

Mesure 1. LA RÉFORME DU MARCHÉ DU TRAVAIL

Léo Aparisi de Lannoy, Paul Bauchet, Bruno Ducoudré, Yassine Kabbadj, Mathieu Plane et Christine Riffart

Le programme d'Emmanuel Macron prévoit une vaste réforme du marché du travail. Celle-ci vise à donner plus de flexibilité aux entreprises *via* une modification du droit du travail et à transformer les protections accordées aux travailleurs, sur le modèle de la flexicurité. Sa partie « flexibilité » sera adoptée par ordonnances. Il s'agit de « faire converger performance sociale et performance économique, en faisant évoluer (...) notre droit du travail pour prendre en compte la diversité des attentes des salariés et des besoins des entreprises ». Le projet de loi pour réformer par ordonnances le Code du travail a donc été présenté le 28 juin dernier en Conseil des Ministres et une concertation avec les organisations syndicales et patronales a été engagée. Le projet de loi d'habilitation sera examiné au Parlement du 24 au 28 juillet prochain, et les ordonnances elles-mêmes seront adoptées en conseil des ministres d'ici le 20 septembre, puis devront être ratifiées par le Parlement en l'état dans les délais impartis sous peine de devenir caduques. Le contenu définitif des ordonnances ne sera connu qu'après la fin de la concertation avec les partenaires sociaux. Quant à la partie « sécurité » du programme, elle sera développée notamment grâce au Plan d'investissement, à la réforme de la formation professionnelle, et à celles de l'apprentissage et de l'assurance chômage.

Le projet de loi d'habilitation repose sur trois piliers¹ :

1. Définition d'une nouvelle articulation de l'accord d'entreprise et de l'accord de branche ; élargissement du champ de la négociation collective de façon sécurisée ;
2. Simplification et renforcement du dialogue économique et social et de ses acteurs, notamment *via* la refonte du paysage des institutions représentatives du personnel ;
3. Sécurisation des règles régissant la relation de travail pour l'employeur comme pour les salariés.

Dans cette fiche, nous nous intéressons plus particulièrement à quatre mesures centrales du projet de loi d'habilitation : la fusion des instances représentatives du personnel (IRP), l'inversion de la hiérarchie des normes, le plafonnement des dommages et intérêts en cas de licenciement abusif et la représentation des salariés dans les conseils d'administration.

L'inversion de la hiérarchie des normes

Ce qui est souvent désigné par « Inversion de la hiérarchie des normes » fait référence à l'articulation des accords d'entreprise avec les accords de branche et le code du travail en vue de flexibiliser le marché du travail. Cette flexibilisation serait induite par la prévalence des accords d'entreprises sur les accords de branche dans certains domaines de la négociation collective. Les sources du droit du travail sont ordonnées de façon verticale afin que chaque échelon ne puisse être « moins-disant » que l'échelon supérieur lorsqu'il s'agit de définir les conditions de travail (« principe de faveur »).

Concernant le projet d'habilitation, et suivant les annonces du gouvernement, les domaines de négociation collective devraient s'articuler en trois blocs :

Bloc 1 : Les accords de branche priment en toute circonstance sur les accords d'entreprise pour les domaines suivants : minimas conventionnels, classifications, mutualisation

1.

Le projet de loi précise le contenu des huit articles qu'il contient. Les articles 1er à 3 prévoient les ordonnances qui régiront respectivement les dispositions des trois piliers. L'article 4 porte sur des dispositions complémentaires à prendre par voie d'ordonnance en vue de favoriser le développement de la négociation collective et de sécuriser les accords collectifs. Les articles 5 à 7 prévoient les ordonnances contenant diverses mesures de nature à renforcer la lisibilité, l'intelligibilité et l'effectivité de la loi. L'article 8 fixe le délai de dépôt du projet de loi de ratification des ordonnances précitées.

des financements paritaires, gestion du temps et contrat de travail (dont la durée minimale du temps partiel et le complément d'heures, la régulation des CDD/CTT, les conditions de recours au CDI de chantier), égalité professionnelle Homme-Femme.

Bloc 2 : Les branches auraient la possibilité d'instaurer une clause de verrouillage pour les domaines suivants : « pénibilité et préventions des risques professionnels, handicap, condition et moyens d'exercice d'un mandat syndical ».

Bloc 3 : Les accords d'entreprise priment en toute circonstance sur les accords de branche (hors Bloc 1 et Bloc 2).

Les accords d'entreprises, selon la Ministre du travail, seraient compétents sur tout le reste des thèmes non mentionnés dans les deux blocs précédents. L'incertitude entourant la réforme réside dans le bloc 3 car le détail des thèmes pouvant faire l'objet des négociations d'entreprise n'est pas connu et peut évoluer au fil de la concertation avec les partenaires sociaux (en creux il pourrait par exemple porter sur les salaires, l'octroi des primes d'ancienneté, le maintien de l'intégralité du salaire pour les arrêts maladie, les indemnités conventionnelles de départ en retraite ou de licenciement la période d'essai, le préavis...). Dès lors, il est difficile de prévoir comment les accords d'entreprise devront se conformer aux normes fixées par le code du travail. De même que de nombreux thèmes peuvent être concernés par les accords d'entreprise (motifs de licenciement, majorations d'heures supplémentaires etc.), il n'est pas possible d'évaluer l'ampleur de la réforme sans connaître le cadre fixé au niveau du code du travail concernant chacun de ces domaines.

L'inversion de la hiérarchie des normes soulève la question de l'organisation de la concurrence au sein des branches. Elle peut ainsi théoriquement aboutir à une dégradation des conditions de travail de l'ensemble d'une filière dès lors que les accords « moins-disant » feraient tâche d'huile entre les entreprises. Cette réforme pose aussi la question de la capacité des entreprises à obtenir des accords. Cette capacité pourrait être facilitée par la fusion des instances représentatives du personnel (IRP) et l'affaiblissement des syndicats, mais elle pourrait aussi se traduire par une dégradation du climat social au sein des entreprises. Cela pourrait être le cas, par exemple, si la négociation s'opère de manière trop déséquilibrée (forte asymétrie d'information, pression aux licenciements, organisation de référendum d'entreprise aboutissant à la démobilisation du personnel) et cela pourrait s'avérer préjudiciable à la productivité des salariés.

La fusion des instances représentatives du personnel (IRP)

Il s'agit de créer « une instance unique de représentation reprenant l'ensemble des attributions des comités d'entreprises, délégués du personnel et CHSCT (...) dans toutes les entreprises et tous les groupes sans limitation de plafond, sauf accord d'entreprise visant à maintenir les instances existantes ou à en créer de nouvelles ». L'objectif affiché de la mesure est la simplification des instances de représentation du personnel pour un dialogue social plus efficace.

La fusion des instances pourrait intervenir sur décision unilatérale de l'employeur sauf accord contraire au sein de l'entreprise. Les attributions et le fonctionnement de cette instance unique, la DUP, ne sont pas encore connus : délais d'information-consultation, moyens, nombre maximal de mandats électifs successifs (autrement dit une durée limitée d'exercice d'une représentation par un élu du personnel) ainsi que les conditions et modalités de recours à une expertise. De plus, les instances pourraient désormais se voir confier la possibilité de négocier des accords d'entreprise, une tâche jusqu'alors dédiée aux délégués syndicaux, et sur des champs potentiellement plus vastes compte tenu de l'inversion de la hiérarchie des normes prévue également dans le projet de loi.

La DUP existe déjà sous la forme d'un regroupement des IRP suite à deux lois (1993 et 2015). La DUP peut en théorie apporter plusieurs avantages à l'entreprise : baisse des coûts de délégation et de négociation ; meilleure centralisation de l'information pour les représentants du personnel, simplification des négociations. Elle ne garantit cependant pas une amélioration du dialogue social au sein des entreprises, et pourrait déboucher sur une perte de compétences et du rôle de prévention des risques du CHSCT. Par ailleurs, si la fusion donnait la possibilité à la DUP de signer des accords d'entreprise, cela se traduirait par un affaiblissement des syndicats, qui en ont aujourd'hui le monopole. Enfin, malgré la possibilité de rapprochement des instances, peu d'entreprises ont franchi le pas. D'après l'enquête Réponse de 2011, seul 27 % des entreprises de taille comprise entre 50 et 99 salariés ont une délégation unique du personnel et 31 % pour celles de taille comprise entre 100 et 199 employés.

Le plafonnement des indemnités prud'homales

Le conseil des prud'hommes est une juridiction paritaire et élective chargée des litiges entre employeurs et salariés de droit privé concernant l'exécution ou la rupture du contrat de travail. Le niveau moyen des indemnités prud'homales pour des licenciements sans cause réelle et sérieuse s'établissait à 10 mois de salaire brut en 2014², soit 24 000 €, les montants alloués présentant une grande variabilité (2 500 € à 310 000 €). Toutefois, d'après Kirat (2016), on n'observe pas en moyenne de différence significative entre les cadres et les autres salariés en termes d'équivalents en mois de salaire des indemnités prud'homales (environ 6 mois de salaire). Mais elles varient fortement selon la taille de l'entreprise et peuvent aller de 5,1 mois de salaire en moyenne pour les PME à 8 mois pour les groupes.

Afin de réduire l'ampleur de l'incertitude judiciaire, le projet de loi d'habilitation propose « la barémisation des dommages et intérêts, notamment en fonction de l'ancienneté » en vue de permettre « une plus grande équité » et de redonner « confiance aux employeurs et aux investisseurs, notamment dans les TPE et PME », en diagnostiquant une « crainte dans l'embauche ». Si les dommages et intérêts concernent uniquement les licenciements sans cause réelle et sérieuse, les « licenciements entachés par une faute de l'employeur d'une particulière gravité » seront exclus de la barémisation. Un plancher légal fixé à 6 mois de salaire existe déjà pour les salariés ayant 2 ans d'ancienneté dans les entreprises de plus de 11 salariés. Le volet principal de la réforme porte donc sur la mise en place d'un plafonnement des dommages et intérêts à l'instar de 12 autres pays de l'Union européenne tels l'Allemagne, l'Espagne ou bien encore le Danemark, avec des plafonds compris entre 2 et 24 mois de salaire.

Dans la littérature économique, de nombreuses études empiriques remettent en question l'effet des modifications législatives sur le recours aux prud'hommes et sur l'emploi. L'évolution du nombre de recours aux prud'hommes entre 1970 et 2012 suit, et non précède, les augmentations ou les baisses du taux de chômage sur la même période, ce qui suggère une causalité positive allant du taux de chômage vers le recours aux prud'hommes plutôt que l'inverse (Schulze-Marmeling, 2014). Néanmoins, la présence d'instances représentatives du personnel, d'un taux de syndicalisation élevé, ou d'un taux de couverture par les conventions collectives important diminue significativement les recours aux prud'hommes, ce qui confirme la conception du recours aux prud'hommes comme un échec de la médiation entre partenaires sociaux.

2.

Étude du ministère de la Justice fondée sur 401 arrêts de chambres sociales de cours d'appel rendus en octobre 2014.

Kirat T., 2016, « Les indemnités prud'homales en pratique : étude de 83 jugements de conseils de prud'hommes », *The Conversation*, 27 avril,

Schulze-Marmeling S., 2014, « Les conseils de prud'hommes : un frein à l'embauche ? », *CEE*, numéro 111.

Le caractère déterminant des caractéristiques du marché du travail sur l'activité prud'homale est confirmé par des analyses économétriques portant sur d'autres pays européens. Ainsi, une étude³ sur 11 Länder allemands et 17 régions autonomes espagnoles jusqu'en 2006 souligne l'influence majeure des taux de chômage et de vacances d'emploi sur le recours aux prud'hommes. *A contrario*, les changements législatifs, aussi bien en faveur des employés que des employeurs, ont des effets souvent négligeables. De même, une évaluation⁴ des réformes du marché du travail espagnol engagées en 2010 et 2012 et ayant notamment eu pour volonté de diminuer les indemnités pour licenciement injustifié, ont mis en évidence des effets négligeables sur la proportion de licenciements jugés justifiés après la prise en compte des conditions locales du marché du travail. Ainsi les effets sur la réduction des coûts du travail sont ici minimaux ainsi que l'impact sur les CDI protégés par les prud'hommes. L'effet sur la dualité du marché du travail est par conséquent faible. Cependant, on constate qu'une diminution marquée de l'écart d'indemnisation entre licenciements justifiés et injustifiés dans les pays de l'OCDE peut causer paradoxalement une augmentation des coûts moyens de licenciement en augmentant le taux de victoire judiciaire des employés⁵. En effet, un employé aurait *a priori* moins d'incitations à contester un licenciement injustifié, tandis que symétriquement un employeur pourrait d'autant plus prendre le risque d'un licenciement injustifié. Les tribunaux seraient donc plus à même de douter de la sincérité de l'employeur que celle de l'employé. Enfin, un examen⁶ d'une réforme italienne de 1990 ayant augmenté les coûts de licenciement injustifié uniquement pour les entreprises de moins de 15 salariés montre un impact négligeable sur le niveau d'emploi total. Cependant, on constate une diminution des flux d'entrée et de sortie de l'emploi par rapport aux firmes plus grandes ainsi qu'une diminution des profits, avec un impact accru pour les secteurs les plus volatils.

La représentation des salariés dans les conseils d'administration

Inscrite à l'article 2 du projet de loi d'habilitation, la proposition visant à une meilleure représentation des salariés au sein des conseils d'administration⁷ vise à réformer la gouvernance d'entreprise par un meilleur dialogue social et une plus forte implication des salariés dans l'exercice des responsabilités. En France, très inspirée du modèle anglo-saxon, les conseils d'administration sont principalement constitués d'actionnaires de l'entreprise et d'administrateurs indépendants. En diversifiant la représentation au sein du conseil, l'exécutif entend donc renforcer le point de vue des salariés quant à la stratégie de l'entreprise.

La représentation des salariés dans les conseils d'administration n'est pourtant pas nouvelle. Depuis la loi de 2013, elle est devenue obligatoire, avec voix délibérative pour chaque membre, dans les sociétés qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs,

- au moins 5 000 salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français,
- ou au moins 10 000 salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger,
- et qui ont pour obligation de mettre en place un comité d'entreprise.

Le nombre d'administrateurs salariés est au moins égal à 2 dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs est supérieur à 12 et au moins à 1 s'il est égal ou inférieur à 12.

Mais compte tenu du niveau élevé des effectifs et de l'obligation de disposer d'un comité d'entreprise, seules les plus grandes entreprises étaient concernées par la loi de

3.

Frick B., Malo M.A., García-Martínez P., Schneider M., 2012, « The Demand for Individual Grievance Procedures in Germany and Spain: Labour Law Changes versus Business Cycle », *Estudios de economía aplicada*, 30(1), p. 283-310.

4.

Jimeno, J.F., Martínez-Matute, M. & Mora-Sanguinetti, J.S., 2015, « Employment protection legislation and labor court activity in Spain », *Working Paper 1507*, Bank of Spain.

5.

Galdón-Sánchez, J.E., Güell, M., 2000, « Let's go to court! Firing costs and dismissal conflicts », *Princeton University-IR Section Working Paper No. 444*.

6.

Kugler, A.D. and Pica, G., 2008, « Effects of employment protection on worker and job flows: evidence from the 1990 Italian reform », *Labour Economics*, 15(1) : 78-95.

7.

Le conseil d'administration est un organe collégial chargé de l'orientation stratégique de la société et de sa mise en œuvre. Les principaux pouvoirs qui lui sont attribués sont les suivants : Établissement des comptes sociaux et du rapport de gestion, convocation des assemblées générales, nomination et révocation du président, du directeur général (ainsi que des éventuels directeurs généraux délégués), autorisation des conventions passées entre la SA et l'un de ses actionnaires ou dirigeants possédant plus de 10 % du capital.

2013. C'est pourquoi dans la Loi du 17 août 2015 relative à l'emploi et au dialogue social (dite loi Rebsamen), les seuils d'éligibilité des entreprises sont abaissés respectivement d'au moins 5 000 à plus de 1 000 salariés permanents et d'au moins 10 000 à plus de 5 000 salariés, et la référence à l'obligation d'avoir un comité d'entreprise est levée.

À l'étranger, la participation de représentants salariés dans les CA d'entreprises privées est déjà pratiquée dans 12 pays européens (Allemagne, Pays-Bas, Danemark, Suède, Finlande, Luxembourg, Autriche, République tchèque, Slovaquie, Hongrie, Slovénie). La Suède est le pays où le seuil d'éligibilité est le plus bas (25 salariés). L'Allemagne est le pays où la part des administrateurs salariés au conseil est le plus élevé (50 %). Dans d'autres pays (Espagne, Portugal), la participation se limite aux entreprises publiques ou bien n'est pas prévue. Les marges de manœuvre existent donc pour se rapprocher de nos partenaires européens.

Nous disposons pour le moment de peu d'informations sur la réforme proposée mais il est peu probable que le modèle français bascule d'un système de représentation largement inspiré du modèle anglo-saxon, et qui conduit à une gestion actionnariale de l'entreprise vers un modèle de cogestion à l'allemande. Le gouvernement Macron peut jouer sur les deux critères : les seuils d'éligibilité pour faire rentrer davantage d'entreprises dans la loi et augmenter le nombre de représentants salariés pour diversifier davantage les conseils.

Un recensement des travaux économétriques conduit par Aline Conchon⁸ montre qu'un tiers de ces travaux mettent à jour une corrélation positive entre la représentation des salariés au conseil d'administration et la performance de l'entreprise, un tiers une corrélation négative et un dernier tiers une absence de corrélation ou une corrélation complexe à établir (positive sur certains indicateurs de « performance » et négative sur d'autres). D'autres travaux⁹ montrent que la présence d'administrateurs salariés (non actionnaires mais syndicalistes) au Conseil d'administration est positivement associée à la performance de l'entreprise, à la différence des administrateurs indépendants. Salima Benhamou¹⁰ fait état d'un lien de causalité entre la présence d'administrateurs salariés et la performance de l'entreprise, en particulier grâce à la connaissance qu'ont ceux-ci des rouages de l'entreprise. Sigurt Vitols¹¹ fait une évaluation macroéconomique à partir d'un « european participation index » et trouve que les pays qui ont l'index le plus élevé (soit ceux où les droits à la représentation du personnel dans l'entreprise sont les plus étendus) sont aussi ceux qui obtiennent les meilleures performances vis-à-vis des objectifs de la stratégie UE 2020 (taux d'emploi, revenu par habitant, etc) ■

8.

Cf. Gauron A. et V. Charlet, Réussir la mise en place des administrateurs salariés, *La Fabrique de l'industrie*, 2014.

9.

Cf. Hollandts, X., Guedri, Z., & Aubert, N., 2009, Représentation du travail au conseil d'administration et performance de l'entreprise: une étude empirique sur le SBF 250 (2000-2005).

10.

Cf. S. Benhamou, 2010, « Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés, Centre d'analyse stratégique, *La Documentation française*.

11.

Cf. Vitols, S., 2010, *The European Participation Index (EPI): A tool for cross-national quantitative comparison*, Bruxelles: European Trade Union Institute, 1-15.