protéger les salariés.

Mais cette déclaration du Premier Ministre est éclairante : avec la Loi de sécurisation de l'emploi (14 juin 2013), la Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (6 août 2014, dite « Loi Macron »), la Loi relative au dialogue social et à l'emploi (17 août 2015, dite « Loi Rebsamen ») et leurs décrets d'application, (publiés ou encore en projets à ce jour), le Gouvernement n'a pas sécurisé l'emploi, n'a pas simplifié le Code du travail, n'a pas favorisé le dialogue social. Il a cherché à sécuriser les entreprises.

· Le Gouvernement déclare qu'il faut faire confiance aux « partenaires sociaux », qu'il faut favoriser l'information des représentants du personnel, qu'il faut favoriser la négociation. Mais il met en place des mesures qui vont dans le sens inverse.

L'exemple de l'information des représentants du personnel est flagrant. En France, il n'existe pas de co-gestion de l'entreprise. Les employeurs bénéficient de la protection d'un principe de valeur constitutionnelle : la liberté d'entreprendre. Les salariés sont quant à eux en droit de « participer à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants », principe également reconnu de valeur constitutionnelle (article 8 du Préambule de la Constitution de 1946).

Ce second principe est assuré par la mise en place d'instances représentatives du personnel. Le non respect de ces instances est pénalement sanctionné. Mais le Gouvernement actuel a voulu sécuriser les entreprises pour « rassurer les investisseurs étrangers ». Si l'employeur n'organise pas la mise en place des instances, il est toujours passible de sanctions pénales, y compris des peines de prison (jamais prononcées mais qui existent). Mais depuis la Loi Macron, si une fois les instances en place, il ne respecte pas leurs droits, l'employeur ne risque plus qu'une peine d'amende (aujourd'hui de 7.500 euros maximum, quelle sanction...). Le message est clair : donnez l'apparence de respecter l'article 8 de la Constitution, mais ensuite, si vous ne le respectez pas réellement, ce n'est pas très grave... le principe de la Liberté d'entreprendre prime.

La Loi de sécurisation de l'emploi annonçait déjà cette démarche en limitant dans leur contenu les droits des instances représentatives du personnel.

Bien que le comité d'entreprise n'aie pas la possibilité d'empêcher une décision de l'employeur impactant la marche générale de l'entreprise, il est en droit, depuis 1946, d'en être informé, de manière précise et écrite, afin de pouvoir exprimer un avis éclairé et ainsi permettre à l'employeur de connaître le point de vue des salariés sur son projet préalablement à sa mise en oeuvre.

Au fil des ans, le contentieux autour de cette question s'est développé. Les entreprises prétendaient avoir parfaitement rempli leur obligation d'information, en montrant le nombre d'heures passées en réunion, le nombre de questions ayant obtenu une réponse, le volume des informations transmises et ils affirmaient que si les représentants du personnel disaient ne pas être en mesure d'exprimer leur avis, ce n'était pas par manque d'information, mais dans un but purement dilatoire pour empêcher la mise en œuvre du projet. Ils demandaient donc au juge de constater que « le refus d'avis valait avis négatif ». Les salariés à l'inverse affirmaient qu'il leur manquait des informations essentielles à leur compréhension de la situation, des enjeux, des causes réelles et des conséquences prévisibles de la décision envisagée et demandaient au juge de contraindre l'employeur à poursuivre la procédure et à suspendre la mise en œuvre de son projet tant qu'ils n'auraient pas pu exprimer un avis éclairé. Le juge, indépendant, étudiait le dossier et donnait raison à l'un ou à l'autre au cas par cas.

Qu'a fait le Gouvernement ? Il a offert le bénéfice du doute aux entreprises, en consacrant dans la loi leur position, à charge pour les représentants du personnel, avec une « fenêtre de tir » extrêmement réduite et difficile à manier, de tenter d'obtenir le respect de leurs droits : désormais, la procédure d'information et consultation est encadrée dans des délais courts ; à défaut d'avis exprimé dans ce délai le comité d'entreprise est « réputé avoir rendu un avis négatif » ; les représentants du personnel ne peuvent plus demander au juge que la prolongation du délai (avant la fin du délai donc) en cas de difficultés particulières pour obtenir les informations, cette saisine ne suspendant même pas les délais...

Ainsi, le Gouvernement affirme promouvoir le dialogue social alors qu'il instaure dans la loi même la possibilité pour les entreprises de ne pas respecter les instances représentatives du personnel.

C'est la même chose pour la négociation collective : le Gouvernement prétend vouloir confier la détermination de la plupart des règles à la négociation collective d'entreprise en assurant de sa confiance aux organisations syndicales. Pourtant, lorsque des négociations échouent au niveau national, il passe en force par la loi (en invoquant parfois même le fameux 49-3). Et lorsqu'au niveau des entreprises, les négociations majoritaires échouent, il veut (c'est inscrit dans le projet de loi El Khomri) inciter les entreprises à contourner les organisations syndicales en passant par le référendum.

Lorsque l'on connaît l'état du rapport de force au sein des entreprises aujourd'hui, on comprend aisément que proposer de confier la réglementation du droit du travail à la négociation d'entreprise, c'est ouvrir la porte à tous les chantages et en particulier le chantage à l'emploi et le chantage à l'argent.

Ainsi, tout en prétendant encore le contraire, le Gouvernement cherche à limiter les droits collectifs des salariés.

- Mais limiter les droits collectifs des salariés permet aussi de limiter leurs droits individuels.

N'oublions pas qu'avec la Loi de sécurisation de l'emploi, a été instaurée la possibilité de négocier des accords d'entreprise permettant d'imposer aux salariés individuellement des baisses de salaire, au risque, s'ils refusent, d'être licenciés pour motif économique, sans bénéficier des mesures d'accompagnement d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Cette mesure ne lui suffisant pas, le Gouvernement a ajouté dans la Loi Macron qu'un tel licenciement reposerait sur une « cause réelle et sérieuse », ce qui signifie que le salarié ne pourrait même plus contester son licenciement. Le chantage à l'emploi permettrait donc qu'un accord non seulement prime sur le contrat de travail, mais qu'il prive le salarié de tout recours, contrairement au droit de chaque citoyen à faire valoir ses droits en justice (article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme).

Le projet de loi El Khomri va encore plus loin, trop loin, en prévoyant d'étendre cette mesure à des accords « en vue de la préservation ou du développement de l'emploi » et non plus uniquement en cas

de « graves difficultés économiques conjoncturelles » !

On comprend mieux pourquoi parmi ses principes essentiels, le rapport Badinter mentionnait (article 57) : « *Les stipulations plus favorables du contrat de travail prévalent si la loi n'en dispose pas autrement* ». Il s'agit en réalité d'une grave remise en cause du principe de faveur - selon lequel lorsque deux textes sont applicables, on applique le plus favorable au salarié - reconnu par le Conseil d'Etat comme un principe général du droit du travail.

La simplification du licenciement pour motif économique entamée par la Loi de sécurisation de l'emploi, continuée par la Loi Macron et poussée à l'extrême dans le projet de loi El Khomri, en particulier pour les groupes internationaux, vise aussi à limiter les possibilités de recours des salariés.

Et comme si cela ne suffisait pas, l'un des chantiers actuels du Gouvernement (lancé avec le projet de Loi Macron, censuré par le Conseil constitutionnel et réintroduit en pire dans le projet de Loi El Khomri) est d'imposer un plafonnement des indemnités dues au salarié ayant subi un licenciement injustifié. Il s'agit cette fois de priver le salarié, lorsqu'il dispose encore d'un recours, d'un intérêt à exercer ce recours. Il s'agit aussi d'une atteinte au pouvoir du juge, lequel doit seul apprécier le préjudice du demandeur et en fixer la juste réparation.

· Tout ceci finalement constitue une mise en cause des libertés et droits fondamentaux des salariés.

Et pourtant, d'une manière qui se veut rassurante, Monsieur Badinter rappelle dans l'introduction du rapport de sa Commission que « *le cœur du droit du travail c'est la volonté d'assurer le respect des droits fondamentaux de la personne humaine* ».

Là encore, il ne s'agit que de communication.

Comme il le rappelle, faire figurer des principes fondamentaux du droit du travail dans un chapitre autonome placé en tête du code du travail ne donnera pas à ces principes une valeur juridique supérieure aux autres dispositions qui figureront dans le Code du travail.

Certains de ces principes ont déjà une force juridique supérieure à la loi parce qu'ils figurent dans des textes de valeur constitutionnelle ou dans des textes internationaux. Mais le rapport ne mentionne pas quels sont ceux qui ont une valeur supra légale et ceux qui n'en ont pas.

Est-ce innocent ? Bien-sûr que non : l'article 1^{er} du rapport Badinter, repris tel quel dans le projet de loi El Khomri, est limpide à cet égard : « *des limitations ne peuvent être apportées aux libertés et droits fondamentaux que si elles sont justifiées par l'exercice d'autre libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ».

La boucle est bouclée : désormais, les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise permettent d'apporter des limitations aux libertés et droits fondamentaux des salariés, elles sont donc de même niveau !

Réveillons-nous. Ce projet de réforme du Code du travail a au moins un mérite : après le débat sur la déchéance de nationalité, il confirme à lui seul que le Gouvernement n'est plus de gauche.

Mais des alternatives sont possibles. Il est possible de défendre les droits de tous les citoyens, salariés ou chômeurs, jeunes ou retraités, français ou étrangers. Il est possible de respecter les êtres humains et ce, même au sein des entreprises.

Le respect des droits des salariés, droits collectifs comme droits individuels, est un choix de société. Penser toujours profit à court terme, priver les salariés de leurs droits, leur mentir, conduit à la défiance puis au conflit. Des exemples existent localement d'entreprises qui ne raisonnent pas ainsi et ont

compris que respecter les droits des salariés, c'est créer un cercle vertueux efficace pour l'entreprise. Certaines associent même respect des personnes et respect de l'environnement.

Il est urgent de réagir.

Le discours fataliste du « principe de réalité » ne s'inscrit pas dans un projet viable. Il faut désormais mettre en avant les exemples de réussites concrètes et construire, de manière démocratique, un système durable économiquement ET socialement.