

La loi travail : une loi élaborée démocratiquement ?

Quels critères pour apprécier la qualité démocratique de la préparation d'une loi ?

L'Observatoire de la qualité de la vie démocratique a décidé d'approfondir en 2016 sa réflexion sur les critères à utiliser pour apprécier si une décision est prise de manière démocratique. La réflexion est ici menée sur l'adoption d'un texte de loi, en l'espèce la loi travail. On part de l'analyse du texte en grand 2.

Nous pensons qu'il faut combiner au départ deux séries d'éléments :

a) définir des critères de qualité démocratique d'une loi. Les critères d'appréciation sont, en principe, largement réutilisables d'un texte de loi à l'autre ;

b) appliquer ces critères et donner pour chacun une notation pour apprécier la cohérence et la lisibilité du texte de loi lui-même compte tenu des divers éléments de son élaboration, des concertations préalables, de sa méthode d'adoption...Ceci permet d'établir ce que l'on pourrait appeler une « notation de première analyse », parce que qu'elle comporte peu de recul historique et très peu d'éléments comparatifs avec d'autres textes du même domaine ou de domaines voisins ou d'autres pays.

Il est plus difficile d'apprécier si des dynamiques démocratiques sont à l'œuvre ou peuvent se greffer. La prise en compte de ces données de contexte peut conduire (ou non) à réviser la notation de première analyse avec une « notation dynamique ». D'où la proposition d'un troisième élément.

c) prendre en compte une comparaison avec d'autres textes ou des réformes dans d'autres domaines ou d'autres pays pour s'interroger sur les perspectives d'avenir des textes portant sur le problème étudié.

1. Définition de critères et d'une échelle de notation.

Le but est de favoriser l'objectivité dans l'appréciation.

Ont été recherchés des critères³ permettant d'apprécier le caractère démocratique, valables en particulier pour la loi examinée ici comme test et, sauf raison particulière, réutilisables pour d'autres textes. Le choix des critères doit conjuguer l'analyse du déroulement de la procédure et l'analyse du comportement des acteurs. On donne ci-dessous une liste de critères commentés.

³ Voir annexe 1-Le travail du groupe sur les critères de la vie démocratique et la préparation de l'analyse de la loi Travail (y figure une autre liste de critères possible avec l'indication des raisons qui ont conduit à préférer les critères retenus)

1 – La préparation et la concertation en amont

Les acteurs sont, d'une part, le Gouvernement et, d'autre part, ce que nous appellerons les *partenaires initiaux* de la loi, ceux avec qui sera normalement organisée une concertation (dans le cas de la loi Travail, les organisations patronales et syndicales). Parmi les points à examiner : l'existence et la prise en considération de rapports antérieurs sur le sujet, la qualité du "jeu" entre l'Élysée, Matignon et les ministres concernés, la concertation entre le Gouvernement et les partenaires (incluant bien sûr les consultations obligatoires prévues par les textes réglementaires), la diffusion en amont des éléments qui permettront à l'opinion de comprendre les objectifs de la réforme et de sa portée.

2 – L'élaboration du texte

Les acteurs étant toujours les mêmes, des *décisions* se prennent. Il faut toujours qualifier la concertation entre tous les acteurs, mais il faut aussi juger du texte lui-même : cohérence politique globale, cohérence "technique", opportunité et pertinence des arbitrages voire revirements d'arbitrages.

3 – L'arrivée du projet dans la sphère publique

Il faut examiner la qualité de la *communication* du Gouvernement vers les parlementaires et vers le "grand public". On doit aussi se poser la question de la qualité de l'information donnée par les médias et de la communication des opposants et des soutiens. Enfin, en ce qui concerne les instituts de sondages, il faut se demander si les questions posées sont pertinentes ou biaisées (le biais pouvant aussi bien relever d'intentions que d'incompétences).

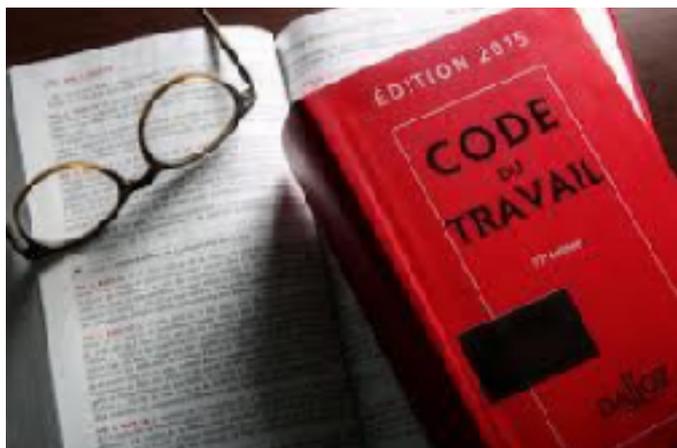
4 – La période intermédiaire entre la diffusion du projet et les débats parlementaires

C'est la période (ou plutôt les périodes – car l'entre-deux scrutins parlementaires est également visé) où ceux qui veulent faire modifier (ou qui rejettent) la loi, et qui n'ont pas pu arriver à leurs fins dans les concertations et négociations antérieures s'expriment publiquement⁴, prennent l'opinion à témoin, lancent des pétitions, éventuellement organisent manifestations et grèves. Une partie de ces "mouvements" relève de la liberté d'expression et échappe donc à toute appréciation sur la qualité démocratique. Par contre, il faut analyser tout ce qui fausse le processus : informations biaisées, modifications et ré-écritures furtives, "mauvaise gestion" des manifestations par les autorités.

⁴ Le « débarquement » dans l'opinion se fait souvent plus tôt. Mais il est particulièrement important à ce moment là. Pour la loi Travail, c'est au moment où une version du projet de loi (d'ailleurs dépassée) a été rendue publique à l'initiative non du Gouvernement mais sans doute d'un participant à une réunion interministérielle que la question a quitté le stade des concertations discrètes pour devenir un problème public.

5 – Le travail parlementaire et les scrutins

Travail en commission, débats pléniérs, procédure d'adoption. L'analyse n'est pas facile, car des péripéties telles que la multiplication des amendements ou le recours à l'article 49-3 doivent être appréciées non seulement sur la forme constitutionnelle – en principe respectée – mais aussi sur l'esprit – éventuellement pervers. En outre, pour une loi conflictuelle, il faut distinguer entre la



redite parlementaire d'arguments déjà longuement développés sur la place publique, prérogative à laquelle trop de parlementaires recourent et la présentation de considérations réellement neuves.

6 – L'aval après adoption

Explications à l'opinion, oppositions résiduelles, décrets d'application...

Pour chacun des critères, il est proposé de donner une note sur une échelle assez resserrée assortie d'un code couleur :

0	-si franchement détestable
1	-si mauvais
2	-si médiocre
3	-si passable (ou non insignifiant)
4	-si bon
5	-si excellent

Il est sous-entendu que la notation se fera en principe entre 1 et 4, les notes 0 et 5 étant réservées exceptionnellement aux appréciations détestables ou excellentes.

2. La loi et sa préparation

1) Analyse du texte de la loi

La loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels⁵ comporte sept titres.

⁵ Le projet de loi avait un titre différent : « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs » ; il a été adopté en conseil des ministres du 31 mars 2016.

◆ Le titre Ier, intitulé « Refonder le droit du travail et donner plus de poids à la négociation collective », prévoit la « refondation » du code en donnant une place plus large à la négociation collective et réécrit les dispositions relatives à la durée du travail dans cette perspective.

Le chapitre I prévoit la création d'une commission proposant au Gouvernement une nouvelle rédaction pour les dispositions du code du travail relevant de la négociation collective⁶ et qui n'ont pas encore été réformées par la loi elle-même. Cette commission devra travailler de manière articulée avec le Haut Conseil du dialogue social où sont représentées toutes les organisations professionnelles et syndicales. La nouvelle rédaction devra faire une place centrale à la négociation collective ; il n'est pas certain qu'une place aussi importante que celle qui a été donnée aux accords d'entreprise pour les règles concernant la durée du travail sera faite pour les autres sujets mais cette part, dans l'esprit de la loi, devrait être accrue.

Le chapitre III, qui l'un des chapitres essentiels, adopte pour toutes les règles du code du travail relatives à la durée du travail (le titre I du code) une présentation des règles nouvelles distinguant :

- les dispositions d'ordre public, c'est à dire celles auxquelles aucun accord collectif ne pourra déroger ;
- le champ de la négociation collective qui couvre les dispositions qui peuvent être adoptées par un accord ainsi que les règles qui régissent le rapport entre l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche. Ces règles ne sont pas nécessairement les mêmes pour toutes les dispositions mais c'est souvent l'accord d'entreprise qui est mentionné en premier, lui donnant souvent la priorité par rapport à l'accord de branche ;
- les dispositions supplétives qui s'appliquent lorsqu'il n'y a pas d'accord.

Ce faisant, il modifie pour la plupart des dispositions mettant en cause la répartition entre ce qui est négociable ou non et le niveau auquel cette négociation est possible.

La référence aux principes retenus par le comité Badinter qui, selon le projet déposé au Conseil des ministres, devait servir de base aux travaux de la commission mentionnée au chapitre I a disparu du texte voté. Cette référence avait l'intérêt d'associer à cette réforme le nom d'une grande personnalité juridique de gauche, et, pour certains, d'apporter aux partenaires sociaux l'éclairage donné par des principes généraux⁷. Le risque existait cependant que l'énoncé de ces principes introduise une référence supplémentaire conduisant à des évolutions de jurisprudence impossibles à anticiper et c'est ce risque qui a prévalu pour les députés.

⁶ Ne relèvent pas de la négociation collective les dispositions qui organisent les services de l'Etat (Inspection du travail...) et les juridictions du travail et celles qui définissent certains types de règles auxquelles il n'est pas possible de déroger, par exemple pour les conditions de travail.

⁷ Ces principes généraux n'étaient pas en eux-mêmes nouveaux, comme l'expliquait le rapport remis par M. Badinter ; figurant dans des textes divers ou déjà reconnus par les tribunaux, leur rappel en tête du code du travail n'était pas nécessairement neutre dans la portée qui leur serait donnée par la jurisprudence, rassurant les uns et soulevant chez les autres la crainte d'interprétations trop constructives de la jurisprudence. Un point de vue favorable à la formulation de ces principes en tête du code du travail est donné par des articles d'Olivier Dutheil de Lamothe.

La contestation de la loi a pour une bonne part porté sur le fait que la négociation d'entreprise peut, dans des cas plus fréquents qu'auparavant, prévoir des dispositions différentes et éventuellement moins favorables que celles figurant dans l'accord de branche⁸.

◆ Le titre II, intitulé « Favoriser une culture du dialogue et de la négociation », comporte des dispositions rendant les règles de négociation plus souples, renforçant la loyauté de cette négociation et la légitimité des accords collectifs, organisant la restructuration des branches professionnelles et donnant des moyens nouveaux aux acteurs du dialogue social.

Cette partie du texte a été peu contestée mais elle comporte des dispositions importantes permettant notamment, en concertation avec les partenaires sociaux, de restructurer les branches aujourd'hui beaucoup trop nombreuses pour constituer de bons cadres de négociation inter-entreprises. Il existe 50 branches en Allemagne. Les 800 branches existant en France devraient être progressivement regroupées en 200 voire 100 branches ; ce travail est fortement engagé aujourd'hui.

◆ Le titre III, intitulé « Sécuriser les parcours et construire les bases d'un nouveau modèle social à l'ère du numérique », comporte des dispositions qui visent à adapter le droit du travail à l'ère du numérique, à la généralisation de la « *garantie jeunes* » et à la mise en place du *compte personnel d'activité*.

Le compte personnel d'activité⁹ se situe dans la ligne des réflexions et des réformes menées depuis une vingtaine d'années par Alain Supiot et Jean Boissonnat sur les droits de tirage sociaux : puisque la plupart des salariés travailleront dans plusieurs entreprises au cours d'une

vie, il faut que certains droits sociaux soient non pas attachés à une seule entreprise mais « portables » d'une entreprise à une autre ; c'est ainsi qu'est né, par exemple le compte formation. Le compte personnel d'activité, lui, regroupe une série de droits inscrits au compte pénibilité et au compte formation avec divers droits nés notamment d'activités bénévoles. Un *droit à des services en ligne* est associé à ce compte. Le compte personnel d'activité peut

⁸ Depuis plusieurs années, le principe de faveur selon lequel les accords pouvaient seulement ajouter à la loi ou aux accords de niveau supérieur des dispositions plus favorables a connu des entorses de plus en plus importantes. En droit français, une loi de 1982 et les lois du 4 mai 2004 et 20 août 2008 ont accentué cette évolution tout d'abord avec la reconnaissance, sous certaines conditions, des accords collectifs dérogatoires à la loi. Puis en admettant, sauf dans certaines matières expressément visées, la possibilité de déroger à une convention collective de branche à la condition que cette convention de branche n'en dispose pas autrement. Le principe de faveur peut d'ailleurs s'appliquer de manières assez diverses selon que l'on compare seulement deux dispositions entre elles ou deux textes qui peuvent comporter des dispositions les unes plus favorables et les autres plus défavorables.

⁹ Le compte personnel d'activité s'étend aux fonctionnaires qui n'étaient pas auparavant concernés par le compte formation.

être une réforme importante, d'autant plus que chaque salarié pourra de manière associée à son compte, être informé de ses droits et des possibilités s'offrant à lui, mais sa portée n'apparaît pas dès aujourd'hui très consistante.

La garantie jeunes prévoit la généralisation en 2017 de la garantie donnée aux jeunes de 18 à 25 ans qui n'ont ni emploi ni formation ni en étude d'un accompagnement intensif de formation et d'insertion dans l'emploi avec une allocation, dès lors que le contrat passé avec le jeune est respecté.

Sur le *numérique*, le texte prévoit, par exemple, un *droit à la déconnexion* qui est une disposition importante faisant suite aux travaux de la commission Mettling.

Ces dispositions sont consensuelles.

◆ Le titre IV, intitulé « Favoriser l'emploi », comporte des dispositions destinées à faciliter la vie des très petites entreprises (TPE) et à favoriser l'embauche, à renforcer la formation professionnelle et l'apprentissage ainsi qu'à préserver l'emploi. C'est dans ce chapitre que figurait la disposition relative aux licenciements économiques introduite à la demande de M. Macron après la première concertation avec les syndicats, ce qui a soulevé l'ire syndicale. Mais le texte adopté, s'il codifie les précisions apportées par la jurisprudence pour l'application du texte antérieur, a écarté les modifications que le projet de loi voulait adopter.

◆ Enfin, les trois derniers titres comportent des mesures de nature à moderniser la médecine du travail, à renforcer la lutte contre le travail illégal et des dispositions diverses.

On notera que la disposition relative au barème des indemnités de licenciement, qui était l'une des dispositions les plus contestées, a finalement disparu.

2) La préparation du texte de loi

2.1. Eléments de contexte

Il est arrivé que des textes importants soient présentés presque par surprise.

L'exemple du *contrat nouvelle embauche*, annoncé par le Premier ministre, M. de Villepin, le 8 juin 2005 dans sa déclaration de politique générale et adopté par ordonnance le 4 août 2005 est connu. Il permettait à l'employeur d'une entreprise de moins de 20 salariés, pendant une période de deux ans après l'embauche, de ne pas préciser (dans la procédure initiale) le motif de licenciement. L'OIT¹⁰ a déclaré le texte illégal en 2008 et la disposition a été abrogée. L'exemple du *contrat première embauche* est également connu. Il concernait tous les jeunes de moins de 26 ans embauchés dans une entreprise de plus de 20 salariés et permettait un licenciement pendant les deux premières années sans avoir à fournir de motif de licenciement. La création du contrat première embauche a été annoncée par M. de Villepin le 16 janvier 2006 et insérée dans une loi pour l'égalité des chances en cours de discussion au Parlement qui a été votée avec application de l'article 49-3 de la Constitution le 31 mars 2006. Les partenaires sociaux n'avaient même pas été informés avant l'annonce du Premier ministre et

¹⁰ Après des jurisprudences contradictoires des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

la procédure retenue a coupé court à toutes les consultations obligatoires. Mais, compte tenu des manifestations qui s'étaient développées, le Président de la République a annoncé à la télévision qu'il allait promulguer le texte mais qu'il demandait au Gouvernement de modifier le texte ; celui-ci a été peu après abrogé.

C'est à la suite de ces épisodes, qui ont montré à quel point la volonté non seulement d'aller vite mais aussi de se passer d'un dialogue avec les organisations syndicales, faisait courir des risques du point de vue de la solidité juridique des procédures et de l'acceptabilité sociale et politique, que le Gouvernement a fait voter en 2007 la disposition proposée par M. Larcher, alors ministre du travail, disposition qui figure à l'article L.1 du code du travail et qui oblige, lorsqu'une réforme en droit du travail qui n'est pas en dehors du champ de la négociation collective est envisagée, à proposer aux partenaires sociaux de négocier un accord entre eux avant de légiférer.

Par rapport à l'élaboration de lois qui respectait mal le dialogue social du temps de M. de Villepin, le mode de préparation et d'adoption des textes de droit du travail, pendant une grande partie de la législature 2012-2017, a pris en compte la disposition Larcher. Conformément à la volonté affichée de s'appuyer sur le dialogue social¹¹, et quitte à prendre du temps pour l'élaboration des textes, les gouvernements ont cherché, conformément à l'article L. 1 du code du travail, à faire précéder l'adoption des textes par un accord professionnel dont le Gouvernement et le Parlement tiennent alors un grand compte pour préparer et voter la loi¹². La démarche a été fructueuse pour les premiers textes : la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi et la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale présentées par M. Sapin ont été précédées par des accords¹³. Si la négociation sur le dialogue social dans l'entreprise a échoué¹⁴, cette négociation a permis de faire avancer les esprits sur l'amélioration des rapports en entreprise, notamment par le regroupement des obligations de négocier devenu trop nombreuses, ce qui a permis d'aboutir à une loi substantielle en 2015 (loi Rebsamen, le 17 août).

On peut critiquer la méthode retenue pour la loi Travail sur divers points, mais compte tenu de

¹¹ Comme cela avait été indiqué pendant la campagne présidentielle, un projet de loi constitutionnelle tendant à inscrire dans la Constitution le principe posé par la loi Larcher, ce qui donnerait à son respect une sanction plus lourde, a été déposé par le gouvernement et enregistré par l'Assemblée nationale le 14 mars 2013.

La constance de François Hollande pendant tout son quinquennat sur le sujet s'appuie sur sa propre conviction : « Le dialogue social (...) est le point de passage qui transforme les idées en projets et les projets en actes. Il permet de faire des choix, de prendre des décisions, de les partager, en les assumant pleinement (...) Aucun changement d'ampleur ne peut voir le jour ni surtout s'appliquer dans la durée, qui n'ait été discuté, le cas échéant négocié, avec le soin nécessaire ». Préface au livre de Jacky Bontems et d'Aude de Castet, en collaboration avec Michel Noblecourt : *Le Moteur du changement : la démocratie sociale*, Fondation Jean Jaurès, septembre 2015

¹² On parle d'ailleurs de « transposition » lorsque le Parlement intervient après l'adoption d'un accord national interprofessionnel, sans que cela oblige juridiquement à respecter les termes exacts de l'accord.

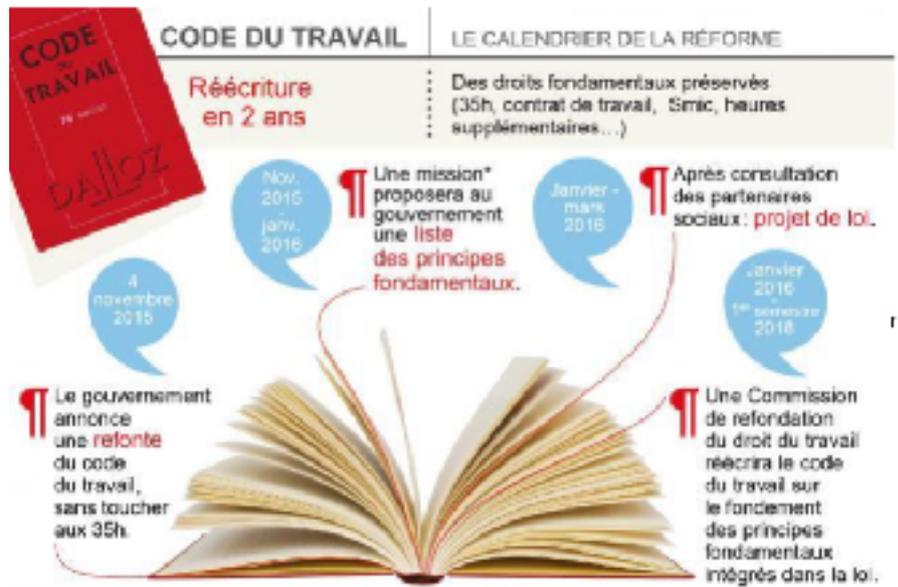
¹³ Accord interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi du 11 janvier 2013 et accord sur la formation professionnelle 14 décembre 2013

¹⁴ Le constat de cet échec a été fait le 31 juillet 2014.

la durée du débat qui s'est étendue sur plus d'une année¹⁵, on ne peut pas parler de précipitation.

2.2. La préparation du projet de loi : le processus

On peut discuter du respect formel intégral de l'article L. 1 du code du travail pour la loi El Khomri, les partenaires sociaux, ayant indiqué leur intention de ne pas négocier¹⁶ sans que toutes les formalités aient été respectées. On peut estimer que la première concertation a été fragmentée et insuffisamment approfondie. On peut sérieusement contester la dérive qui a consisté, à la demande de M. Macron, alors ministre de l'économie, et de M. Valls, alors Premier ministre, à *introduire tardivement dans le projet de texte du gouvernement et après la concertation avec les partenaires sociaux deux nouvelles dispositions relatives au barème prudhommal des indemnités de licenciement et aux licenciements économiques*. Ces deux dispositions, dès que leur existence a été révélée, ont fait alors l'objet d'une concertation avec les partenaires sociaux, remettant d'ailleurs en jeu l'ensemble du texte.



Le processus qui a abouti au projet de loi a été inséré dans un dialogue social continué. Il a été annoncé par le Gouvernement à la 4ème des conférences sociales le 19 octobre 2016. Il a fait, dans ses diverses parties, l'objet de *plusieurs rapports* dont, pour le premier titre, les rapports demandés par M. Valls, un premier à Jean-Denis Combrexelle (8 septembre 2015), un second à Robert Badinter¹⁷ sur « *les principes essentiels du droit du travail* » (janvier 2016). Ces rapports ont permis de recueillir pendant leur préparation l'avis des organisations syndicales sur les sujets traités et ont donné lieu à une publicité permettant de faire une certaine information de l'opinion publique et des medias. Le rapport de Jean-Denis Combrexelle avait été précédé par le rapport de Terra Nova écrit par Gilbert Cette et Jacques Barthélémy (3 septembre 2015), rapport qui a eu un écho dans les milieux suivant ces questions de près. Le rapport Badinter avait été précédé d'un petit ouvrage (juin 2015) rédigé avec M. Antoine Lyon-Caen dans lequel l'ancien ministre et le professeur prenaient parti pour une démarche visant à une simplification drastique du code du travail notamment par la mise en exergue des principes fondamentaux sur lesquels il se fonde ; cette proposition de simplification était inattendue pour la plupart des juristes qui prennent d'habitude la défense du texte du code du travail.

¹⁵ Si on considère la date du premier rapport Badinter / Lyon-Caen (juin 2015) et celle de l'adoption définitive de la loi (21 juillet 2016)

¹⁶ Dans son avis du 17 mars 2016, le Conseil d'Etat a estimé que l'article L. 1 a été respecté. Cet avis est parfois critiqué parce que le document d'orientation prévu par l'article L1 n'a pas été présenté par le Gouvernement.

¹⁷ Sur les changements apportés par le numérique, un rapport a été demandé à M. Mettling ; sur les procédures de la négociation collective, un rapport a été rédigé par M. Cesaro ; sur la restructuration des branches, un rapport a été demandé à M. Quinqueton.

La préparation de ce texte voulu par le président et le premier ministre a-t-elle bien pris en compte les enjeux et le contexte ? On peut fortement en douter. Sans même tenir compte de l'erreur commise en introduisant sans concertation dans le texte deux dispositions qui ne pouvaient que poser des problèmes à l'ensemble des syndicats, il paraît clair que le projet a été bâti dans une *période de fragilité gouvernementale*, par une équipe affaiblie, précédé de *débats qui n'étaient pas suffisants au regard des enjeux en cause*; par ailleurs, le Gouvernement n'avait *aucun des moyens de communication nécessaires en cas de crise*. Celle-ci était prévisible, plusieurs syndicats de salariés étaient plus dans des périodes de jeu tactique que de construction coopérative.

2.3. Un débat insuffisant au regard des enjeux et un affrontement mal préparé

Le débat sur le droit du travail et sur l'emploi existe depuis des années en France. Il est légitime et n'oppose pas seulement le patronat et les syndicats, les syndicats entre eux, les économistes et les juristes, les économistes entre eux et les juristes entre eux. Mais ce débat est mal noué. Il devrait, au moins en partie, être mené au Conseil de l'orientation de l'emploi (COE) qui a été créé en 2005 pour être un lieu de rassemblement des données sur l'emploi permettant de faire un diagnostic partagé sur la situation de l'emploi, les causes en jeu et les remèdes possibles. Or, même si le COE fait un travail intéressant et a notamment publié un rapport de qualité comparant les politiques pour l'emploi pour les différents pays, il aborde plus souvent les questions que les partenaires sociaux sont d'accord pour traiter que les sujets qui pourraient fâcher. Il n'a notamment pas réussi à nouer un débat impliquant, avec les syndicats et les administrations, les économistes et les juristes, ces derniers trouvant d'autres lieux d'échange pour des débats cependant trop éclatés pour éclairer vraiment l'opinion.

Le dialogue social a une histoire riche en France mais il est fragile en raison d'une certaine inconséquence des acteurs : les gouvernants sont cyclothymiques, alternant les louanges du dialogue social et les propos plus musclés dont les débuts de la campagne pour les présidentielles donnent un aperçu ; les partenaires sociaux ont plus tendance à privilégier leurs intérêt immédiats que l'intérêt général ; *quant à la culture sociale, elle est souvent réduite au sein des medias et donc de l'opinion*.

La réforme préparée par le Gouvernement donnant une place plus importante à la négociation d'entreprise est une réforme cohérente avec les évolutions qui se déroulent depuis une trentaine d'années, mais elle représente un changement d'échelle. La réforme s'inscrit dans le courant qui depuis la loi Larcher (2007) fait une place majeure à la démocratie sociale, associant au maximum les partenaires sociaux à l'élaboration de la loi. Elle est en cohérence avec la mise en place de la loi de 2008 qui a modifié les règles de mesure de la représentativité et, en se fondant sur les élections dans les entreprises, donne une légitimité plus grande aux partenaires sociaux. Elle est, plus largement, en cohérence avec l'évolution qui, depuis 1982, avec les lois Auroux, développe la négociation d'entreprise et élargit, notamment par des lois de 2004, 2008, 2013, la place des accords pouvant être dérogoires aux accords de branche, réorganise pour le renforcer le dialogue social dans l'entreprise (loi Rebsamen 2015). Ceux qui la défendent soutiennent qu'elle crée un cadre adapté au besoin de donner des marges d'action aux entreprises tenant compte des conditions concrètes de leurs marchés et de leur compétitivité ainsi que des arbitrages que les salariés peuvent vouloir contribuer à faire entre temps de travail, salaires, emploi. Mais le pas franchi par la loi Rebsamen reste important ; il n'est pas consensuel chez les juristes et pas nécessairement compris par certains économistes qui privilégient, par rapport au développement du dialogue sociale, des mesures estimées par eux directement efficaces dans une optique instrumentale. L'opinion n'y était pas préparée alors que le débat sur l'opportunité de la réforme était

parfaitement légitime¹⁸. D'autant plus que la multiplication des CDD, surtout en début de carrière (85% des salariés français sont en CDI, mais 87% des nouvelles embauches se font en CDD), fragilise l'image de l'entreprise comme lieu crédible de négociation.

La réforme a divisé les syndicats dès lors que le sujet est devenu très politique. La négociation d'entreprise est un cadre bien accepté par certains syndicats, notamment la CFDT, mais fortement craint par FO qui n'a pas assez d'effectifs pour être très présent dans de nombreuses entreprises et diversement accepté par la CGT. Lors de la période où M. Thibault était à la tête de la CGT, le courant dominant dans cette centrale faisait de la négociation sociale un élément majeur et de l'entreprise un lieu de mesure de la représentativité et de négociation légitime, mais, depuis la succession de ce dernier, la CGT est plus partagée. A partir de mars 2016, elle a privilégié l'objectif de montrer sa combativité. Sachant en effet que les résultats électoraux dans les entreprises risquent de faire passer la CFDT devant elle lors de la prochaine mesure de la représentativité en 2016, elle attache une particulière importance aux votes de représentativité dans les très petites entreprises de la fin de l'année 2016.

La conjoncture sociale et générale était très difficile depuis l'arrivée du Gouvernement Valls, le contexte des attentats et le projet sur la déchéance de la nationalité ayant heurté. La troisième conférence sociale (juillet 2014) s'est déroulée difficilement, sans la CGT et FO révoltées par le fait que le Premier ministre ait, à la demande du Medef qui menaçait de boycotter cette conférence, reporté l'application d'une partie des critères de pénibilité de la loi retraite. Le projet sur la déchéance de nationalité a, par ailleurs, heurté de nombreux syndicalistes.

Ce qui a posé un problème plus immédiat fut l'ajout de dispositions sensibles relevant d'une autre logique que le cœur de la réforme. Un minimum de prudence aurait conduit à ne pas rajouter aux dispositions préparées par le ministère du travail d'autres dispositions pouvant poser problème. C'était sans compter le souhait du ministre de l'économie et du premier ministre d'enrichir le texte avec quelques dispositions appréciées par certains économistes et supposées contribuer directement à la lutte pour l'emploi¹⁹. C'était assembler les deux logiques du droit du travail et de l'emploi : selon la logique du rapport Combrexelle, le droit du travail et la situation de l'emploi étant des réalités complémentaires, il convient de donner aux entreprises les atouts de leur mobilisation pour l'emploi en leur ouvrant larges les portes de la négociation ; par contre, il n'y aurait pas de vision instrumentale du type telle mesure rapporte x milliers d'emplois (selon certains économistes, une mesure donnée est susceptible de rapporter des dizaines de milliers d'emplois).

¹⁸ - Parmi les juristes on citera notamment l'avis d'Alain Supiot exprimé dans la longue préface à l'édition 2016 de son rapport à la Commission européenne de 1999, *Au delà de l'emploi*, aux éditions du Seuil. L'ouvrage propose en 1999 la création d'un état professionnel des personnes et la mise en place de droits de tirage sociaux, concepts féconds. La préface critique vivement en 2016 la loi Travail. On remarquera juste que s'il estime que le rapport Combrexelle ne croit pas au dialogue social parce qu'il en montre les faiblesses aujourd'hui, il nous paraît tordre un peu le point de vue de ce dernier qui cherche plutôt à montrer qu'il faut regarder avec lucidité les faiblesses actuelles pour mieux les corriger ; mais ceci n'enlève rien à l'analyse critique elle-même. Parmi les syndicalistes, on citera le livre de Jean-Claude Mailly : « Les apprentis sorciers ; l'in vraisemblable histoire de la loi travail », aux éditions Les liens qui libèrent, 2016

¹⁹ - Le ministre de l'économie y tenait d'autant plus qu'il avait plaidé à l'automne 2014 pour présenter une nouvelle loi comportant des mesures sur le numérique et des mesures de réforme du droit du travail bis, libérant, selon lui, la France d'entraves inutiles et renforçant en outre sa place dans le travail législatif.

Parmi les mesures censées être favorables à l'emploi, le Conseil constitutionnel avait annulé le barème des indemnités de licenciement prévu par la loi Macron parce qu'il avait estimé que l'on ne pouvait avoir des barèmes différents en fonction de la taille des entreprises. Par ailleurs, le ministre de l'économie souhaitant pouvoir faire valoir à de grandes entreprises une nouvelle définition du licenciement économique ne tenant compte que de la situation des établissements en France et le Premier ministre voulant un texte ambitieux, le texte a été enrichi ou alourdi (selon le point de vue que l'on adopte sur ces ajouts) de dispositions compliquant son adoption.

Ce qui a aussi posé problème, enfin, c'est la menace à peine voilée de recourir au 49-3 figurant dans une interview de la ministre du travail (février 2016) modifiée dans ce sens par le cabinet du Premier ministre publiée avant même que le Gouvernement rende le texte public.

La préparation du texte par le Gouvernement a abouti ainsi à un cumul de prises de risque.

La démarche du rapport Combrexelle qui est reprise par les dispositions du titre I introduit non seulement une prolongation du mouvement antérieur, mais aussi un changement d'échelle : distinguer pour tout le champ concernant la durée du travail dans un premier temps, puis à terme pour toutes les dispositions du code du travail²⁰ le champ de l'ordre public social, les modalités d'intervention de la négociation collective et les dispositions supplétives qui s'appliquent en l'absence d'accords de branche ou d'entreprise permet certainement des rédactions plus claires que dans le droit antérieur et peut se défendre pour ceux qui estiment, sans négliger l'intérêt de l'accord de branche, qu'il est important que puissent se négocier au niveau de l'entreprise des dispositions qui sont peut-être moins favorables dans certains domaines mais plus dans d'autres et qui tiennent mieux compte des particularités du travail dans l'entreprise ou la région. Cette disposition est un vrai changement dans une société marquée par une multiplication des CDD à l'embauche, le CDI n'étant plus perçu que la très grande majorité des salariés comme la norme, alors qu'il représente encore 85% des emplois de salariés. La réforme se fait ainsi dans une société où l'entreprise n'est pas perçue, en tout cas d'emblée, comme un cadre de travail et donc de négociation rassurant.

Il semble que les risques liés à ce projet aient été largement sous-estimés par un Gouvernement plus sensible aux réactions des syndicats, déjà familiarisés avec la négociation sociale, qu'aux risques vis à vis d'une opinion peu préparée. Il n'a pas été anticipé que la réforme puisse devenir un objet politique majeur.

S'ajoutaient, en plus au dernier moment, les dispositions sur les indemnités de licenciement et sur les licenciements économiques qui n'étaient pas jugés acceptables par les syndicats de salariés.

2.4. Quelques dates du calendrier évènementiel

L'ensemble de la loi, sauf les deux dispositions rajoutées au début de l'année 2016, a fait l'objet d'une première concertation qui, sans être consensuelle avec tous les syndicats, est restée sereine et n'a d'ailleurs pas beaucoup fait parler d'elle.

²⁰ Autres que celles qui, par nature, sont hors du champ de la négociation collective. Par exemple, les textes définissant l'organisation de l'administration du travail ou ceux fixant les conditions de travail.

Le tournant de la mi-février 2016

C'est le 17 février, après la 1ère concertation, qu'une version du texte (alors dépassée) fait l'objet d'une fuite et est publiée dans le Parisien. Le 18 février, paraît dans les Echos une interview de la ministre du travail comportant la mention relative au débat parlementaire (« *nous prendrons nos responsabilités* »). On est alors en plein débat sur la déchéance, trois semaines après la démission de Mme Taubira. Aucun syndicat ne peut accepter que des dispositions aient été rajoutées après la concertation. L'interview donnée par Laurent Berger le 20 février étant sans concession, il devient évident que le projet ne pourra pas être voté si le gouvernement ne rallie pas au moins les syndicats modérés.

Le 19 février, une pétition²¹ en ligne est lancée par Caroline de Haas, militante féministe, qui va recueillir rapidement un nombre inédit de signatures, ayant atteint le 1er mars en moins de 15 jours le million. Aucun dispositif de communication n'étant prévu du côté du Gouvernement, la première bataille de l'opinion est perdue en quelques jours.

La 2ème concertation et les manifestations publiques (mars 2016)

La présentation du texte au Conseil des ministres est reportée du 9 au 24 mars pour permettre une 2ème concertation qui aura lieu entre le 7 et le 14 mars.

Le mois de mars se déroule sous le signe de manifestations lancées par les auteurs de la pétition (9 mars), la plupart des syndicats (y compris CFDT, UNSA, CFE-CGC, CFTC et une organisation étudiante la FAGE) qui souhaitent faire connaître leurs revendications le 12 mars. Les principales revendications des organisations « réformistes » ayant été entendues, ces organisations soutiendront désormais le texte du Gouvernement même si la presse ne mentionnera le plus souvent que la position de la CFDT²². En revanche, le patronat estime que le texte a été vidé de sa portée et est devenu nuisible compte tenu d'un projet de taxation des CDD²³.

La poursuite des manifestations, Nuit debout et les grèves (printemps 2016)

Le projet de loi est adopté par le Gouvernement le 24 mars mais les manifestations continuent, mais les manifestations continuent. Celle du 30 mars organisée par les syndicats qui demandent le retrait du texte ; en parallèle le mouvement Nuit debout est créé ; occupant chaque soir la place de la République à Paris et s'étendant à d'autres villes.

²¹ Cf annexe 2. Pétition contre la loi travail

²² Il est vrai que la CFE-CGC changera de direction et de position en cours de route et que l'UNSA, assez liée au parti socialiste lui-même divisé, n'aura pas toujours une position claire.

²³ Ce projet ne sera pas maintenu car il avait plus sa place dans la négociation de l'assurance-chômage

Les manifestations se poursuivent et deviennent plus violentes en avril. Elles se poursuivent également en mai, mois pendant lequel elles s'accompagnent de grèves et de blocage des raffineries ; le 14 juin, elles concernent plus de 50 villes de France. Le caractère violent de certains manifestants est d'autant plus critiqué par une partie de l'opinion que la France est en période d'état d'urgence et que l'EURO se déroule en France ; l'attitude de la police est, par ailleurs, contestée par certains manifestants. Si la qualité de la gestion des manifestations est aussi un élément d'appréciation du caractère démocratique d'un processus de décision, il n'est pas possible, dans le cadre de cet examen, de porter un jugement sur la manière dont les événements déclenchés pour contester la loi ont été gérés par l'Etat.

La mobilisation syndicale est conduite par FO et la CGT qui demandent le retrait du projet de loi. Le thème prioritaire de FO est celui du rejet de l'inversion des normes, thème qui sera retenu par l'opinion. De fait, c'est la CGT qui retient l'attention en reprenant le thème²⁴ ; mettant ses forces dans la bataille avec pour objectif une démonstration de force, elle déclenchera, comme en 2010, des actions spectaculaires comme le blocage des raffineries.

L'adoption du projet de loi

Le texte sera voté le 21 juillet 2016 après une déclaration d'urgence à aboutir, d'où l'utilisation du 49-3. Si l'opposition interne d'une partie du PS était attendue ; le vote négatif de certains députés de l'opposition n'allait pas de soi. L'utilisation du 49-3 réduira fortement les débats parlementaires, mais le travail en commission aboutira à des changements significatifs sur les dispositions qui avaient le plus fait débat (indemnités de licenciement et définition des licenciements économiques notamment) ; il conduira également à la suppression de la référence aux principes que le rapport Badinter avait proposé de retenir. Le Conseil constitutionnel n'annulera que des dispositions mineures tout en indiquant qu'il se réservait de reprendre son examen si la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité est utilisée²⁵.



²⁴ La CGT a été très proche de la CFDT pour la réforme de la représentativité et était d'accord pour développer la négociation d'entreprise pendant la période où M.Thibault a été à la tête de l'organisation, mais les conflits internes à la CGT se sont accrus depuis son départ et la ligne est devenue moins nette jusqu'à ce que le congrès d'avril 2016 donne une nette priorité à une stratégie essentiellement revendicative.

²⁵ Cette analyse du travail parlementaire est limitée, faute de temps pour l'approfondir.

3. Appréciation du caractère démocratique de la préparation de la loi et de son processus d'adoption

- Critère 1 : préparation en amont et concertation en amont a) La préparation générale

- points positifs: le *texte est ancré dans une pratique de concertation du Gouvernement* et des organisations patronales et syndicales depuis le début de la législature qui s'est illustrée par les conférences sociales annuelles ; il est *ancré dans un projet de démocratie sociale* qui donne aux accords collectifs une place importante dans le contenu du droit du travail, qu'il s'agisse de la loi dont il est recherché qu'elle s'appuie sur des accords collectifs préalables ou de la place respective de la loi et des accords sociaux qui donne une place prééminente à ceux-ci. Ce projet de démocratie sociale repose sur *une base plus large que ce qui est apparu au moment de la loi travail*, cette ligne de force étant d'autant plus puissante que les alternatives donnant une large place à des lois ignorant la démocratie sociale se sont révélées peu puissantes politiquement ou économiquement. Le texte a été préparé par une série de réflexions dont les rapports Combrexelle et Badinter ne sont que les derniers et les plus connus.

- points négatifs : l'évolution se fait sur *un fond de culture sociale faible des responsables politiques et des medias*. Elle se conduit dans une *absence de clarté sur la part de continuité entre les politiques menées par les gouvernements de droite et de gauche, chacun jouant sa partition instantanée plutôt que d'essayer de construire une part de continuité admise et de divergences normales*. Elle *n'est pas éclairée par un travail commun dans la durée* : le conseil d'orientation de l'emploi s'est plus attelé à des questions certes intéressantes mais secondaires qu'à l'éclairage des lignes de force de ce que pouvait être une adaptation de notre droit du travail aux exigences démocratiques et économiques. Le débat entre les économistes ou entre les juristes et entre les uns et les autres s'est poursuivi sans qu'il soit décanté. La préparation générale est insuffisante eu égard aux enjeux de la réforme.

b) Les rapports précédant immédiatement la loi.

Le rapport Combrexelle²⁶ fera sans doute date, car il est le premier rapport au Gouvernement comportant une conception novatrice complète et juridiquement bien outillée du code du travail, faisant de plus une large place à la négociation collective. Il a donné lieu à une concertation normale avec les partenaires sociaux. Mais il est plus issu d'une réflexion personnelle du président de la commission forgée par l'exercice de la fonction de directeur de

²⁶ Voir les rapports de Terra nova : « réformer le droit du travail » de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette (2015) et de l'Institut Montaigne : « Sauver le dialogue social ; priorité à la négociation d'entreprise » (2015).

la direction générale du travail que d'un débat mûri par les différents membres de la commission pouvant en relayer les conclusions ; le président de la commission, conscient de la diversité des forces conduisant à l'inflation des normes législatives, était habitée par la conviction que le droit du travail doit connaître des évolutions profondes pour mettre les entreprises dans une meilleure situation pour affronter avec des partenaires sociaux qui travaillent vraiment ensemble les enjeux de compétitivité et de qualité du travail. Par ailleurs, le président de la commission est au même moment président de la section sociale du Conseil d'Etat ; si cette fonction ne l'a pas empêché de présenter largement son rapport aux médias et dans différents publics, elle ne pouvait lui permettre de tenir un rôle majeur dans l'éclairage de la situation qui a suivi le rapport puisqu'il était conduit à préparer l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi. Le rapport Badinter a été bien reçu, mais il a promu une approche qui a suscité chez les juristes une perplexité qui n'est restée discrète qu'en raison de l'aura de son auteur. Il a pu servir à montrer que des personnes aussi engagées que Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen estimaient nécessaires de revoir l'écriture du code du travail et faire passer le thème de la réforme de ce code d'un « monopole » d'une droite libérale à un éventail d'opinions beaucoup plus vaste.

c) L'insertion dans un débat de qualité avec les partenaires sociaux.

On peut dire que le travail avec les partenaires sociaux s'est déroulé dans d'excellentes conditions pendant le premier gouvernement de la législature. Il y avait une bonne compréhension entre Matignon et l'Elysée, un Premier ministre à l'écoute des partenaires sociaux (J.M. Ayrault), un ministre du travail dont l'expérience était reconnue à la fois par les partenaires sociaux et les médias (M. Sapin) et un interlocuteur d'expérience à Matignon (C. Devys). Les choses sont devenues plus difficiles avec l'arrivée de M. Valls. Les décisions ont parfois été impulsives, sous une pression insistante du patronat, ce qui a conduit à un raidissement des syndicats ; le portage de certaines dispositions de droit du travail relatives, par exemple au travail du dimanche par le ministre de l'économie dans la loi Macron, a forcément affaibli le ministère du travail et le ministre, M. Rebsamen, qui a lui-même parfois paru moins bien préparé à ses fonctions que son prédécesseur. Cependant, une loi portant notamment réforme du dialogue social a été votée en 2015 dans un climat assez paisible avec un contenu important comportant le regroupement des négociations obligatoires et de l'information consultation ainsi que la possibilité pour l'accord d'entreprise de modifier le contenu des négociations obligatoires dans l'entreprise. Cette loi n'aurait pas pu intervenir paisiblement si elle n'avait pas été élaborée dans un climat social qui demeurait serein.

En résumé, *la préparation générale a été insuffisante par rapport aux enjeux de la réforme, sur un fonds de culture sociale faible des politiques et des médias allant parfois jusqu'à une forme d'amnésie sociale. Pourtant les rapports précédant immédiatement la loi, notamment le rapport Combrexelle, sont d'un intérêt significatif mais leur portée a été insuffisamment perçue. Certes, une pratique de concertation entre le Gouvernement et les organisations patronales et syndicales a été respectée, mais de façon moins constructive dans la période précédant la loi.*

Sur le critère 1, le processus peut recevoir une couleur orange et une note de 2.



- Critère 2 : Elaboration du texte (expérience des acteurs, qualité des travaux préparatoires, travail interministériel et avec la présidence)

Il y a sans doute eu un vrai *bashing* à l'encontre de Myriam El Khomri de la part de certains journalistes cherchant l'erreur que pouvait commettre une ministre femme, jeune, d'origine maghrébine et ayant assez peu d'expérience, du moins en droit du travail ; ses fonctions antérieures lui avaient cependant permis de connaître les politiques de l'emploi, ce qui n'est jamais relevé par les commentateurs. Il faut reconnaître que la ministre avait moins d'expérience qu'un Michel Sapin et qu'elle n'avait pas d'emblée l'autorité à l'intérieur du gouvernement, ni une connaissance personnelle des leaders syndicaux, ni un poids personnel vis à vis des medias. Dans une période normale, tout aurait pu dépendre de ses qualités personnelles, mais il n'est pas certain que sa nomination ait pris en compte le fait que le gouvernement comptait encore faire dans le domaine du droit du travail une réforme importante. La difficulté des questions liées aux questions sociales semble avoir été également sous-estimée lorsque le Premier ministre décide de fusionner les fonctions de directeur de cabinet adjoint et de conseiller social et lorsqu'il remplace en octobre (à sa demande) un conseiller social d'expérience (Gilles Gateau²⁷) par un conseiller qui en a moins.

Cette mise en place des acteurs posera problème, le casting ainsi adopté rendant sans doute le Gouvernement trop sensible aux pressions que peuvent exercer précisément ceux qui connaissent le moins l'état d'esprit des partenaires sociaux et mesurent mal l'ambition des réformes préparées parce qu'ils s'intéressent moins à la négociation sociale²⁸ qu'à des réformes instrumentales qualifiées parfois de mesures structurelles. L'influence du ministre de l'économie et l'ardeur du Premier ministre à charger la loi, n'étant pas pondérées par des contreponds de qualité, la « barque » se trouvera alourdie après la fin de la concertation, et ce jusqu'à ce que le texte soit renégocié.

Le texte qui n'avait pas été mal préparé par des services compétents ; a par contre été mal équilibré politiquement, des responsables politiques chargeant le texte sans prendre en compte une vision des équilibres possibles à respecter dans la négociation. Ils ne prennent pas conscience non plus des répercussions des discussions sur la déchéance de la nationalité qui exacerbent la sensibilité des militants et de l'affaiblissement du Gouvernement au moment où il prend des décisions les moins consensuelles en son sein. La correction de l'interview de la ministre du travail est, par ailleurs, une faute politique.

En résumé, le Gouvernement a sous-estimé à la fois la difficulté et la sensibilité des problèmes liés aux questions sociales et l'importance du casting gouvernemental (ministres et conseillers) dans la conduite du processus.

Sur le critère 2, le processus recevra la couleur rouge et la note 1 (la bonne rédaction du texte lui-même, de son exposé des motifs et de l'étude d'impact lui évitant la note minimale).



²⁷ Il rejoindra Air France qui rencontre de grandes difficultés sociales.

²⁸ Nous entendons par « négociation sociale » un processus de dialogue ouvrant à une transformation des règles du jeu socio-économique et du comportement des acteurs visant à construire des compromis positifs entre les parties prenantes, au nom de l'intérêt général.

- Critère 3 : Conduite par le Gouvernement de la concertation et de l'explication à l'opinion

La concertation a été normale à une exception d'importance près : l'absence de concertation à la suite du changement de pied consistant à rajouter deux mesures importantes a été en effet un problème majeur jusqu'à leur suppression exigée par les syndicats unanimes.

Par ailleurs, le Gouvernement n'avait prévu aucun dispositif, aucun moyen financier et aucune équipe de communication. Ceci résulte en partie du durcissement de la rigueur budgétaire et du mauvais souvenir laissé par l'abus des sondages lors du quinquennat précédent. Mais *la cause principale de l'insuffisance du dispositif de communication est la sous-estimation des risques du projet*. Personne ne réalise que pour les médias et pour l'opinion l'évolution qui s'est faite sur la place de la négociation sociale est très faiblement perçue. Et que, pour les raisons indiquées plus haut, il n'est nullement évident que l'évolution projetée soit comprise. Le climat politique général et le casting mis en place font le reste : *la ministre du travail et le Premier ministre feront de leur mieux, mais ils sont inaudibles sur le point clé de la réforme*. Alors que les anti-loi travail font valoir tout ce qui sera désormais possible par un « simple accord » d'entreprise, il faudrait pouvoir expliquer que l'accord d'entreprise n'est pas une formalité et que d'ailleurs, sur bien des sujets, le droit applicable restera ce qui est défini par la loi en l'absence d'accord ou par l'accord de branche. Mais une telle explication ne peut s'improviser et, justement, *rien n'a été préparé qui puisse tenir par « gros temps »*. Même si le Gouvernement a mené avec détermination la deuxième concertation et a su alors faire valoir des arguments, la communication a été largement insuffisante.

En résumé, et malgré certains aspects positifs, l'absence de concertation avant le rajout de dispositions importante et le rajout lui-même ont été des erreurs lourdes. L'absence de préparation d'une communication à la hauteur des enjeux en a été une autre. Mais il n'est pas certain que toutes les responsabilités soient du côté du Gouvernement dans la difficulté de l'opinion à comprendre la loi²⁹.

Sur le critère 3, le processus peut recevoir un feu rouge et la note 1.



Critère 4 : Jeu des syndicats et autres acteurs, rôle des médias et réseaux

- Les syndicats ont soutenu des positions assez contrastées tout au long de ce débat, qui s'est transformé en conflit au printemps 2016.

La CFDT et les syndicats réformistes se sont prêtés au jeu de la concertation, comme les autres syndicats, Force Ouvrière et la CGT, sur la base du projet de loi de l'automne 2015. Mais, la CFDT s'est cabrée devant l'introduction de dernière minute des deux dispositifs nouveaux, que nous avons évoqués ci-dessus, et a exigé avec fermeté un certain nombre de modifications, puis ayant obtenu satisfaction, elle ne s'est plus opposée à la poursuite du processus législatif.

Concernant FO, il ne peut lui être reproché d'avoir, sur cette loi comme sur les autres réformes où sa faiblesse dans les entreprises le handicape (notamment la réforme de la mesure de la représentativité), cherché à protéger ses intérêts immédiats. Du moins, peut-on se

²⁹ Certains journalistes ont en permanence jugé que les syndicats étaient tous opposés à la loi alors que certains l'avaient approuvé après négociation.

demander si, en suivant cette orientation sur les voies de l'adaptation du droit du travail, jusqu'à faire une présentation simplificatrice de la loi, FO préserve vraiment l'avenir. Si ce syndicat a su faire image, simplificatrice mais marquante autour de l'idée d'inversion des normes et a devancé la CGT pour réclamer le retrait de la loi, ce qu'il n'avait pas demandé lors de la première concertation, cette position maximaliste n'a pas beaucoup redoré son blason.

C'est finalement la CGT qui a pris la tête du mouvement. Elle l'a mené l'œil rivé sur les prochaines élections dans les TPE. Faute de lignes claires, elle veut s'imposer comme le syndicat le plus revendicatif. Ce faisant, elle n'a pas donné l'image d'un partenaire recherchant le dialogue et donc donné des arguments à ceux qui appellent de leurs vœux un rôle diminué pour les syndicats.

A l'inverse, le Medef en considérant pour peu de choses le projet de loi dès lors qu'il n'avait pas satisfaction sur certains points ne donne pas une image claire de la place qu'il entend donner à la négociation sociale. Il a persévéré dans l'attitude qu'il a souvent adoptée depuis le début du quinquennat : surenchère, critique et chantage.

Il n'est pas certain, par ailleurs, que Nuit debout et la pétition aient fait émerger des courants porteurs pour la vie démocratique ; on doit, en effet, observer que la pétition a vu tout son succès bâti sur une vision peu engageante des accords collectifs : le terme « il suffit d'un accord... » est l'expression même d'une grande méfiance à l'égard de la négociation sociale et de l'intérêt pour les salariés « d'échanger » certains avantages contre d'autres, qui peuvent être parfois le maintien d'une commande, et donc de l'emploi.

Plus largement, apparaît en creux une absence de continuité entre les porteurs de la démocratie sociale qui s'appuient sur la négociation collective et les porteurs du développement de la société civile qui s'appuient sur la vie locale et associative. De même, apparaissent en creux des rapprochements, peut-être artificiels, entre des mouvements qui font de la loi le seul vrai rempart et ceux qui sont dans une dynamique largement antiétatique et/ou largement « anticapitaliste » ; posent problème des alliances entre compagnons de lutte occasionnels, les uns donnant à l'Etat un rôle prééminent et les autres une place restreinte voire nul.

Quant à la presse, elle a eu du mal à comprendre ce long texte et à suivre une période qui est devenue agitée. On ne peut pas dire qu'elle se soit caractérisée par une culture sociale lui permettant de bien situer les enjeux. Par ailleurs, elle n'a pas relativisé les événements en montrant que le nombre de manifestants pendant la discussion de cette loi était bien inférieur à celui que la France a connu à d'autres moments, notamment le vote de la loi retraite (8.500.000 manifestants en 2010 durant les 8 rassemblements³⁰).

En résumé, la plupart des partenaires sociaux ont suivi une logique autocentrée, sans accepter le minimum d'ouverture que nécessite un dialogue (ou une confrontation) démocratique, tandis que l'information par la presse a été déficiente sur la mise en perspectives.

Sur le critère 4, le jeu des acteurs recevra une couleur rouge et la note 1.



³⁰ Si on cumule le nombre de participants aux huit manifestations organisées par les syndicats

Critère 5 – Travail parlementaire

L'usage de l'article 49-3 de la Constitution n'était pas juridiquement impossible. Contrairement à ce qui s'est passé parfois, aucun député de l'opposition ne s'est rallié. Les tensions du gouvernement avec une part de sa majorité (les « frondeurs ») le conduisaient à l'utilisation de cet article ou à l'abandon de ses principales dispositions. En revanche, la manière dont la menace de son utilisation a été insérée dès la présentation de la loi par un article de Mme El Khomry sur une initiative de Maignon a été une erreur de communication et a compliqué le débat parlementaire avant qu'il ne soit commencé.

Il ne sera pas proposé de notation, car l'examen parlementaire n'a pas l'objet d'un examen approfondi de notre part.

Critère 6 – La suite après l'adoption du texte.

Même si la majorité des décrets de la loi Travail sont aujourd'hui parus, il est prématuré de vouloir procéder à une évaluation de son impact réel à la fois sur la négociation dans les entreprises, les branches ou au niveau interprofessionnel, et sur la réforme du code du travail. D'autant qu'il n'est pas exclu, et qu'il est même probable, que la prochaine législature aura à remettre l'ouvrage sur le métier.

4. Comparaison avec d'autres textes ou des réformes dans d'autres domaines pour mettre en perspectives.

Donner une appréciation à chaud, dans l'année même qui a vu le vote d'une loi a un intérêt. Proposer une image avec des notations, quitte à simplifier un peu, peut être utile. Mettre en perspectives est tout aussi nécessaire. Le texte qui précède a rappelé quelques éléments de l'histoire sociale récente. Il est important aussi de se demander si tel échec ou telle réussite paraît porteur d'avenir.

Pour prendre un exemple, le rapport Charpin en 1999 sur l'avenir des retraites a paru déboucher sur un échec puisque le désaccord de plusieurs syndicats importants, y compris sur l'existence d'un problème financier à résoudre et la nécessité de réformes, a conduit le gouvernement de Lionel Jospin à renoncer à faire une réforme des retraites qu'il avait pourtant préparée. Cet échec, survenant quatre ans après les crispations de 1995, pouvait faire douter de la capacité de la société française à affronter les problèmes liés à une évolution démographique de grande ampleur. Pourtant, de cet échec sont nées des améliorations de méthode qui ont aidé significativement à franchir des étapes très importantes pour améliorer la solidité financière du système et son équité. La création du Conseil d'orientation des retraites proposée par le rapport Charpin et mise en œuvre par le gouvernement de Lionel Jospin a permis que les travaux techniques soient effectués de manière transparente et que les travaux de projection, autrefois politisés dès leur lancement, se réalisent aujourd'hui de manière beaucoup plus fluide dans un travail partagé dont toutes les données sont sur la table. Les modalités de discussion de fond n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de supprimer les désaccords politiques éventuels, mais ont contribué à réduire les faux problèmes, les suspicions inutiles. Les alternances politiques n'ont pas abouti à des revirements spectaculaires qui ont fait ressembler certains domaines politiques, comme la politique pénale, à un faire et défaire stérile, mais plutôt à ce que chaque famille politique imprime une marque propre tout en conservant une continuité non négligeable.

On peut dès lors se demander si le domaine de la réglementation du travail fait plutôt partie de ces champs de bataille où les énergies successives semblent s'annuler vers un no future pour

les entreprises, les salariés et les chômeurs, otages d'un dialogue social insuffisant et d'évolutions législatives mal venues au jour et vieillissant mal.

On peut faire valoir certains éléments d'optimisme.

- Il existe une continuité entre la loi Larcher (2007) qui a imposé au gouvernement de proposer aux partenaires sociaux de négocier avant de réformer de sorte que le Gouvernement ne réforme par la loi que si les partenaires sociaux ne souhaitent pas négocier, loi qui a généralement été appliquée³¹.
- Les partenaires sociaux ont négocié la loi qui a profondément modifié les critères de représentativité des syndicats (2008) en se fondant non plus sur une présomption actée en 1945 mais sur le cumul des résultats aux élections dans les entreprises pour apprécier la représentativité dans les branches et au niveau national ;
- de même, les lois sur la sécurisation de l'emploi (2013), la formation professionnelle (2014) et le dialogue social (2015) qui ont été votées depuis, et dont la plupart l'ont été après une invitation à négocier, suivie d'une négociation effective dont le législateur, qui reste souverain, s'est largement inspiré pour réformer.
- C'est d'ailleurs ainsi que les premières réformes de droit du travail ont été adoptées sous le présent quinquennat, le président de la République ayant même affiché le projet d'inscrire dans la Constitution les principes posés par l'article L. 1, ce à quoi il a dû renoncer faute de pouvoir faire voter une réforme de la Constitution.

Par ailleurs, on peut faire valoir que la réécriture de la première partie du code du travail dessine une voie intéressante. Certes, elle permet, pour certaines dispositions, aux accords d'entreprise de déroger aux accords de branche, ce qui heurte les syndicats qui sont plus forts dans les branches que dans les entreprises et, plus largement, ceux qui estiment que cette évolution est un contresens. Mais on peut aussi faire valoir que ces possibilités sont encadrées par des conditions de majorité stricte de telle sorte que sont sanctuarisées, article par article, des dispositions dites d'ordre public parce qu'aucun accord ne peut y déroger. Il faut ajouter que article par article, sont, en outre, fixées les dispositions qui s'appliquent lorsqu'aucun accord n'a été conclu, de telle sorte que les syndicats ne soient jamais obligés de négocier ; il leur suffit de s'en tenir à la partie supplétive qui représente une sorte de point d'appui et de môle de résistance. Ce mode d'écriture est d'ailleurs beaucoup plus clair que celui qui résultait des dispositions antérieures sur les nombreuses possibilités de dérogation déjà existantes.

Le pari sous-jacent est d'ancrer le dialogue social au plus près des lieux de travail que sont les entreprises et les branches professionnelles pour rapprocher notre système de relations sociales de ce qui est considéré comme une réussite de la démocratie sociale en Allemagne et dans les pays scandinaves.

De même, le paysage des branches en France, particulièrement touffu et peu propice à l'élaboration d'un droit conventionnel de qualité, est en train d'évoluer rapidement, sous l'impulsion commune des Gouvernements successifs. De 800 branches, on devrait passer dans les prochaines années à 100 ou 200 branches, ce qui rapprocherait grandement la France de pays comme l'Allemagne et pose autrement le rapport entre les niveaux de négociation.

On pourrait aussi tabler sur le fait que si le Conseil d'orientation de l'emploi a été

³¹ Comme l'article L. 1 du code du travail n'a pas de valeur constitutionnelle, c'est l'avis du Conseil d'Etat donné avant la loi qui se prononce sur ce point et si aucun de ces avis n'a reconnu de violation de l'article L1, notamment parce que les Gouvernements n'ont pas voulu s'exposer à des avis négatifs aujourd'hui publics et hier souvent connus, certains avis ont sans doute été assez indulgents notamment sur le strict respect de la procédure prévue, par exemple sur l'existence d'un document d'orientation.

étonnamment silencieux pendant des travaux préparatoires qui concernaient pourtant largement son domaine ; à l'exception du rapport sur les comparaisons internationales dans le domaine des politiques de l'emploi, il s'est très peu investi dans le sujet pourtant essentiel de l'évolution du droit du travail, de l'analyse des débats économiques et juridiques qu'il soulève ; cette attitude pourrait et devrait évoluer. On peut voir dans la nomination comme vice-président du COE de l'ancien directeur de cabinet de Madame El Khomry, très intéressé par ces questions, une ouverture en ce sens.

On peut aussi noter que le niveau assez faible de certains débats économiques est un appel à des approches renouvelées et que les juristes paraissent plus nombreux à aborder certaines questions de manière ouverte.

On peut espérer par ailleurs que le débat sur l'épaisseur du code du travail, dont certains aspects sont surréalistes, pourrait perdre de son acuité avec une évolution de l'usage du numérique permettant de fournir aux entreprises et aux salariés beaucoup plus facilement la liste des dispositions qui leur sont applicables.

On peut faire valoir que des actes qui ont du sens ont été posés avec la création du compte personnel d'activité (CPA), les dispositions sur le droit à la déconnexion numérique et des réflexions importantes engagées sur des sujets tels que les évolutions du travail liées au développement du numérique.

On peut enfin penser que peut se poursuivre une évolution faisant place à une part de continuité non négligeable, y compris entre des gouvernements issus de majorités différentes, mais soucieux de favoriser la négociation d'entreprise parce qu'ils estiment que c'est à ce niveau que peuvent se négocier les meilleurs équilibres économiques et sociaux sans livrer pour autant les salariés au seul pouvoir du patronat par le jeu des dispositions d'ordre public et des dispositions supplétives ainsi que l'encadrement des accords dérogatoires d'entreprise.

Mais l'avenir n'est pas écrit. La loi travail peut être une parenthèse dans des évolutions allant dans des sens assez différents. Le gouvernement n'a pas posé d'acte majeur donnant de fortes chances à un débat mieux éclairé sur le droit du travail.

La déception la plus grande que l'on peut avoir à l'égard de la politique vis-à-vis du travail de ce quinquennat est peut-être précisément de s'être enlisée dans des désaccords interministériels de second ordre et une communication médiocre après une période fondée sur des analyses plus pertinentes et sur l'élan des premières grandes conférences sociales. Il n'y a pas eu ni consensus sur une vision réellement porteuse d'avenir, ni inscription dans la durée de méthodes de délibération.

Il est vrai qu'il n'est pas le seul responsable. Le temps (2008) où CGT et CFDT avaient des positions communes sur des questions aussi importantes que la représentativité syndicale a laissé la place à une période où les conflits internes à la CGT rendent son évolution difficile à discerner, aucun signe de réduction de l'excessif fractionnement syndical ne se dessinant. L'évolution du syndicalisme patronal ne va pas davantage dans le sens du dialogue social. Le rapport Combexelle est d'ailleurs sur ce point très lucide : s'il continue à se fonder sur le dialogue social pour trouver des équilibres sociaux et économiques, c'est parce que son auteur estime que c'est malgré tout la seule voie féconde et estime que son développement reste possible.

Michel Rocard n'avait pas réformé les retraites, mais son Livre Blanc (1991) a fait date. Lionel Jospin n'a pas réformé les retraites mais, en créant le Conseil d'orientation des retraites (2000), il a permis de satisfaire à l'une des conditions majeures d'une politique de réforme

des retraites.

Les gouvernements de cette législature ont beaucoup plus modifié le droit du travail que les Français ne le réalisent : ils connaissent la loi El Khomry et méconnaissent assez largement les évolutions du début du quinquennat ; ils ont des visions très diverses, mais surtout floues de la loi El Khomry.

Si l'avenir montre une fécondité de la période plus grande que le constat assez sombre que l'on peut faire sur la qualité de la méthode démocratique utilisée pour la loi El Khomry, cela résultera moins d'innovations de méthode, (à part les grandes conférences sociales dont les résultats se sont cependant amenuisés avec l'arrivée d'un nouveau Premier ministre et les difficultés de la fin de la législature), que d'une validation que le temps apportera à la confiance dans le dialogue social et, en particulier, dans l'articulation entre la loi nécessaire, les accords de branche très utiles et une place plus grande mais encadrée au dialogue social d'entreprise.

Rien n'est joué dans cette affaire, les désaccords sur la place du droit négocié dans l'entreprise restant très vifs et la capacité, d'une manière plus générale, de notre pays de comprendre l'importance de promouvoir la démocratie sociale est encore trop faible.

Notre approche ne conduit pas, pour la présente loi, à modifier l'appréciation instantanée de son accouchement. Son utilité est d'inciter à ne pas en rester à une vision figée sur les péripéties douloureuses au printemps 2016.

Regard croisé sur la loi travail

Bénédicte Fumey

Dépassant le processus d'élaboration de cette loi que nous étudions dans cette seconde partie, ce regard croisé vise à soulever un questionnement quant au bienfondé politique de son vote en fin de législature avec un « passage en force ». Le vote de cette loi n'a pas pris en compte la volonté croissante des citoyens de participer aux processus de décision concernant les réformes et transitions à mener dans notre pays.

Une disposition de cette loi a généré de forts mécontentements : celle relative à la hiérarchie des normes qui vise pourtant à favoriser le dialogue social en soutenant la négociation en entreprise et ainsi à se rapprocher du terrain et des agents économiques les plus concernés.

Alors pourquoi un tel soulèvement ? Les acteurs politiques ont certainement oublié deux éléments de contexte essentiels :

-Le nombre de licenciements nets, en hausse chaque année, a conduit à un chômage de masse, constat aggravé par les tendances fortes de robotisation et surtout de délocalisation dans les pays à bas coûts. Ce climat anxiogène n'offre pas un cadre propice à la négociation au niveau de l'entreprise, les directions générales ayant tendance à abuser de leur pouvoir de négociation en leur faveur en utilisant le « chantage à l'emploi ». Contrairement à ce qu'intuitivement nous pourrions penser, il ne paraissait donc pas judicieux de se rapprocher des entreprises qui sont certes les plus proches des réalités de terrain mais aussi les plus vulnérables.

-La tendance à rogner les avantages des salariés dans un contexte de tension salariale³² (par exemple en mettant des charges sociales sur certaines prestations versées par les Comités d'Entreprise à leurs salariés) alors que les actionnaires et certains hauts salaires gardent tous leurs avantages engendre un ressentiment grandissant face aux absences d'augmentations de salaires équitables.

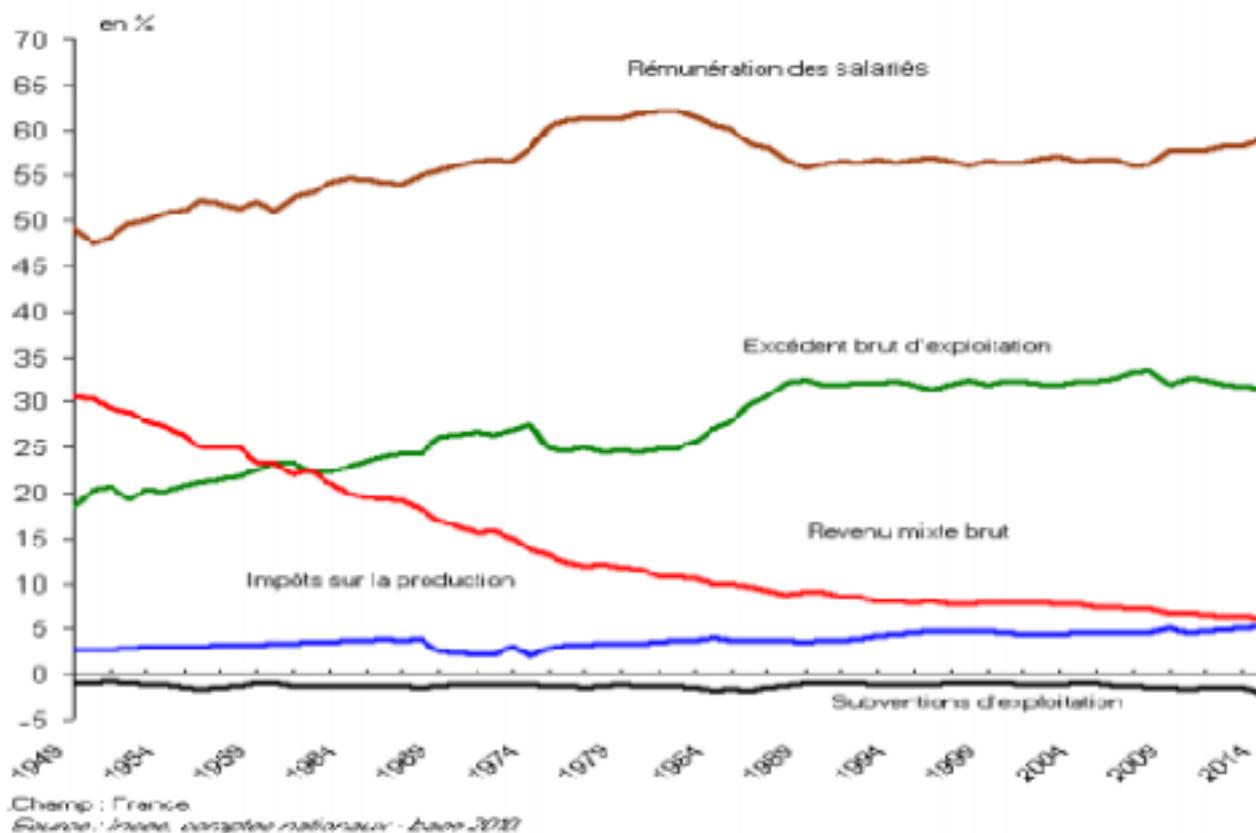
Ces éléments, tout comme la majeure partie des propositions ayant soulevé réprobation (en particulier le barème indicatif des indemnités de licenciement) ont donc accru le sentiment d'une loi à la solde d'intérêts financiers. Cela explique la participation très large aux manifestations de profils variés (outre les bases syndicales classiques, d'étudiants, de chômeurs, voire de retraités, etc.)

Si une loi de réforme du marché du travail était attendue par de nombreux acteurs économiques, salariés inclus, malheureusement les dispositions de la loi choisies sans large concertation, doublé d'un recours au 49.3 jugé de moins en moins légitime pour gouverner, ont engendré un rejet qu'une implication de l'ensemble des parties prenantes, société civile et active incluse (étudiants, actifs, chercheurs d'emplois, etc.) aurait pu éviter. A ceci s'est

ajouté la mauvaise estimation du contexte politico-économique de défiance citoyenne face aux inégalités croissantes comme face au gouvernement. Plus que la manifestation d'une

³² Depuis les années 1980, les fruits de la croissance économique et des gains de compétitivité n'ont été que très peu partagés avec les salariés qui n'ont reçu que de très faibles augmentations de salaires en comparaison avec la rémunération du capital (actionnaires).

dérive dans un processus démocratique, cette loi parait surtout avoir été une maladresse politique majeure du quinquennat Hollande.



Comme le montre le graphique ci-dessus, la part des salaires dans la valeur ajoutée n'a cessé de baisser depuis le début des années 80. Dans le même temps la part des dividendes dans la Valeur ajoutée n'a cessé de progresser.

Rapport complet [https://collectif-roosevelt.fr/wp-content/uploads/2015/09/Atelier-RTT_Fiche- Croissance-et-gains-de-productivité%20-%20A9.pdf](https://collectif-roosevelt.fr/wp-content/uploads/2015/09/Atelier-RTT_Fiche-Croissance-et-gains-de-productivite%20-%20A9.pdf)