

La loi El Khomri ou comment en finir avec le Code du travail

Depuis trois ans, le Medef est devenu extrêmement offensif pour remettre en cause le modèle social français, pour réclamer des baisses d'impôts et de cotisations sociales, pour exiger la remise en cause du droit du travail. S'appuyant sur son vaste réseau de médias et d'économistes, il prétend cogérer l'État en imposant la réduction de la protection sociale, le report de l'âge de la retraite, la baisse des dépenses publiques. Oubliant leur responsabilité dans la crise financière (avoir laissé les marchés financiers imposer des rentabilités excessives aux entreprises, avoir laissé les banques spéculer sur les marchés au lieu de développer le crédit aux entreprises, ne pas avoir réagi face à la globalisation financière qui plonge les économies dans l'instabilité, avoir organisé la délocalisation de l'industrie, avoir accepté le démantèlement de la politique industrielle française, etc.), le patronat et la technocratie ont trouvé des coupables : les salaires excessifs des salariés (en particulier des salariés à bas salaires) et le droit du travail. Ainsi, le Medef s'est lancé dans une campagne agressive : seuls les chefs d'entreprises seraient productifs et innovants ; ils doivent être les seuls maîtres à bord. Ils ne créeront des emplois que si leurs exigences sont satisfaites.

Ayant renoncé à impulser un nouvel élan productif, à engager une rupture écologique et sociale, le gouvernement cède à cette campagne : baisse de 40 milliards des impôts et cotisations des entreprises, financée par une baisse des dépenses publiques, aujourd'hui remise en cause profonde du droit du travail.

Mais, on le voit depuis deux ans, cette stratégie est illusoire ; le chômage n'a pas reculé. Les politiques d'austérité brident la demande de sorte que l'emploi ne repart guère ; les réformes déjà actées du droit du travail n'ont fait que multiplier le nombre d'emplois précaires¹. Du point de vue même du patronat, leurs projets sont sans issue : le profit des entreprises ne peut se redresser dans une économie en dépression ; un système qui encourage les emplois précaires et mal payés ne permet pas la montée en gamme ; l'instabilité et la rapacité de la finance jouent contre la production. Comment mobiliser les salariés dans les entreprises en réclamant le droit de les licencier sans justification ? Faut-il évoquer la crainte du coût du licenciement pour expliquer que les entreprises se refusent à embaucher et même à se développer, alors que cette crainte n'a guère joué entre 1998 et 2002 où l'emploi en France a augmenté de 10 % ?

Aujourd'hui, un nouveau pas est franchi, par le projet de réforme du droit du travail, qui sera présenté le 9 mars au Conseil des ministres. Ce projet accepte les points forts de la campagne du patronat : c'est la lourdeur du Code du travail qui serait responsable du chômage ; il faudrait sécuriser les licenciements (c'est-à-dire les faciliter) ; il faudrait permettre à chaque entreprise de faire son propre droit.

Il s'agit bien d'une rupture majeure avec les principes de base, et non, comme il a été prétendu, d'une « simplification » ou d'un simple « toilettage » d'un Code qui serait devenu trop complexe. Cette rupture vise à un affaiblissement sans précédent des rapports de force du salariat vis-à-vis du capital. Affaiblissement qui d'ailleurs ne cherche pas à se dissimuler : aucune véritable contrepartie n'étant proposée, sauf un pseudo « compte personnel

¹ Voir la note d'A. Eydoux et A. Fretel : Réformes du marché du travail, des réformes contre l'emploi, *Les Économistes atterrés*, Janvier 2016.

d'activité » (qui ne fait que rassembler des dispositions existantes sur la formation et la pénibilité). D'autant plus que le gouvernement fait en même temps pression pour que les négociations à l'Unedic aboutissent à une réduction sensible de l'indemnisation des chômeurs. La stratégie est claire : sous prétexte de lutter contre le chômage, imposer aux salariés (globalement ou individuellement) de fortes baisses de salaire, des hausses de la durée du travail et la dégradation de leurs conditions de travail et de leur statut. L'opposé même d'un projet socialiste.

Inverser la hiérarchie des normes

Le point essentiel du projet est celui de l'inversion des normes. Jusqu'à présent, le droit du travail était basé sur la hiérarchie des normes. En raison de la subordination des travailleurs, la loi les protégeait en affirmant la primauté de la loi sur les accords de branche, et des accords de branche sur les accords d'entreprise. Selon le principe de faveur, les accords d'entreprise et de branche ne pouvaient prévoir que des modalités plus favorables aux salariés que les règles d'ordre supérieur. Ainsi, la loi empêchait les entreprises de trop utiliser le rapport de force face à des salariés en position de faiblesse. Le projet de loi, suite aux exigences du patronat, inverse cette hiérarchie. Les accords d'entreprise pourront prévoir des dispositifs moins favorables aux salariés que les dispositions générales et que les accords de branche. Ainsi, faire primer les accords d'entreprise sur le droit du travail suppose que le patron et les salariés sont sur un pied d'égalité, qu'il n'y a pas de rapport de subordination entre eux.

La loi prévoit que le Code du travail sera réécrit dans les deux années à venir par une commission d'experts. Dans chaque domaine, seront distingués trois niveaux : des règles obligatoires d'ordre public, le champ de la négociation collective et des dispositions supplétives qui s'appliqueront si la négociation n'aboutit pas. Cela permettra d'abaisser les protections des salariés, car les dispositions supplétives seront plus basses que les dispositions obligatoires actuelles ; elles pourront certes être améliorées par les négociations collectives, mais aussi, selon le rapport de force, être encore affaiblies.

La campagne orchestrée par le patronat prétend que c'est la lourdeur et la complexité du Code du travail qui nuit à l'emploi et à l'embauche. Un code à trois niveaux ne sera pas plus simple. Le Code aurait pu être rendu plus simple et plus protecteur. Par exemple, en abolissant les formes spécifiques d'emplois pour réaffirmer la primauté du CDI.

La réécriture a commencé en matière de durée du travail. Ainsi, la disposition d'ordre public prévoit une durée de travail journalière maximale de 10 heures, mais un accord d'entreprise (ou en son absence, une décision du chef d'entreprise acceptée par l'autorité administrative) pourra porter la durée journalière à 12 heures. La durée hebdomadaire maximale (ce sur 16 semaines au lieu de 12) pourra être portée de 44 à 46 heures en base hebdomadaire. Enfin la modulation pourra se faire sur une période allant jusqu'à trois ans, toujours après accord d'entreprise.

Des dépassements au-delà de 46 heures sur 16 semaines pourront être autorisés par décret « à titre exceptionnel dans certains secteurs, dans certaines régions ou dans certaines entreprises ». Sur une semaine, la durée hebdomadaire du travail, actuellement limitée à 48 heures, pourra

aller jusqu'à 60 heures « en cas de circonstances exceptionnelles et pour la durée de celles-ci ». Et cela alors que la limite maximale d'heures effectuées par semaine, arrachée de haute lutte à Bruxelles par Jacques Chirac et Lionel Jospin contre l'avis de Tony Blair, est de 48 heures. Mais les salariés peuvent se rassurer : « Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, s'ils existent, sont informés des autorisations de dépassement demandées à l'autorité administrative ». Comment justifier, en période de chômage de masse, que l'on incite les entreprises à augmenter la durée du travail plutôt qu'à embaucher ?

La durée légale de 35 heures est certes maintenue comme dispositif d'ordre public, mais la majoration de rémunération des heures supplémentaires de 25 % qui s'imposait si un accord de branche n'avait pas été signé pourra désormais être abaissée à 10 % par accord d'entreprise. La rémunération de 50 %, au-delà de 8 heures, pourra être supprimée. La définition de la semaine pourra être fixée au niveau de l'entreprise. Le calcul des heures supplémentaires pourra être fait sur une période de 3 ans. Les rapports de force au sein de l'entreprise détermineront donc la rémunération des heures supplémentaires et il y a fort à parier que dans un contexte de chômage de masse les 10 % deviendront la règle plutôt que l'exception.

Contourner les syndicats par des référendums d'entreprise

Pour faciliter la conclusion d'accords d'entreprise, le projet de loi introduit la possibilité de procéder à des référendums d'entreprise. Jusqu'à présent, un accord minoritaire (signé par des syndicats représentant plus de 30 % des voix) ne pouvait s'appliquer si les syndicats réunissant au moins 50 % des voix s'y opposaient. Désormais, les syndicats minoritaires, s'ils réunissent 30 % des voix, pourront le faire adopter à travers un référendum. On a vu comment fonctionne cette belle démocratie dans le cas Smart. Là, la proposition mise au vote (les syndicats représentant plus de 50 % des salariés s'étant opposés à la proposition d'accord), consistait à accepter des baisses des salaires et un allongement de la durée du travail, sous la menace qu'en cas de refus l'usine serait fermée et les emplois supprimés. Une attaque insidieuse mais puissante est ainsi menée contre le dialogue social. En effet les employeurs sachant qu'ils peuvent désormais parvenir à leurs fins à travers des syndicats minoritaires (et « compréhensifs ») vont perdre toute incitation à faire les concessions nécessaires pour obtenir l'accord des syndicats représentant la majorité des salariés. Ainsi, le patronat pourra, via le chantage à l'emploi, des pressions et menaces diverses, en jouant des disparités de situation entre les catégories de salariés, réduire les salaires, augmenter la durée du travail, disloquer progressivement tous les avantages sociaux. Certes, l'objectif doit être de parvenir à un dialogue social fructueux et confiant dans les entreprises, mais ces pratiques ne le favoriseront guère, au contraire.

Dans chaque entreprise, le patronat pourra essayer de faire passer son droit, avec ses règles en matière de temps de travail, de licenciements, de représentation des salariés, de remise en cause des salaires, etc. Les entreprises seront incitées à se concurrencer par le bas (en dégradant la situation des salariés), cela à l'intérieur même de chaque branche. Simplification, non, car, en cas de conflit, les tribunaux devront juger selon des accords spécifiques à chaque entreprise, dont ils devront évaluer la légalité.

La loi prétend faciliter la conclusion d'accords pour le maintien et le développement de

l'emploi. Alors que jusqu'ici, le refus d'un salarié d'accepter un abaissement unilatéral de son salaire ou une modification substantielle de son contrat de travail conduisait à un licenciement pour motif économique (donnant droit à des indemnités appréciables), l'existence d'un accord d'entreprise permettra désormais de licencier celui qui refuse les nouvelles clauses de l'accord, non plus au titre du licenciement économique mais pour « motif personnel », un motif de licenciement qui ne donne accès qu'à des droits minimum. En invoquant des « mutations technologiques » ou une « réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité », en jouant du chantage à l'emploi pour faire signer un accord d'entreprise moins favorable, l'entreprise pourra remettre en cause les contrats de travail. Ici encore, la loi ne protège plus!

Encadrer les pouvoirs du juge

L'encadrement du pouvoir du juge est un autre changement majeur apporté par le projet de loi. Conformément aux exigences du patronat, les indemnités qui pourront être accordées par les prud'hommes en cas de licenciements abusifs seront plafonnées. Jusqu'ici, le salarié était protégé : en cas de faute reconnue, le juge pouvait prononcer une indemnité compensant la totalité du préjudice subi. Le projet de loi inverse le rapport de force. C'est l'employeur désormais qui sera « sécurisé », même en cas de licenciement abusif. Une indemnité forfaitaire due par l'employeur en fonction de l'ancienneté du salarié a été fixée :

- ancienneté inférieure à 2 ans : 3 mois de salaire ;
- entre 2 et 5 ans : 6 mois de salaire ;
- entre 5 et 10 ans : 9 mois de salaire ;
- entre 10 et 20 ans : 12 mois de salaire ;
- d'au moins 20 ans : 15 mois de salaire.

Les plafonds retenus sont notoirement inférieurs aux niveaux habituellement reconnus aujourd'hui. Même la rupture conventionnelle qui était déjà un avantage accordé à l'employeur sera affectée, car celui-ci sera en position de force pour abaisser le niveau d'indemnisation au taux du barème des prud'hommes. Ceci encouragera les entreprises à pratiquer la « violation efficace » : il devient économiquement optimal de violer la loi, par exemple de licencier un syndicaliste sous prétexte de licenciement économique, puisque le coût de l'infraction est limité.

Enfin, la définition du licenciement économique est précisée dans l'article 30 bis. Il sera légitime suite à « la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires » si elle se produit pendant « plusieurs trimestres consécutifs », suite à des « pertes d'exploitation pendant plusieurs mois », suite à une « importante dégradation de la trésorerie », mais aussi suite à des « mutations technologiques » ou même une « réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ». Les difficultés économiques d'une entreprise appartenant à un groupe seront estimées sur une base nationale, de sorte qu'un groupe international prospère sera toujours légitime à licencier des salariés d'une entreprise française.

Ainsi, la réforme fait porter tout le risque économique aux salariés. Cela amène à se demander, dans ces conditions, ce qui justifie encore que les détenteurs du capital fassent des profits, puisque la justification usuelle du profit découle de la prise de risque de

l'entrepreneur. Ne faudrait-il pas maintenant donner une prime de risque aux salariés ?

On est ici à l'opposé des ingrédients du « miracle » de la bonne tenue de l'emploi en Allemagne pendant la récession de 2009-2010. Celui-ci ne s'explique pas par les lois Hartz qui ont précarisé un large volant d'emplois en favorisant le développement des mini-jobs dans les services. Il s'explique bien davantage par le fait que les entreprises du secteur industriel qui avaient vu se vider leurs carnets de commandes ont misé sur la flexibilité interne, en privilégiant la réduction du temps de travail et le recours massif au chômage partiel pour conserver leur main d'œuvre. Cela leur a permis d'être prêtes à répondre sans délai à la reprise des exportations. Et le chômage n'a pratiquement pas augmenté.

Selon les auteurs du texte, il s'agit d'éliminer toute incertitude pour l'employeur concernant le coût du licenciement. Cela devrait augmenter massivement l'emploi. Pourtant, les travaux empiriques ne plaident pas en faveur de telles mesures (voir la note d'Anne Eydoux et Anne Fretel : « Réformes du marché du travail : des réformes contre l'emploi »²). C'est ce que rappelle le Conseil d'analyse économique (CAE) dans une synthèse récente (avril 2015) des travaux théoriques et empiriques existants sur le sujet : « *il n'y a pas de corrélation démontrée entre le niveau de protection de l'emploi et le taux de chômage* »³..

Renforçons les droits des actifs au lieu de les diminuer

L'inspiration du projet de loi est purement néolibérale : il s'agit de détruire le modèle social sous prétexte d'améliorer le fonctionnement économique. Il s'inscrit dans la droite ligne de la voie suivie en France depuis trois décennies et qui n'a conduit qu'à la montée de la précarité, sans empêcher le gonflement des chiffres du chômage. Il repose sur le credo, sans fondement empirique, selon lequel l'affaiblissement du droit des salariés conduit mécaniquement à des hausses du nombre d'emplois. Il tourne le dos à l'intervention des salariés dans la gestion des entreprises, qui est pourtant un élément essentiel du « modèle allemand » tant vanté. Il part du postulat que la seule compétitivité qui vaille est la compétitivité-prix et que cette dernière ne peut être obtenue que par la flexibilité des salaires et des emplois. Il propose comme seul horizon économique la concurrence par le bas. Ce texte de loi cède à toutes les revendications du patronat en espérant qu'il aura la bonté d'investir en France, comme si le déterminant unique de l'investissement était le coût et la flexibilité du travail, comme si la qualité des infrastructures et l'état du carnet de commandes ne jouaient aucun rôle.

En créant une force incertitude sur la stabilité des emplois, en faisant pression sur le niveau des salaires, ce texte est de nature à aggraver encore le problème d'insuffisance de la demande, que la crise financière puis les politiques d'austérité ont creusé en France et en Europe.

Qu'il s'agisse de leurs droits individuels (tels que stipulés dans les contrats de travail) ou de leurs droits collectifs (tels que ceux des comités d'entreprise), les droits des salariés doivent aujourd'hui être améliorés. Des entreprises dynamiques, économes en ressources matérielles, innovantes et tournées vers une production d'utilité sociale ne sont guère envisageables si les salariés, individuellement comme collectivement, ne sont pas confortés dans leur place, si une

² Note pour les « Économistes atterrés », 30 janvier 2016.

³ CAE (2015), Protection de l'emploi, emploi et chômage », *Focus*, n°003.

réelle autonomie ne leur est pas donnée, et si leur initiative n'est pas véritablement libérée ni comptée comme un facteur de dynamisme. Le contrat à durée indéterminée à temps complet doit redevenir une norme partagée. C'est le symbole de l'investissement nécessaire des entreprises dans leurs salariés, comme des salariés dans leur entreprise. Il favorise l'inscription des salariés dans les collectifs de travail, et celle des collectifs dans la durée. Il contribue à soutenir la consommation et l'investissement. Les emplois doivent être sécurisés, en limitant l'usage des emplois atypiques à des situations exceptionnelles bien définies et collectivement négociées. Ce n'est pas avec des salariés précaires et jetables que les entreprises peuvent développer de bonnes pratiques et être compétitives. De même, il faudrait limiter très fortement le recours à la sous-traitance, qui fragmente le salariat et fait travailler certains salariés dans des conditions indignes en termes de statut, de carrière, d'horaires et parfois même de sécurité.

Les entreprises doivent avoir le souci de la promotion de l'ensemble de leurs salariés. Il leur revient en particulier de limiter les emplois pénibles et de mettre en place des évolutions de carrière assurant qu'un travailleur n'occupe de tels emplois que pendant un nombre limité d'années. La santé au travail, comme l'adaptation des salariés au changement technique, doivent devenir une préoccupation cruciale des entreprises. Les syndicats doivent imposer ces sujets dans les accords d'entreprise. Que les entreprises se préoccupent de maintenir et de développer les qualifications de leurs salariés, plutôt que de les exploiter au maximum, quitte à les envoyer au chômage quand ils deviennent moins efficaces, est un élément de la compétitivité globale de la nation.

Tous les actifs doivent être protégés par une véritable « sécurité professionnelle » qui assure que leurs droits sociaux soient maintenus quand ils changent d'entreprise ou quand ils connaissent une période de chômage.

L'érosion du salariat par l'*ubérisation* ou par le statut d'auto-entrepreneur conçu comme report des risques sur le prestataire de services, en lieu et place des garanties apportées par les conventions collectives, doit être combattue. Il convient d'intégrer ces nouvelles formes de travail dans les protections du droit du travail, de socialiser la protection de ces travailleurs qui sont en réalité de faux indépendants. Quant aux formes flexibles et intermittentes d'activité, comme elles existent déjà notamment dans le monde de la culture et du spectacle, elles doivent être mieux organisées socialement. Il faut, à travers les parcours individuels, sécuriser l'accès aux prestations sociales (maladie, retraite, chômage...) et pour cela définir des formes appropriées de cotisation et de fiscalisation des personnes et des institutions concernées.

Au lieu du catalogue de mesures nostalgiques d'un temps où le travail n'était pas ou peu protégé, une telle ambition aurait pu et dû constituer une dimension importante d'un code réformé pour faire face aux besoins d'aujourd'hui. En choisissant de se concentrer sur des attaques du droit existant, au lieu d'affronter les défis qui se posent aujourd'hui, le projet de loi révèle ce qu'il est : un ensemble de mesures régressives et passivistes.