

Améliorer le fonctionnement du marché du travail par une refondation du droit social : Quelles priorités ? ^{1,2}

Jacques BARTHELEMY et Gilbert CETTE ³
Version du 21 novembre 2013

Le droit social français se caractérise par un haut niveau de rigidités préjudiciable à la performance macroéconomique du pays. Pour impérieux qu'il soit, le nécessaire assouplissement de la réglementation ne peut s'opérer au détriment du rôle protecteur du droit social. Plutôt que pour une réduction du champ dévolu au droit réglementaire, il convient de plaider pour une substitution progressive du droit conventionnel dérogatoire à celui-ci. Il s'agit de choisir entre une stratégie de refus des compromis, qui condamnerait notre pays à la paupérisation et de nombreux salariés au chômage, et une stratégie, illustrée par l'ANI du 11 janvier 2013, de recherche continue de nouveaux équilibres renforçant à la fois la protection des travailleurs et l'efficacité économique par un rôle accru des partenaires sociaux. Dans le cadre de cette stratégie de réforme, les six priorités de réforme sont à nos yeux les suivantes : i) L'articulation entre les différents niveaux de normes dans le domaine du droit social ; ii) Le développement de la syndicalisation, La représentativité des organisations patronales et celle corrélative du nombre de branches ; iii) La formation professionnelle et plus globalement la question du maintien et du renforcement de l'employabilité des actifs ; iv) L'éradication des freins institutionnels à la mobilité professionnelle et géographique des actifs ; v) Le traitement plus efficace (en termes de rapidité et de sécurité juridique) des litiges ; vi) Une réforme des minima sociaux visant à lutter plus efficacement contre la pauvreté tout en réduisant le préjudice de ces minima pour l'emploi.

Dans le domaine du droit social et du fonctionnement du marché du travail, la stratégie de réformes efficace permettant, dans la paix sociale, d'élever conjointement l'efficacité économique et la protection du travailleur est celle de l'extension du droit conventionnel dérogatoire. Cependant, quatre types de limites doivent s'imposer à l'expression du droit dérogatoire par accord collectif : i) Les dispositions d'ordre public mais au sens strict, c'est-à-dire absolu, qui concernent les droits fondamentaux du travailleur et les libertés collectives. Il serait utile que les partenaires sociaux déclinent ces limites à l'autonomie contractuelle dans le monde du travail⁴ ; ii) Les dispositions relevant du droit supranational, dont bien sûr le droit communautaire qui est d'application directe comme la loi interne ; iii) Pour chaque niveau de négociation, les limites éventuelles prévues par les niveaux supérieurs. L'ANI doit pouvoir limiter l'autonomie des

¹ Cette analyse résume des éléments de nos travaux antérieurs : « Refonder le droit social », La Documentation Française, 2013 (seconde édition) ; « Droit social : pourquoi et comment le refonder », Droit Social, n° 9, septembre 2012 ; « Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail », Droit Social, n° 1, janvier 2013. Sur la sixième proposition ici évoquée, cette analyse s'inspire de G. Cette et E. Wasmer (2012) : « Faut-il changer les règles de revalorisation automatique du SMIC ? », LIEPP Policybrief, n° 5, novembre, <http://spire.sciences-po.fr/hdl/2441/eo6779thqgm5r489m4k0g75a2/resources/liepp-pb-05-0.pdf>.

² D'autres domaines de réformes concernant par exemple le marché des biens sont susceptibles de dynamiser la croissance de la productivité. De même, certaines réformes fiscales, concernant par exemple le financement de la protection sociale, peuvent contribuer à dynamiser le potentiel de production. Faute de place, des domaines ne sont pas ici abordés, la présente analyse se limitant aux réformes concernant directement le marché du travail. Soulignons cependant que certaines réformes sur le marché des biens concernent très directement le marché du travail. Il en est par exemple ainsi de la réduction de barrières à l'entrée dans certaines professions réglementées. Les gains à attendre de telles réformes, en termes de productivité et d'emploi, sont également très importants. Cf. par exemple R. Bourlès, G. Cette, J. Lopez, J. Mairesse et G. Nicoletti (2010) : « Do product market regulations in upstream sectors curb productivity growth ? », NBER Working Paper Series, n° 16520, November ; à paraître (version actualisée) dans *The Review of Economics and Statistics*.

³ Jacques Barthélémy est Avocat conseil en droit social, ancien Professeur associé à la Faculté de droit de Montpellier. Gilbert Cette est Directeur des études micro-économiques et structurelles à la Banque de France, Professeur associé à l'Université d'Aix-Marseille (GREQAM). Cette analyse n'engage que ses auteurs et ne reflète pas nécessairement le point de vue de la Banque de France.

⁴ Par exemple, la prise en compte du respect de la vie personnelle du salarié dans les éventuelles modifications de l'organisation du travail.

accords de branches et d'entreprises. C'est par exemple ce qu'a fait l'ANI du 11 janvier 2013 dans de nombreux domaines. L'accord de branche doit quant à lui pouvoir limiter l'autonomie des accords d'entreprises, au nom de ce qu'on peut appeler l'ordre public propre à la branche, et ou à l'intensité du dialogue social ; iv) La prise en compte de l'intérêt des *outsiders* et des éventuelles externalités financières des accords. Il revient prioritairement à l'Etat de mettre en œuvre ce dernier type de limites, mais des moyens existent – par exemple des garanties sociales fondées sur la mutualisation – permettant que l'accord soit créatif de droits pour d'autres personnes que les salariés en fonction.

L'ANI du 11 janvier 2013 est un succès pour l'avenir de notre pays, par son contenu et par la méthode mise en œuvre. Cet accord propose des avancées importantes, permettant d'élever à la fois protection des travailleurs et efficacité économique. Ces avancées sont nombreuses. Mais le traitement par l'ANI du 11 janvier 2013 de chacun des domaines qu'il aborde reste très partiel : l'articulation entre les différents niveaux de normes (réglementation, accords de différents niveaux, contrat de travail) n'y a pas été systématiquement abordée dans le but de stimuler le rôle de la négociation collective ; la réforme de la formation professionnelle reste à faire ; les freins à la mobilité des travailleurs demeurent nombreux... Par ailleurs, de multiples dispositions de cet ANI répondent davantage aux besoins des grandes firmes qu'à ceux des PME.

La méthode retenue par cet ANI est la seule permettant d'engager sans cliver des réformes équilibrées et ambitieuses du droit social. En effet, cet accord est un compromis conclu entre les partenaires sociaux, conformément à la stratégie présidentielle qui veut renforcer le rôle du dialogue social dans l'évolution de notre pays, mais aussi conformément à la loi Larcher du 31 janvier 2007, qui transforme les partenaires sociaux en 'prélégislateurs', et à la mise en œuvre effective de la loi du 20 août 2008 qui définit les conditions de légitimité d'un accord collectif. Cette approche est, on le voit, transpartisane.

L'ANI du 11 janvier 2013 constitue une première mais très forte étape d'un processus plus long. La méthode souhaitable serait que chaque année un accord aussi ambitieux permette d'aller plus loin dans la refondation du droit social. De nombreux domaines du droit social doivent encore être adaptés à la société du XXIème siècle, mais les six priorités qui nous paraissent les plus urgentes sont les suivantes.

Les six priorités de réformes

1. *L'articulation entre les différents niveaux de normes dans le domaine du droit social*, afin de faciliter la conclusion de compromis locaux permettant de mieux concilier efficacité économique et protection du travailleur. Cela suppose en particulier une réflexion des partenaires sociaux sur : i) les contours concrets de l'ordre public et les limites de l'expression du droit dérogatoire par accord collectif ; ii) les composantes du contrat de travail afin de caractériser celles dont les modifications nécessitent l'accord individuel du salarié, celles dont des modifications peuvent être faites par accord collectif et leur possible amplitude, celles qui peuvent être modifiées par décision unilatérale du chef d'entreprise ; iii) les domaines dans lesquels la majorité requise pour qu'un accord d'entreprise ou un accord de branche soit valide doit être portée de 30 % à 50 % des suffrages aux précédentes élections professionnelles ;
2. *Les conditions d'un développement de la syndicalisation*, car le renforcement souhaitable du rôle de la négociation collective est bridé par un faible taux de syndicalisation en France, actuellement le plus faible (avec la Turquie) parmi tous les pays de l'OCDE. L'instauration du chèque syndical peut être une voie pertinente, parmi d'autres à envisager. *La question de la représentativité des organisations patronales et celle corrélative du nombre de branches professionnelles* (particulièrement nombreuses en France, ce qui constitue un obstacle fort au développement du droit conventionnel) doit être discutée sur le fond, d'autant que cela permettrait de renforcer la différenciation souhaitable de la nature juridique des accords selon leur niveau (interprofession, branche, entreprise) ;

3. *La formation professionnelle et plus globalement la question du maintien et du renforcement de l'employabilité des actifs*, en particulier de ceux qui en ont le plus besoin⁵. Cette question peut être abordée en saisissant les partenaires sociaux de la question de la mise en œuvre de cette obligation déjà inscrite dans le Code du Travail⁶. La mutualisation des contributions des entreprises en ce domaine doit être conçue pour concrétiser l'assurance du risque d'inemployabilité. Pour autant, sauf à prendre le risque de n'aboutir qu'à des propositions très insuffisantes, comme celles des ANI de 2003 et 2008, elle doit sans doute être précédée ou au moins accompagnée d'une réflexion et d'une réforme fondamentale du financement des partenaires sociaux⁷ ;
4. *L'éradication des freins institutionnels à la mobilité professionnelle et géographique des actifs*, via le développement des garanties sociales par la mutualisation de droits sociaux (par exemple de l'indemnité de fin de carrière...). A cette réflexion doit être associée une analyse approfondie des dispositions fiscales (par exemple la fiscalité des revenus locatifs) et des politiques sociales (par exemple les politiques de logement social) bridant actuellement la mobilité géographique ;
5. *Le traitement plus efficace (en termes de rapidité et de sécurité juridique) des litiges*, par l'instauration d'une étape de médiation, le renforcement de l'effectivité de l'étape de conciliation (entre autres aspects par l'obligation effective de présence des parties, comme au Royaume-Uni), et la possibilité d'organiser par accord collectif de branche le recours à des traitements en première instance alternatifs aux Prud'hommes, dont l'arbitrage (ainsi que cela se fait pour les salariés d'un niveau élevé de qualification ou de salaire dans d'autres pays comme la Belgique).
6. *Des minima sociaux luttant plus efficacement contre la pauvreté tout en réduisant le préjudice de ces minima pour l'emploi*. Parmi les pays industrialisés, la France se singularise par un salaire minimum uniforme (alors que les niveaux de prix diffèrent fortement selon les régions) dont les mécanismes de revalorisation sont les plus réglementés, automatiques et rigides et dont le niveau fait partie des plus élevés. De nombreux travaux ont montré que le salaire minimum est un moyen inefficace de lutter contre la pauvreté, y compris laborieuse, cette dernière étant davantage liée au nombre d'heures travaillées et à la situation familiale. Par ailleurs, les effets préjudiciables sur l'emploi d'un salaire minimum élevé (en particulier pour les entrants sur le marché du travail, dont les jeunes) sont (en partie ?) neutralisés par des allègements de contributions sociales dont le coût, pour les finances publiques, dépasse actuellement 20 milliards d'€. La réforme à envisager viserait à ralentir la revalorisation du salaire minimum (indexation sur la seule inflation, par exemple), les économies d'allègement de contributions sociales pouvant être mobilisés plus efficacement pour lutter contre la pauvreté dans les dispositifs d'impôts négatifs. Ces derniers mériteraient également d'être simplifiés et unifiés. Sans doute cette réflexion doit être conduite de pair avec une autre, relative aux techniques d'évaluation des emplois, les modes hiérarchiques devenant obsolètes au vu d'une évolution des modes d'organisation du travail.

L'efficacité de la démarche de réforme en cours appelle une prise en compte de ces priorités dans un processus organisé de négociation interprofessionnelle en coordination avec les conférences sociales annuelles.

⁵ Voir à ce sujet notre analyse : « Réformer vraiment la formation professionnelle », Institut de l'Entreprise, septembre 2012, <http://www.institut-entreprise.fr/index.php?id=1724>. Voir également l'analyse de P. Cahuc, M. Ferracci et A. Zylberberg (2011) : « Formation professionnelle : pour en finir avec les réformes inabouties », Fondation Montaigne, octobre.

⁶ Il s'agirait de donner un réel contenu à l'article L. 6321-1 : « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. ». Ceci d'autant que la jurisprudence lui donne une réelle force.

⁷ La formation professionnelle joue un rôle qui ne peut pas être ignoré dans le financement des partenaires sociaux, cf. N. Perruchot (2011) : « Le financement des syndicats », Rapport au Premier Ministre, Novembre, enregistré sous le n° 4186 le 18 janvier 2012 à l'Assemblée Nationale.