

## ÉDITORIAL

*Ce rapport porte sur une question dont l'enjeu économique et social est évident, et il a l'avantage de combiner et d'intégrer les points de vue de l'économiste et du juriste.*

*Le droit social français, de nature très réglementaire, n'assure ni une très bonne protection des travailleurs ni une bonne efficacité économique.*

*Une refondation de ce droit social est à l'ordre du jour pour mieux concilier les objectifs de protection sociale et d'efficacité économique. Cette refondation passe par la réduction du droit réglementaire au profit du droit conventionnel et de la pratique des contrats. Mais plusieurs conditions doivent être satisfaites : renforcement de la légitimité des acteurs concernés, amélioration de la conduite de la négociation collective, meilleur traitement des litiges en donnant plus de place aux procédures de conciliation et de médiation, etc.*

*Innover sans affaiblir les droits, tel est l'esprit général de la démarche privilégiée dans ce rapport.*

**Christian de Boissieu**

**n° 1/2010**

JANVIER 2010

## Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique

Rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette

*Les mutations profondes de la vie économique dont celles induites par les progrès des technologies de l'information et de la communication appellent à des transformations importantes du droit social. Non seulement du droit du travail mais aussi de celui de la protection sociale. En effet, le droit social doit parvenir à concilier sa vocation protectrice et sa capacité à s'adapter aux mutations économiques et sociales. Il doit porter dans sa structure même cette capacité d'adaptation et d'anticipation. Même si notre pays s'inscrit dans une culture de Civil Law propice au développement d'un droit social plus réglementaire que conventionnel, les auteurs de ce rapport avancent qu'il est souhaitable de refonder le droit social par le développement du droit conventionnel et une contraction du volume du droit réglementaire. Cette refondation repose sur une idée forte : la capacité plus grande du contrat, notamment collectif, à concilier efficacité économique et protection sociale.*

*Dans cet esprit, Jacques Barthélémy et Gilbert Cette proposent de donner une place prépondérante au tissu conventionnel et traitent des conditions nécessaires pour aboutir à ce résultat. Tout d'abord, ils s'intéressent aux conditions permettant une réelle légitimité des acteurs et des règles de conduite de la négociation. Comment améliorer et développer le dialogue social ? Ensuite, ils préconisent une reconsidération des méthodes de traitements des litiges et du non-respect du droit social. En particulier celle du choix entre sanctions civiles, pénales ou administratives mais aussi le recours aux mesures incitatives et à la négociation collective. Il convient ainsi selon les auteurs d'améliorer l'efficacité de l'institution prud'homale, de créer les conditions d'un recours significatif à la médiation et de rendre possible l'arbitrage. Enfin ils abordent la flexicurité qui oblige à penser autrement la protection sociale, la déconnection des droits du salarié du contrat de travail incitant à la mutualisation.*

*Ce rapport a été discuté le 19 janvier 2010, en présence du ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville. Cette lettre, publiée sous la responsabilité de la cellule permanente, reprend les principales conclusions tirées par les auteurs.*

### La nécessité d'une refondation

Le droit social est en France d'essence essentiellement réglementaire (comparé à celui d'autres pays). Les effets d'un droit social trop réglementaire sont rappelés, notamment ceux des rigidités réglementaires sur le marché du travail. Les indicateurs mobilisés pour en rendre compte sont variés, mais leurs enseignements sont convergents. Les conséquences défavorables sur l'équilibre macroéconomique d'un droit social réglementaire important ont une double nature : ce dernier influence la productivité et l'équilibre sur le marché du travail, ces

deux types d'effets n'étant pas indépendants. Ainsi, un droit social trop réglementaire bride la réalisation des meilleurs compromis locaux, limite les gains de performances et abaisse le niveau de l'emploi. Les entrants, notamment les jeunes, en sont les premières victimes, par un accès plus difficile à l'emploi et une plus grande précarité.

Si la protection de l'emploi a des effets plutôt pénalisants en termes d'équilibre macroéconomique, elle pourrait cependant se justifier si elle avait un impact favorable sur le bien-être en réduisant le sentiment d'insécurité des travailleurs

concernant leur emploi. Or, les études disponibles recensées dans ce rapport aboutissent de façon robuste à l'enseignement opposé : le sentiment d'insécurité apparaît croissant avec l'intensité de la protection de l'emploi. L'explication de ce paradoxe est que la protection de l'emploi protège les personnes en emploi stable (les *insiders*) mais, en réduisant la fluidité du marché du travail et les transitions, rend plus difficile l'insertion ou le retour à l'emploi pour ceux qui l'ont perdu (les *outsiders*).

Simultanément, on constate en France une grande faiblesse de la syndicalisation et une mauvaise qualité du dialogue social. Plusieurs études en attestent. Le rejet relativement important de l'économie de marché y suggère l'attente d'une forte intervention de l'État.

*Le point de départ de ce rapport est donc de constater que la France se caractérise par une situation très contradictoire : un droit social très réglementaire et une faible syndicalisation s'y associent à un fort sentiment d'insécurité, à une mauvaise qualité des relations sociales et à un manque de confiance envers les institutions. Le poids du droit réglementaire en France est sans doute l'une des raisons significatives de la faible syndicalisation. Or, une forte syndicalisation est indispensable à la promotion des droits du travailleur et à l'élaboration d'un droit de nature plus conventionnelle. Ces contradictions ne peuvent être ignorées et les auteurs en tiennent compte dans leur projet de refondation du droit social.*

## L'architecture de la refondation

Ce constat étant réalisé, il paraît nécessaire de construire un droit social dans lequel le tissu conventionnel aurait une place prioritaire, le contrat pouvant s'adapter aux besoins locaux plus aisément que le règlement. Les auteurs com-

mencent par mettre en évidence les conditions nécessaires à une telle refondation :

- encourager la négociation collective ;
- conserver la fonction protectrice du droit du travail ;
- réduire la complexité du droit du travail ;
- réduire les sources d'inégalités que le droit social peut créer ;
- réduire les risques et les incertitudes de la judiciarisation.

Ces conditions doivent être remplies tout en évitant de mettre en place un arsenal dirigiste mais aussi d'avoir une trop grande confiance dans le contrat et en prenant en compte les contraintes juridiques.

Si plusieurs orientations apparaissent envisageables (libéralisation, simple encouragement au développement du droit conventionnel), une seule voie est réellement crédible aux yeux des auteurs : *la réduction du droit réglementaire PAR le développement du droit conventionnel*. Le processus se doit d'être simultané afin qu'à aucun moment, la protection des salariés ne soit affaiblie. L'incitation au développement du droit conventionnel résidera alors dans les rentes juridiques (et parfois financières) concédées aux acteurs du droit conventionnel.

C'est donc cette dernière voie qui est proposée dans ce rapport. L'ambition est de définir le cadre d'un droit social protégeant autant sinon mieux les salariés et économiquement plus efficace. Deux principes essentiels sont retenus pour cette refondation et pour régir le développement du droit conventionnel :

- le contrat collectif ne peut déroger à l'ordre public au sens civiliste du terme ;
- mais il peut « déroger » à toute autre disposition du code du travail.

Cette voie commence à être explorée depuis quelques années.

## L'élaboration du droit conventionnel : acteurs et modalités

La stratégie préconisée de refondation du droit social en France par le développement du droit conventionnel et la contraction simultanée du droit réglementaire nécessite des partenaires sociaux représentatifs et légitimes, ce qui n'est possible qu'avec un taux élevé de syndicalisation.

Une stratégie parfois évoquée pour développer la syndicalisation est de favoriser un syndicalisme de services, autrement dit de clients, comme dans les pays scandinaves. Les auteurs considèrent que cette voie pourrait se heurter au principe d'égalité de droits entre travailleurs. Ils privilégient plusieurs autres stratégies :

- instaurer le chèque syndical ;
- favoriser la prise de conscience de l'intérêt de l'adhésion à un syndicat ;
- accroître les moyens d'expression et de communication des organisations syndicales.

Un droit social plus contractuel nécessite aussi l'optimisation de la qualité du dialogue social qui appelle une meilleure articulation de la concertation et de la négociation. Cela conduit à proposer une transformation du droit des institutions représentatives du personnel, mais aussi à structurer la commission paritaire de négociation (dans la branche). Enfin et pour que le contrat puisse réellement et seul faire la loi des parties, condition de son autonomie, il est nécessaire d'élaborer des règles de conduite de la négociation et de les rendre substantielles.

Ces propositions visent aussi dans l'esprit des auteurs à dépasser le nouvel ordonnance-ment des rapports entre accord collectif et loi d'un côté, entre accords de rangs différents d'un autre côté. La qualification de quasi-règlement s'impose pour l'Accord national interprofessionnel (ANI). L'autonomie du contrat collectif nécessite que

l'on différencie la nature juridique de la convention de branche et celle de l'accord d'entreprise car, à défaut, on risque une insécurité juridique. En outre, grâce à une nature contractuelle pure, l'accord d'entreprise peut devenir un outil de gestion, facilitant alors la prise en compte de l'intérêt des salariés dans l'élaboration des stratégies et l'optimisation de la conciliation entre cet intérêt particulier et l'intérêt général de l'entreprise. De ce fait, l'idée d'incorporation de l'accord collectif d'entreprise dans le contrat de travail mériterait attention.

Au total, les propositions développées par les auteurs s'inscrivent dans le prolongement des modifications introduites par les lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008, dont il n'est pas inutile de rappeler qu'elles ont été respectivement précédées de la « déclaration commune » de juillet 2001 et de la « position commune » du 9 avril 2008. L'autonomie de l'accord collectif favorise cette conciliation par l'adaptation des normes qu'elle autorise.

## Vers un meilleur traitement des litiges

La refondation basée sur plus de contrats et moins de règlements impose que soient révisés tous les instruments de sanction du non-respect du Code du travail et de la résolution des conflits, qu'ils soient individuels ou collectifs. C'est pourquoi les auteurs consacrent une partie de leur rapport au rôle de l'Inspection du travail et à l'aménagement du droit du contentieux. Ils s'intéressent ainsi à l'institution prud'homale qui présente, malgré les vertus du paritarisme, de sérieuses faiblesses. Le rapport fournit des données détaillées de l'activité des Prud'hommes. Rien que sur les délais de traitement des contentieux, le constat est négatif. En moyenne, les décisions du Conseil des prud'hommes sont rendues plus de 15 mois après sa sai-

sine. Et en cas d'appel ou de pourvoi, la durée moyenne de la procédure contentieuse depuis la saisine du Conseil des prud'hommes va respectivement de plus de 30 à plus de 50 mois. Or, plus de la moitié des jugements des Prud'hommes aboutissent à une procédure d'appel. Ce constat justifie des solutions alternatives permettant de raccourcir les procédures.

L'une des raisons de l'engorgement des Prud'hommes est le faible taux de réussite des conciliations. Il n'est pas une fatalité, comme en témoigne l'exemple du Royaume-Uni où les contentieux se règlent plus fréquemment en conciliation. Les raisons de ce faible taux sont analysées dans le rapport ; les conditions permettant de rendre la conciliation plus efficace y sont étudiées.

Remédier à une judiciarisation excessive dans le domaine des rapports de travail et accroître la sécurité juridique en matière de droit social constituent une exigence majeure ; en dépend le dynamisme des dirigeants d'entreprise, donc leur propension à embaucher. Dans cet esprit, les auteurs proposent d'explorer la voie du contrat collectif pour ouvrir la possibilité à des solutions alternatives. Celui-ci pourrait alors définir les procédures et le champ précis des modes alternatifs de règlement des conflits. À cet égard, il convient de distinguer litiges individuels et litiges collectifs. S'agissant des litiges individuels, ou s'exerce actuellement le monopole du Conseil des prud'hommes, la rupture conventionnelle, permise par la loi du 25 janvier 2008, est une avancée. La médiation est une autre voie possible et des alternatives aux Prud'hommes peuvent être envisagées comme l'arbitrage, sous certaines conditions précisées dans le rapport. S'agissant des conflits collectifs, il convient d'affiner l'ingénierie juridique des procédures de conciliation, d'arbitrage et même d'interpréta-

tion des textes conventionnels, de sorte qu'elles soient utilisées et efficaces (ce qui n'est généralement pas le cas).

### **Flexicurité et protection sociale conventionnelle**

La dernière partie du rapport traite du besoin de flexicurité et de ses implications. Il apparaît nécessaire aux auteurs que la faculté de licencier s'accompagne du déploiement d'instruments permettant de retrouver rapidement un nouvel emploi, dans des conditions permettant de ne pas perdre les droits liés à l'ancienneté acquise dans l'entreprise. En d'autres termes, les auteurs plaident pour une sécurisation des parcours professionnels. L'arsenal de formation peut contribuer à la réalisation d'un tel objectif, à condition toutefois que soit promu – aux côtés du plan de formation décidé par l'employeur dans la perspective d'un investissement immatériel pour l'entreprise – un compte épargne formation à l'initiative du salarié. La portabilité des droits au titre du droit individuel à la formation (DIF) va évidemment dans ce sens mais il faut être plus ambitieux.

Le profilage des indemnités de licenciements de façon à inciter à la stabilité de l'emploi est une possibilité évoquée par le rapport. Dans le même esprit, prendre en compte l'ancienneté dans la profession et pas seulement dans l'entreprise pour l'évaluation de l'indemnité de fin de carrière ne peut que rendre moins pénible le changement subi d'employeur mais aussi favoriser le changement choisi, en particulier dans la perspective d'une promotion, et même d'une modification du statut social.

Au final, ceci ne peut qu'inciter à recourir à la mutualisation. Au demeurant, celle-ci peut contribuer à résoudre la délicate question des effets négatifs sur le passif social de l'entreprise du recul de l'âge de mise à la retraite,

qui constitue un avantage pour le travailleur puisqu'il décide seul du moment où il cesse son activité. Elle peut aussi être une solution pour résoudre nombre d'autres problèmes, tels la lutte contre la précarité induite des effets du recours à certains types de contrats de travail. Cela nécessite que les acteurs sociaux s'approprient de nouveaux champs pour les garanties sociales.

### **Préconisations**

Au total, ce rapport préconise un droit social nouveau, plus contractuel et moins réglementaire. Le droit réglementaire continuerait de s'exercer pleinement dans les domaines qui ressortent de l'ordre public au sens civiliste du terme et, pour les autres domaines, en cas de carence de tissu conventionnel.

Cette démarche appelle tout d'abord à donner sa pleine puissance à la loi du 31 janvier 2007<sup>(1)</sup>. La réforme du droit social par la mise en œuvre des propositions présentes dans ce rapport passe ainsi par la concertation entre acteurs sociaux et, s'ils le jugent utile, par des accords collectifs nationaux interprofessionnels. Il s'agit ensuite de décliner le principe de primauté du contractuel sur le réglementaire dans tous les domaines qui ne ressortent pas

(1) L'article 1 y indique ainsi : « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.

À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation ».

de l'ordre public, y compris ceux liés à la résolution des litiges individuels et collectifs.

Les propositions du rapport sont regroupées par sous-ensembles, chacun d'eux pouvant faire l'objet spécifique d'une négociation entre partenaires sociaux au niveau national.

Tout d'abord les auteurs avancent un ensemble de préconisations permettant d'*améliorer et de développer le dialogue social* :

- l'élaboration d'une charte du dialogue social ;
- la mise en place du chèque syndical afin d'élever le taux de syndicalisation ;
- la réduction du nombre des conventions de branche ;
- la généralisation de la délégitimation unique du personnel (DUP) ;
- définir la notion de position commune et lui conférer une nature juridique propre ;
- la modification de la composition et du mode d'élection du comité d'entreprise (CE) ;
- la facilitation du transfert du pouvoir de négociation sur la DUP, voire le CE et l'organisation du recours au référendum dans les très petites entreprises (TPE) sont autant de propositions concrètes avancées par les auteurs.

Ensuite, afin d'*élargir le champ d'exercice du droit contractuel*, le rapport avance un ensemble de propositions comme la redéfinition de l'ordre public social sur le fondement des principes civilistes et poser en principe que la dérogation à la loi par accord collectif est la règle, sous réserve du respect de l'ordre public social ainsi redéfini. Sur le fondement du principe d'autonomie, il est suggéré de restructurer la hiérarchie des conventions en tenant compte de la qualification de loi professionnelle de celle de branche et de contrat pur de l'accord d'entreprise.

Afin de rendre plus efficace le traitement des conflits et du non-respect du droit social

## Les Rapports du Conseil d'Analyse Économique

- 70. Perspectives agricoles en France et en Europe
- 71. Mondialisation : les atouts de la France
- 72. Les leviers de la croissance française
- 73. Mesurer le pouvoir d'achat
- 74. Gaz et électricité : un défi pour l'Europe et pour la France
- 75. Private equity et capitalisme français
- 76. La mondialisation immatérielle
- 77. Innovation et compétitivité des régions
- 78. La crise des subprimes
- 79. Salaire minimum et bas revenus
- 80. Politique de change de l'euro
- 81. Performances à l'exportation de la France et de l'Allemagne
- 82. Loger les classes moyennes
- 83. Le financement des PME
- 84. Immigration, qualifications et marché du travail
- 85. Le partage des fruits de la croissance en France
- 86. Épargner à long terme et maîtriser les risques financiers
- 87. Politique climatique : une nouvelle architecture internationale
- 88. Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique (à paraître)

Ces rapports sont disponibles à La Documentation française  
29 quai Voltaire  
75344 PARIS Cedex 07  
Téléphone : 01 40 15 70 00  
Télécopie : 01 40 15 72 30  
et sur : www.cae.gouv.fr

La  
documentation  
Française



il est proposé de réduire le champ des sanctions pénales et d'accroître celui des sanctions administratives, et de réexaminer les motifs conduisant à la qualification de cause économique aux licenciements :

- l'amélioration de l'efficacité de l'institution prud'homale nécessite que la comparution personnelle des parties (en conciliation) soit rendue substantielle ;
- l'impossibilité pour les conciliateurs d'être dans le colège des quatre juges ;
- la création des conditions d'un recours significatif à la médiation ;
- l'organisation, par convention de branche, de la possibilité d'un recours à l'arbitrage pour les litiges individuels et aussi la structuration des procédures conventionnelles de branche pour résoudre les conflits collectifs, en particulier l'arbitrage en ayant recours à la technique de l'échevinage.

Enfin, afin d'assurer la *sécurisation des parcours professionnels*, le rapport préconise :

- de profiler les indemnités de licenciements minimales ou contractuelles de façon à inciter à la stabilité de l'emploi ;
- d'instaurer une contribution de solidarité payée au moment des licenciements visant à contribuer au financement du coût des prestations chômage et à financer les reclassements des salariés s'ils sont externalisés ;
- de désinciter le recours abusif à l'emploi précaire (intérim et CDD), par l'instauration d'une contribution de solidarité spécifique majorée quand le recours à l'emploi précaire n'est pas encadré par un accord collectif, ou par une dégressivité sur le taux de cotisations chômage employeurs ;
- de définir les conditions d'une externalisation des reclassements et des plans de sauvegarde de l'emploi et de

construire les instruments d'une sécurité sociale de nature conventionnelle pour favoriser la flexicurité.

La réduction du nombre de seuils en distinguant ceux relatifs aux institutions représentatives du personnel et ceux qui ont un impact sur le niveau des charges est aussi préconisée.

### Commentaires

Dans son commentaire, **Jean-Paul Fitoussi** note que beaucoup de ces propositions de feront aisément consensus. Il axe sa discussion sur trois points.

Tout d'abord, il lui semble que le fait que la France soit bien classée dans les comparaisons internationales fondées sur les seuls résultats macroéconomiques, ainsi que dans d'autres classements que ceux utilisés par les auteurs, reflétant la cohésion sociale ou bien la rigidité du marché du travail, permet de douter du constat initial sur lequel se fonde le rapport pour proposer une réforme du droit social. Il lui apparaît ainsi regrettable que la justification de réformes, par ailleurs fondées et raisonnables, repose sur des travaux qu'il considère comme approximatifs.

Ensuite, Jean-Paul Fitoussi indique que si l'on peut facilement adhérer à l'idée que, sous la supervision et le contrôle de l'État, les partenaires sociaux sont à même de trouver les bons compromis en matière de règles d'emploi, de salaires ou de règlement des conflits, ceci ne conduit pas à rejeter toutes les interventions publiques étatiques directes. Aussi une véritable réflexion sur une organisation tripartite des négociations sociales lui paraît importante et manquer dans le rapport.

Enfin, Jean-Paul Fitoussi insiste sur la nécessité de ne pas perdre de vue la cohérence du modèle social qui est une condition nécessaire à son effica-

cité<sup>(2)</sup>. Il faut ainsi, selon lui, élargir, plus que ne le font les auteurs du rapport, le débat à l'ensemble du système économique, social et politique.

De son côté, **Pierre Cahuc** considère ce rapport comme le bienvenu. Il note néanmoins qu'il n'est pas certain qu'un renforcement du droit conventionnel soit souhaitable s'il est produit par des partenaires sociaux qui ne sont pas incités à représenter les intérêts d'une grande partie de leurs adhérents potentiels. Le rapport aborde, selon lui, trop rapidement cette question sans proposer une solution claire. Il le regrette, car c'est un préalable nécessaire au développement d'un droit conventionnel de qualité. De plus, Pierre Cahuc note que les objectifs assignés par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette au développement du droit conventionnel sont très ambitieux. Il lui apparaît douteux que tous ces objectifs puissent être atteints simultanément au risque d'aboutir à un droit plus complexe. Avantages et inconvénients du droit conventionnels mériteraient d'être plus amplement abordés dans le rapport. Au final, à ses yeux, le rapport contient des réflexions précieuses pour penser une refondation de la production du droit social en France. Il propose une technique juridique pour produire des normes conventionnelles, dont les conséquences sur les inégalités, la simplification et la sécurisation juridique mériteraient d'être examinées plus précisément. ■

(2) Voir à ce sujet Jean-Paul Fitoussi, Olivier Passet et Jacques Freyssinet (2000) : *Réduction du chômage : les réussites en Europe*, Rapport du CAE, n° 23, la Documentation française.