**A l’article 2 du projet de loi El Khomri, les travailleurs opposent leur article 1er : sur les principes, « on lâche rien » !** par Pascal MOUSSY

*« The times they are a changing, « les temps changent ». C’est ainsi, ils changent toujours et l’accordéon des droits se resserre parfois jusqu’à rester sans souffle. Mais ensuite les bras s’étirent et l’air revient dans le soufflet »* (Erri De Luca, La parole contraire, Gallimard, 2015, p. 32).

Le projet de loi El Khomri est connu sous le nom de projet loi *« travail »* dans la mesure où il a pour objet de mettre en œuvre une *« refondation »* du Code du travail. Ce n’est pourtant pas le *« travailleur »* qui est au centre de ses préoccupations, mais l’*« entreprise »*. Le titre du projet de loi affiche sans aucune équivoque l’essence libérale du texte. Il s’agit d’*« instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs »*.

La *« refondation de notre modèle social »* qui est mise à l’honneur dans le projet de loi El Khomri met notamment l’accent sur la mise en place d’une *« nouvelle architecture du code du travail »* concernant la durée du travail et les congés.

Cette construction *« new look »* repose sur un article 2 visant à réécrire la totalité des dispositions du Code du travail portant sur la durée du travail, l’aménagement et la répartition des horaires, le repos quotidien, les jours fériés et les congés payés. *« Plus lisible, cette réécriture donne plus de marge de manœuvre à la négociation d’entreprise, pour adapter les règles au plus proche du terrain et permettre une meilleure conciliation des performances économique et sociale »*.[[1]](#footnote-1)

L’article 2 du projet de loi étend les domaines relevant de la négociation collective d’entreprise ou d’établissement en matière de durée du travail, repos et congés et affirme la primauté des accords d’entreprise ou d’établissement sur ces sujets. *« C’est ainsi notamment que le taux de majoration des heures supplémentaires serait fixé en priorité par accord d’entreprise ou d’établissement, et par défaut, par convention ou accord de branche, sans pouvoir être inférieur à 10% (taux minimal aujourd’hui en vigueur) »*.[[2]](#footnote-2) Il est toutefois prévu que soit confié aux branches un *« droit de regard »*. *« Ainsi, les actuelles commissions paritaires d’interprétation de branche (transformées par le projet de loi en « commissions permanentes de négociation et d’interprétation ») dresseraient, chaque année, un bilan des accords collectifs conclus par les entreprises de leur secteur en matière de durée de travail, de repos et de congés. Elles vérifieraient l’impact desdits accords sur les conditions de travail des salariés et sur la concurrence entre les entreprises de la branche. Le cas échéant, elles pourraient formuler des recommandations destinées à répondre aux difficultés étudiées. En revanche, elles n’auraient pas un droit de veto, un temps envisagé par Matignon »*.[[3]](#footnote-3)

Cette consécration sans partage de la négociation d’entreprise dans le domaine de la durée du travail a déclenché, dans la majorité parlementaire, *« la bataille de l’article 2 »*. Les élus socialistes ont opposé au texte gouvernemental deux autres versions. Dans la version de la majorité des députés du Part Socialiste, *« l’accord d’entreprise prime mais les branches peuvent donner un avis a priori sur les accords d’entreprise »*. Dans la version des *« frondeurs »*, *« l’accord de branche prime »*.[[4]](#footnote-4)

Il n’est de toute façon pas question pour le projet de loi qui vise à « *la refondation de notre modèle social »* de restreindre au droit de la durée du travail les bienfaits de l’adaptation consacrée par l’accord d’entreprise. Il est également prévu la possibilité de conclure au niveau de l’entreprise des accords *« offensifs »* ayant pour objet l’objet *la préservation ou le développement de l’emploi »* et reprenant à leur compte la mode, lancée par les accords de *« maintien de l’emploi »* de l’été 2015, voulant que la négociation collective affirme la légitimité du licenciement du salarié qui n’accepte de de sacrifier les droits issus de son contrat de travail dans la bataille de l’emploi.

Mais, comme en témoigne l’ampleur des réactions suscitées par le projet d’une *« refondation »* s’affichant sans complexe comme carnivore des acquis des travailleurs, l’instinct de conservation n’a pas disparu. Certains des *« principes essentiels »* du droit du travail pourraient bien nourrir demain des revendications à l’origine de luttes déterminées et victorieuses se terminant, dans les entreprises concernées, par des accords de fin de conflit au contenu bien plus savoureux que les dispositions minimales des accords de branche.

**I. Un projet de loi qui entend mener jusqu’à son terme la longue marche vers la « refondation ».**

Il a été rappelé que, déjà au début des années 1980, le Conseil national du patronat français avait formulé la *« revendication »* d’une plus grande *« flexibilité »* du droit du travail et que, face à cette demande patronale, le gouvernement de Laurent Fabius s’en était remis à une négociation nationale (n’ayant finalement pas abouti) sur *« l’adaptation des conditions d’emploi »*.[[5]](#footnote-5) Quelque temps plus tard, le Mouvement ds entreprises de France (Medef) proposait aux confédérations de syndicats de salariés d’engager une *« refondation sociale »*.[[6]](#footnote-6) Les travaux de ladite *« refondation »* n’ont, à l’époque, pas vraiment été engagés.

Mais il n’en demeure pas moins que, depuis 1982, sans que l’on proclame solennellement l’avènement d’une *« refondation »*, la négociation d’entreprise porteuse de remise en cause d’avantages a commencé à acquérir des lettres de noblesse. *« Depuis la loi Auroux du 13 novembre 1982, le Code du travail visait en termes généraux les clauses, contenues dans les accords d’entreprise ou d’établissement, « qui dérogent à des dispositions législatives ou réglementaires lorsque lesdites dispositions l’autorisent ». Les cas de dérogation autorisés ont été multipliés par la loi Fillon du 4 mai 2004, qui a attribué aux accords d’entreprise quatorze nouvelles facultés de dérogation aux accords de branche étendus. Ces facultés de dérogation, qui s’ajoutent à celles déjà reconnues par les textes antérieurs, concernent principalement les salaires, la durée du travail et l’emploi précaire »*.[[7]](#footnote-7)

La novation a été remarquée. *« Tenant compte de la faiblesse de l’implantation syndicale dans les entreprises françaises, la loi interdisait que les accords d’entreprise puissent contenir des dispositions moins favorables que les conventions de branche. L’équilibre relatif des forces patronales et syndicales qui existe au niveau de la branche fait en effet le plus souvent défaut dans les entreprises, et c’est pourquoi l’accord d’entreprise ne pouvait servir qu’à améliorer le statut conventionnel des salariés. (…) Le principe de faveur ne s’applique plus désormais qu’à quatre questions : a) les salaires minima ; b) les classifications ; c) la protection sociale ; d) la mutualisation des fonds destinés à la formation professionnelle. Dans les autres matières, le principe*

*de la règle la plus favorable cesse de régir les rapports de la convention de branche et de la convention d’entreprise. La convention ou l’accord d’entreprise ou d’établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d’une convention ou d’un accord couvrant un champ d’application territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement. Le principe est donc celui de la liberté de déroger à une convention de niveau supérieur, et il ne sera fait exception à ce principe que si cette convention l’écarte expressément »*.[[8]](#footnote-8)

La loi du 20 août 2008 a enfoncé le clou. *« Sur plusieurs questions intéressant le temps de travail, cette loi donne priorité à l’accord d’entreprise ou d’établissement, ramenant la convention collective de branche au rang de règle supplétive »*.[[9]](#footnote-9)

Avec le projet de loi El Khomri *« visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs »,* la *« refondation »* a bien été remise sur le métier et le principe est clairement posé, en matière de *« négociation collective et dialogue social »*, qu’ *« en cas de conflit de normes, la plus favorable s’applique aux salariés si la loi n’en dispose pas autrement ».* Le fameux article 2 du projet de loi met en évidence qu’aujourd’hui l’avantage prévu par la convention ou l’accord de branche ne peut plus servir au salarié de bouclier contre la dynamique d’un accord d’entreprise d’adaptation qui organise le sacrifice salarial.

Il est également affirmé par le projet de loi El Khomri que *« les stipulations plus favorables du contrat de travail prévalent si la loi n’en dispose pas autrement »*.

La loi pourra notamment en disposer *« autrement »* en cas d’adoption du projet de loi qui prévoit, dans son article 11, un nouveau type d’accord d’entreprise, l’accord de *« préservation ou de développement de l’emploi »,* permettant aux entreprises d’adapter leur organisation aux variations de l’activité. *« A la différence des accords de maintien de l’emploi institués par loi Macron (C. trav., art. L. 5125-1), ces accords parfois qualifiés d’****accords de maintien de l’emploi « offensifs »****, n’auraient pas à être justifiés par de graves difficultés économiques »*.[[10]](#footnote-10)

L’« *accord de préservation ou de développement de l’emploi »* présente la caractéristique d’être un accord majoritaire conclu pour une durée de cinq ans dont les dispositions se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération ou de durée du travail. *« Un tel accord pourrait donc modifier temporairement les éléments du contrat de travail, y compris des éléments essentiels. Il pourrait par exemple augmenter la durée du travail »*.[[11]](#footnote-11)Le salarié, informé du contenu de l’accord, aurait le droit de ne pas y adhérer. Mais son refus, dans un souci de « sécurisation », serait de nature à justifier

 un licenciement individuel pour motif économique, reposant sur une cause réelle et sérieuse.

On retrouve ici la mode lancée à l’été 2015 par les accords de *« maintien de l’emploi »* voulant que la négociation collective affirme la légitimité du licenciement du salarié qui n’accepte de de sacrifier les droits issus de son contrat de travail dans la bataille de l’emploi.

Il a été relevé que les accords de *« maintien de l’emploi »* n’ont pas fait fureur[[12]](#footnote-12)et que la tentative de priver le juge de l’exercice de son contrôle du caractère sérieux d’une mesure de licenciement devrait normalement connaître l’échec.[[13]](#footnote-13)Il est loin d’être acquis que les accords *« offensifs »* promus par le projet de loi El Khomri connaissent plus de succès.

Mais l’offensive idéologique menée par les militants de la *« refondation de notre modèle social »* a déjà fait des dégâts. La doctrine en est arrivée à s’enflammer dans des polémiques sur la puissance du contrat de travail face à l’accord d’entreprise qui entend, au nom de la défense de l’emploi, suspendre certains des droits obtenus au moment de la conclusion du contrat individuel.[[14]](#footnote-14) La révolution copernicienne a eu lieu. Le contrat de travail, traditionnellement présenté en droit du travail comme la résultante d’un déséquilibre économique qu’il convient de corriger, du point de vue de la justice sociale, par des mesures (unilatérales ou négociées) prises au niveau collectif est devenu le champion de la protection du statut du salarié dans l’entreprise. La fragilité de la défense des droits du salarié est on ne peut plus certaine.

Heureusement, tout n’est pas joué. Les manifestants contre le projet de loi El Khomri qui affirment avec constance leur détermination depuis le début du mois de mars ont raison de ne pas faiblir. Le retour à Germinal qui se profile derrière l’invitation à la négociation permanente de l’adaptation des droits du salarié n’est pas inéluctable.

**II. Le *« principe essentiel » : la force de l’effet boomerang.***

Il ressort des statistiques que, depuis quelque temps, le nombre d’accords d’entreprise portant sur les rémunérations, qui représentent environ 30 % des accords conclus au niveau de l’entreprise, n’est pas à la hausse.[[15]](#footnote-15)Mais un bilan *« positif »*, aussi bien *« quantitatif que qualitatif »*, a été salué par le rapport Combrexelle, celui des PSE négociés. *« Les PSE sont désormais très majoritairement négociés dans toutes les entreprises, quelle que soit leur taille ; même si des études plus qualitatives doivent encore être conduites, il ressort que la négociation des PSE par les organisations syndicales améliorent leur contenu pour les salariés, notamment par la préservation de davantage d’emplois ; les PSE sont beaucoup plus sécurisés pour les entreprises, puisque le taux de recours devant les tribunaux a baissé de 25% à 8% »*.[[16]](#footnote-16)

L’heure n’était apparemment plus à lutter pour obtenir de meilleurs salaires garantis par des accords de fin de conflit. La préoccupation dominante semblait de sauvegarder le plus possible d’emplois en laissant ses représentants négocier le nombre des licenciements. Il n’est guère surprenant, dans ces conditions, que le contenu de l’accord d’entreprise soit devenu un épouvantail pour le salarié qui a eu la chance de rester encore dans l’enceinte de l’entreprise mais qui entend néanmoins défendre ses conditions de vie face au chantage à l’emploi. Le refus du projet de loi El Khomri affirmé aujourd’hui par un nombre non négligeable de manifestants peut permettre d’espérer que l’instinct de conservation ne s’arrêtera pas là et que revienne le goût de la lutte pour garantir le quotidien du travailleur. La défense des principes essentiels pourrait alors fort bien nourrir les revendications portant sur l’augmentation des salaires et sur l’amélioration des conditions de travail.

Le projet de loi El Khomri a été présenté comme reprenant les principes essentiels du droit du travail énumérés dans le rapport remis en janvier 2016 par le comité présidé par Robert Badinter.

Certains se sont félicités de la présence dans ce rapport de l’article 55 qui indique que *« la loi détermine les conditions et limites dans lesquelles les conventions et accords collectifs peuvent prévoir des normes différentes de celles résultant des lois et règlements ainsi que des conventions de portée plus large »*. *« L’article 55 donne une vision plus moderne de l’articulation des normes telle qu’elle résulte des lois de 2004 et de 2008 et permet notamment de donner un caractère supplétif à l’accord de banche par rapport à l’accord d’entreprise »*.[[17]](#footnote-17)

Mais le rapport Badinter ne se réduit pas à l’article 55 (qui n’est certainement pas le meilleur). Il en contient 60 autres. Et parmi ceux-ci, certains sont de nature à permette à renforcer la légitimité de l’opposition aux effets destructeurs du droit de l’adaptation négociée. A l’occasion de la controverse suscitée par la publication du petit ouvrage « Le droit du travail et la loi » proposant la promulgation d’une cinquantaine de principes dégagés de l’évolution du droit positif, Antoine Lyon-Caen s’est préoccupé de faire comprendre qu’un principe de droit du travail doit avoir pour fonction essentielle de combattre l’impérialisme du *« droit du marché du travail »*. *« Ce qui est advenu progressivement à cette législation du travail est le fruit avant tout de sa subordination aux politiques de l’emploi. Au point que le droit du travail disparaît de plus en plus derrière un droit du marché du travail, droit instrumental, droit tout entier conçu et évalué en fonction des fins qui lui sont assignées. Variété et régime des contrats de travail, ruptures des contrats, durée et organisation du temps de travail, tels sont les domaines dans lesquels ce droit dégradé en outil de gestion s’est épanoui. Notre livre est une invitation à réagir et une proposition d’une méthode pour donner corps à la réaction souhaitable »*.[[18]](#footnote-18)

Parmi les *« principes essentiels »* proposés par le comité présidé par Robert Badinter (et repris par le projet de loi El Khomri) une dizaine d’entre eux est consacrée aux libertés et droits de la personne au travail et on rencontre également celui posé par l’article 30 qui affirme que *« tout salarié a droit à une rémunération lui assurant des conditions de vie digne »*.[[19]](#footnote-19)Ce principe est sans aucun doute de nature à justifier de vigoureuses offensives lancées par des travailleurs soucieux d’obtenir de substantielles augmentations de salaire afin de vivre dans des conditions acceptables.

L’adoption des principes dans le préambule du projet de loi visant à la *« refondation »* n’a pas suscité la pleine approbation d’un expert patronal du social. *« De toute manière, cette réforme va prendre du temps, celui de la réécriture du code du travail - au moins deux ans. Malheureusement, le temps nous est compté (…). L’inscription des 61 principes de la commission Badinter en préambule du futur code du travail réécrit risque, par ailleurs, d’ouvrir un nouvel espace à la judiciarisation, donc à l’incertitude, le contraire du but officiellement recherché »*.[[20]](#footnote-20)

En effet, les principes insérés dans un préambule ne sont pas nécessairement perçus comme des phrases creuses destinées à faire passer le reste (dans la présente espèce, particulièrement indigeste) du texte. Ils peuvent être pris au fort sérieux par des lecteurs particulièrement attentifs qui n’hésiteront pas à saisir le juge. L’action judiciaire aura alors pour objet de déclarer inopposables aux salariés protestataires les dispositions porteuses de la *« refondation »* apparaissant contraires aux libertés et droits de la personne.

Mais la force du *« principe essentiel »* ne s’arrête pas là.

Le militant syndical d’entreprise averti saura informer ses collègues de travail qui n’entendent pas rester sans réagir devant la tentative du le projet de loi El Khomri de consacrer la toute puissance de la négociation collective d’entreprise au rabais qu’ils peuvent prolonger et étendre leur combat en formulant des revendications salariales nourries par le principe que veut que *« tout salarié a droit à une rémunération lui assurant des conditions de vie digne »*.

La détermination à obtenir gain de cause ne peut que s’en retrouvée renforcée. Sur les principes, *« on lâche rien »* !

1. Exposé des motifs du projet de loi. [↑](#footnote-ref-1)
2. Liaisons sociales n° 17081 du 17 mai 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. Liaisons sociales n° 17081 du 17 mai 2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. <http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/05/26/loi-travail-la-bataille-de-l-article-2_4927240_4355770.html> [↑](#footnote-ref-4)
5. A. JEAMMAUD, « Un débat difficile et nécessaire », Semaine sociale Lamy supplément, 8 juin 2015, 11 et s. [↑](#footnote-ref-5)
6. A. JEAMMAUD, art. préc. 12. [↑](#footnote-ref-6)
7. G. AUZERO, E. DOCKES, Droit du travail, 30e éd., Dalloz, 1470 et s. [↑](#footnote-ref-7)
8. G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., 1471 et s. [↑](#footnote-ref-8)
9. G. AUZERO, E. DOCKES, op. cit., 1472. [↑](#footnote-ref-9)
10. Liaisons sociales n° 17068 du 25 avril 2016, dossier n° 77. [↑](#footnote-ref-10)
11. Liaisons sociales n° 17068 du 25 avril 2016, dossier n° 77. [↑](#footnote-ref-11)
12. Le nombre d’accords signés étant de l’ordre de la dizaine. [↑](#footnote-ref-12)
13. M.L. DUFRESNE-CASTETS, « La tentative d’obtenir du juge un contrôle extra light de la cause réelle et sérieuse d’un licenciement », Revue de droit du travail 2015, 501 et s. [↑](#footnote-ref-13)
14. Voir, notamment, la controverse « Le renforcement de la légitimité des accords justifie-t’il un effacement de la volonté individuelle du salarié ? », Revue de droit du travail 2016, 309 et s. [↑](#footnote-ref-14)
15. « La négociation collective en 2014. Bilan établi par la Direction générale du Travail », Liaisons sociales

n° 16910 du 10 septembre 2015, dossier n° 161. [↑](#footnote-ref-15)
16. J.D. COMBREXELLE, « La négociation collective, le travail et l’emploi ». Rapport au Premier ministre, 30 et s. [↑](#footnote-ref-16)
17. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les principes essentiels du droit du travail : une étape utile dans le processus de refondation du Code du travail », RJS 6/16, 428. [↑](#footnote-ref-17)
18. A. LYON-CAEN, « De nouveaux principes en droit du travail », Entretien, Recueil Dalloz du 16 juillet 2015. [↑](#footnote-ref-18)
19. Revue de droit du travail 2016, 86. [↑](#footnote-ref-19)
20. R. SOUBIE, « Les acteurs sont-ils prêts à faire évoluer le modèle de dialogue social en France ? », Dr. Soc. 2016, 421. [↑](#footnote-ref-20)