POUR UN CODE DU TRAVAIL PLUS EFFICACE

RAPPORT AU MINISTRE DES AFFAIRES SOCIALES, DU TRAVAIL ET DE LA SOLIDARITE

Michel de VIRVILLE
15 janvier 2004

Introduction

Le droit du travail est né et s'est développé au croisement de l'efficacité économique et des droits des salariés. Il poursuit en effet deux missions essentielles.

Il protège le salarié placé dans une situation de subordination juridique, garantissant le respect de ses droits individuels et collectifs, tels qu'ils sont fixés par la loi et la négociation collective.

Il contribue à une organisation efficace de l'activité économique des entreprises, en donnant à l'employeur un pouvoir de direction clair et sans ambiguïté lui permettant d'encadrer et d'orienter l'activité des salariés. Il est par là même source d'emploi.

Ces deux principes ne sont contradictoires qu'en apparence : la mobilisation effective de l'énergie et de l'intelligence des salariés au service de l'entreprise suppose que ceux-ci soient équitablement traités et voient leurs droits reconnus. A l'inverse, une réglementation trop détaillée de ces droits nuit au développement de l'activité, et donc à l'emploi des salariés que cette réglementation serait censée protéger.

Pour remplir ses missions, le droit du travail doit donc manifester au plus haut point le sens du compromis et de l'équilibre.

Mais c'est aussi un droit de masse et un droit de la vie quotidienne dont les dispositions concernent des millions de salariés et des centaines de milliers d'entreprises et appréhendent des situations de fait extrêmement diverses.

Il s'applique dans les toutes petites entreprises comme dans les groupes internationaux, composés d'une pléiade d'entités juridiques et implantées sur tout le territoire national. Il envisage aussi bien la situation du salarié employé sous contrat de travail à durée indéterminée à temps complet sur un même site de production, que celle du salarié travaillant à domicile, du saisonnier, alternant périodes d'activité et périodes d'inactivité ou du consultant, se déplaçant d'entreprise en entreprise. Il couvre les secteurs d'activités les plus variés, de l'industrie au commerce ou à l'artisanat en passant par le conseil ou les nouvelles technologies.

Chaque novation, chaque modification de ce droit doit, pour produire son plein effet, être connue et comprise par ce très grand nombre d'acteurs dont il appelle à modifier les comportements.

Enfin, c'est un droit aux sources nombreuses et diversifiées. Aux normes étatiques et supranationales (loi, règlement, droit communautaire, conventions internationales), s'ajoutent la jurisprudence, les conventions et accords collectifs de travail déclinés à plusieurs niveaux (interprofessionnel, branche, entreprise, groupe) et les règles définies unilatéralement par le chef d'entreprise dans le cadre de son pouvoir de direction.

Il résulte de ces constats que la cohérence et la simplicité du droit du travail nécessitent un effort collectif vigilant et opiniâtre qui, pour l'heure, fait cruellement défaut. De l'aveu de tous les acteurs– salariés, entreprises, partenaires sociaux, administration, juge -, le droit du travail est aujourd'hui perçu comme difficilement compréhensible et donc difficilement applicable.

Cette évolution tient sans doute à l'inflation de la production normative, inflation qui est due d'abord au législateur. Elle s'explique également par l'instabilité de ces normes, souvent remises en cause ou réécrites avant même d'avoir été complètement intégrées par les acteurs. Enfin, le contenu même des règles s'avère, dans bien des cas, inadapté à la réalité du monde du travail, péchant soit par excès de formalisme et de précision, soit à l'inverse par une généralité créatrice d'ambiguïté et d'insécurité juridique.

Au total, le droit du travail ne remplit que très imparfaitement ses deux missions essentielles, protéger les salariés et favoriser le développement de l'emploi et de l'activité économique.

Partant de ce constat, le Ministre des Affaires Sociales, du travail et de la solidarité a demandé à Michel de Virville de réunir une commission de praticiens et d'experts (chef d'entreprise, responsables des ressources humaines, professeur d'université, ancien responsable syndical, directeur départemental du travail, inspecteur du travail, juges, avocats) pour réfléchir aux moyens de promouvoir un cadre juridique plus clair et plus sûr et de renforcer la place des normes négociées par rapport aux normes d'origine législative et réglementaire, de manière à garantir une meilleure efficacité du droit du travail, tant au profit des salariés que des employeurs.

Au cours des six mois dont elle a disposé pour mener à bien la tâche qui lui était impartie, et compte tenu des nombreuses auditions auxquelles elle a pu procéder, la commission a privilégié quatre axes de réflexion.

Elle s'est d'abord efforcée d'identifier les facteurs transversaux qui contribuent à rendre le droit du travail peu compréhensible par ceux-là même auxquels il s'applique et de concevoir des aménagements, le plus souvent d'ordre technique, susceptibles de remédier à cette situation.

Elle s'est ensuite attachée à cerner les facteurs d'instabilité et d'insécurité qui caractérisent les relations actuelles entre les trois principales sources du droit du travail que sont la loi, la convention et la jurisprudence. Cette insécurité est en effet apparue comme la première cause de l'insatisfaction des utilisateurs. Elle a tenté de proposer des mesures qui, sans faire obstacle aux nécessaires évolutions et adaptations, sont susceptibles d'améliorer l'articulation entre ces trois sources.

Elle a, par ailleurs, procédé à un recensement des principales difficultés de fond auxquelles sont aujourd'hui confrontés les salariés et les employeurs. Elle s'est intéressée en priorité aux relations individuelles et collectives de travail au sein des entreprises, domaines dans lesquels les progrès les plus fructueux lui paraissent pouvoir être effectués. Elle a aussi consacré une partie de sa réflexion à la réglementation de la durée du travail, et aux sanctions. A partir de ce diagnostic, elle a essayé d'exprimer un certain consensus sur les sujets ou les dispositions qui font difficulté. Elle a fait des propositions de solutions chaque fois que celles-ci lui ont paru s'imposer, formulé une analyse des difficultés et de voies de solution à l'intention du législateur ou des partenaires sociaux quand des choix plus politiques lui ont paru devoir être faits.

Enfin, elle a porté son attention sur les voies et moyens de la réforme. Certains des aménagements proposés pourront être menés à bien par la voie réglementaire. D'autres nécessitent une intervention du législateur. Dans la plupart des cas toutefois, il paraît souhaitable de privilégier la voie de la négociation collective, afin de garantir l'adaptation des nouvelles mesures aux réalités du terrain. Cela suppose de créer les conditions favorables au développement de la négociation, tant au niveau des branches qu'au niveau des entreprises ou des groupes. A cet égard et au-delà du débat parlementaire en cours qui a, bien sûr, marqué les travaux de la commission, il lui est apparu nécessaire, et conforme aux termes de la lettre de mission d'essayer de formuler des mesures susceptibles de rendre au système de dialogue social "à la française" les moyens de jouer un rôle central et novateur dans la fixation de la règle de droit.

1. Le constat : souvent obscur, complexe et changeant, le droit du travail est peu ou mal appliqué. Alors que la société se transforme rapidement et se judiciarise, les mécanismes qui gouvernent sa création et son adaptation ne sont pas en mesure de répondre vite et bien à ces nouvelles demandes.

Si toutes les branches du droit se voient reprocher leur complexité et leur instabilité, le droit du travail fait l'objet de critiques particulièrement vives, formulées tant par les usagers ou destinataires de ce droit – salariés, entreprises – que par les producteurs de normes eux-mêmes - Parlement, administrations, juges, partenaires sociaux.

La complexité du droit n'est pas surprenante puisque la société est elle-même devenue plus complexe à organiser. C'est particulièrement vrai pour l'organisation des relations de travail. Ainsi, quelques règles qualifiées naïvement de « simples » ne suffiraient évidemment pas à organiser efficacement la durée du travail, l'épargne salariale ou le licenciement pour motif économique. Ce n'est donc pas la complexité inhérente à la règle juridique qui dérange, mais plutôt celle qui résulte du caractère insatisfaisant de la production des normes.

La Commission est dès lors convaincue qu'un progrès est possible:

- en identifiant les dispositions, finalement en nombre limité, qui font problème ;
- en modifiant sur certains points les modalités de production du droit ;
- en donnant un rôle plus important à la négociation collective.

Encore faut-il avoir plus précisément identifié les mécanismes et les causes qui nous ont conduits à la situation actuelle.

1.1. Un droit du travail marqué par la multiplicité de ses sources.

Les sources du droit du travail sont nombreuses et de nature variée. Aux normes classiques – lois et règlements, jurisprudence, droit communautaire et conventions internationales – s'ajoutent en effet le droit conventionnel négocié par les partenaires sociaux, tant au niveau interprofessionnel ou au niveau de la branche qu'au niveau des entreprises ou des établissements, ainsi que les règles définies unilatéralement par l'employeur au sein de l'entreprise en vertu de son pouvoir de direction.

Historiquement le droit du travail est d'abord l'œuvre du législateur. A partir du vote de la loi de 1841 sur le travail des enfants s'est élaboré tout au long du XIXème puis du XXème siècle, une législation visant, pour l'essentiel, à limiter la liberté contractuelle dans les entreprises pour assurer la protection des travailleurs, le Gouvernement étant chargé de permettre l'application de ces règles en usant de son pouvoir réglementaire et de son pouvoir de police. Synthèse de cet effort d'encadrement et de normalisation, le premier code du travail est adopté par le Parlement entre 1910 et 1927.

Parallèlement, dans le cadre tracé par la loi de 1919, et plus encore par celle de 1936, va se développer un droit conventionnel issu de la négociation entre les représentants des salariés, regroupés en syndicats, et les organisations d'employeurs.

Le droit négocié connaît un nouvel essor après la deuxième guerre mondiale, à la suite du vote de la loi de 1950, qui fixe les règles du jeu conventionnel telles qu'elles s'appliquent encore aujourd'hui, et des lois de 1971 et de 1982, qui encouragent quant à elles le développement des accords d'entreprise.

La Constitution de la Vème République, telle qu'interprétée par la jurisprudence constitutionnelle, consacre le double visage du droit du travail.

Si elle confie en effet, par son article 34, au législateur le soin de déterminer *« les principes fondamentaux du droit du travail »*, la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre des principes définis par la loi appartient concurremment au gouvernement, dans le cadre tracé par l'article 21 de la Constitution, et aux représentants des salariés et des employeurs, par voie d'accord collectif de travail, conformément au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946[1] (CC décision n°89-257 DC 25 juillet 1989, JORF 28 juillet 1989, p.9507).

Ces accords interviennent tantôt au niveau interprofessionnel ou au niveau des branches, tantôt au sein de la collectivité de travail, dans l'entreprise ou dans l'établissement. Plus original, les accords collectifs peuvent ne pas s'en tenir strictement au cadre tracé par la loi ou par les règlements. Conformément à l'article L.132-4 du code du travail, ils peuvent en effet s'en écarter, à condition que ce soit dans un sens plus favorable au salarié, sauf lorsque sont en cause des règles dites d'ordre public absolu.

Le droit conventionnel est complété, au niveau des entreprises, par des normes élaborées par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Ainsi en est-il du règlement intérieur mais aussi des usages d'entreprises et des engagements unilatéraux de l'employeur qui constituent avec le droit conventionnel ce que la Cour de cassation appelle désormais le « statut collectif » des salariés

A ces sources nationales, unilatérales ou négociées, s'ajoutent les règles élaborées hors du territoire national.

Il s'agit d'abord des règles qui sont élaborées au niveau communautaire, notamment en matière d'hygiène et de sécurité ou, plus largement, en matière de réglementation du travail et de représentation des salariés, et qui irriguent ensuite le droit national par le biais de textes, législatifs ou réglementaires, de transposition, toujours plus abondants.

Il s'agit ensuite des conventions internationales, notamment celles qui sont négociées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail. Peu nombreuses en volume, elles jouent néanmoins un rôle important dans certains domaines. Ainsi, le cadre dans lequel intervient l'inspection du travail est très largement issu des règles négociées au sein de l'Organisation Internationale du Travail.

.

[1] « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.* »

La jurisprudence constitue une source particulièrement importante en ce qui concerne le droit du travail. Plusieurs catégories de juridictions sont amenées à connaître de litiges liés à l'application du droit du travail.

Dans l'ordre judiciaire, le plus souvent saisi, les litiges sont portés en première instance soit devant la juridiction prud'homale, lorsqu'ils opposent un salarié à son employeur, soit devant le tribunal de grande instance, pour les conflits collectifs, soit devant le juge d'instance pour les contentieux touchant à la désignation des représentants des salariés. Cet éclatement du contentieux est heureusement limité à la première instance. En appel, les litiges sont en effet tous portés devant les formations spécialisées des cours d'appel. Toutefois, pour certaines affaires de moindre importance (litiges électoraux ou litiges prud'homaux portant sur des sommes inférieures à 3720 €), la seule voie de recours possible consiste en un pourvoi devant la Cour de cassation.

Par ailleurs, le juge pénal est lui aussi amené à connaître de litiges portant sur l'application du droit du travail. Dans nombre de cas, le code du travail prévoit des sanctions pénales en cas de méconnaissance des règles qu'il institue.

Les juridictions administratives connaissent, elles aussi, de litiges touchant à l'application du droit du travail, lorsque est en cause la légalité d'actes administratifs – actes réglementaires des ministres ou décisions prises par les inspecteurs ou des directeurs départementaux du travail dans le cadre de leurs missions de contrôle et de médiation. Selon la nature et la portée des actes litigieux, le contentieux est porté en première instance devant les tribunaux administratifs ou devant le Conseil d'Etat.

Le juge constitutionnel, dans le cadre du contrôle a priori de la constitutionnalité des lois, est lui aussi amené à prendre position en matière de droit du travail; il a rendu, notamment au cours des dernières années, des décisions importantes, tant pour l'interprétation des textes de lois, que pour la répartition des compétences entre les différentes autorités productrices de normes.

Enfin, à la faveur du développement de la législation communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes intervient de plus en plus fréquemment, se prononçant sur la conformité des règles de droit français au regard du droit communautaire à l'occasion de recours en manquement ou dans le cadre de questions préjudicielles posées par les juridictions nationales. Ainsi, tout récemment, par une décision en date du 3 décembre 2003, M. Dellas et autres, le Conseil d'Etat a été amené à interroger la Cour de Luxembourg sur la compatibilité du système de décompte du temps de travail valable pour certaines professions du secteur médico-social avec les objectifs de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 relative à l'aménagement du temps de travail.

La multiplicité des sources n'est certes pas l'apanage du droit du travail. Mais ce dernier a la particularité de faire coexister d'un côté des normes unilatérales et, de l'autre, des normes conventionnelles, de portée générale, élaborées par les usagers du droit du travail ou par leurs représentants..

Cette source de droit supplémentaire devrait constituer un atout. Elle facilite en effet l'adaptation des règles aux réalités du terrain. Ces règles n'en sont que mieux acceptées et respectées, ce qui contribue à leur pérennité. Elle stabilise aussi, dans le temps, l'existence de ces règles. Encore faudrait-il que le droit issu de la négociation collective connaisse un réel développement et s'articule harmonieusement avec la loi.

Ainsi, l'impression générale de complexité et d'insécurité de notre droit du travail ne résulte pas tant de la variété des normes qui le composent que des conditions dans lesquelles celles-ci sont élaborées, sans être nécessairement coordonnées entre elles.

1.2. Chacune de ces sources porte une part de responsabilité dans la complexité et l'instabilité du droit du travail.

1.2.1. Des lois trop exhaustives et insuffisamment préparées.

Quatre critiques peuvent être adressées au processus législatif.

Procédant à la retouche plutôt qu'à la réécriture complète des dispositions qu'ils entendent modifier, les textes de loi sont souvent difficilement compréhensibles. Le choix de cette technique législative n'est pas fortuit. Il tient au souhait du Gouvernement, qui est le plus souvent à l'origine des textes soumis au Parlement, de ne pas allonger par trop le débat parlementaire et de se prémunir contre des amendements portant sur des dispositions qu'il n'entend pas voir modifier. Mais quelques réalistes que soient ses justifications, ce parti présente deux inconvénients majeurs. Il compromet en effet la connaissance du droit et l'appropriation des dispositions nouvelles par ceux qui sont censés s'y conformer. Il débouche par ailleurs sur des oublis ou sur des incohérences qui seront plus tard génératrices d'insécurité juridique. Il est fréquent en effet que subsistent dans le code du travail, après l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, des dispositions anciennes qui ne sont pas en parfaite cohérence avec les dispositions nouvelles.

Dans certains cas, les projets soumis au Parlement donnent d'abord lieu à une concertation préalable avec les principaux groupes intéressés, et notamment les partenaires sociaux; ils s'inspirent parfois même d'un accord collectif. Ce travail de réflexion préalable facilite en règle générale le travail du législateur et permet l'émergence d'un certain consensus, gage de la bonne application de la réforme. Dans d'autres hypothèses, au contraire, élaborés dans l'urgence, en réaction à tel ou tel événement précis, les projets de lois s'apparentent plutôt à un catalogue de mesures ponctuelles, aux conséquences d'ensemble difficiles à apprécier. Le risque alors est grand qu'ils suscitent de nouvelles difficultés plutôt qu'ils ne contribuent à les résoudre.

A s'en tenir aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi est censée se limiter à la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, laissant la définition des modalités d'application, selon le cas, au règlement ou à l'accord collectif. Au demeurant, la notion de principes fondamentaux du droit du travail est par elle-même une notion large et évolutive. Elle englobe notamment les éléments essentiels de la relation individuelle de travail et, en particulier, les droits et garanties offerts aux salariés, les règles de la négociation collective, le droit syndical, celui de la représentation collective des salariés, les modalités

d’exercice du droit de grève, les sanctions correctionnelles et civiles et les pouvoirs de contrôle de l’inspection du travail.

Mais le législateur ne s’en tient pas à ce champ de compétence pourtant déjà large. Soucieux d’exhaustivité, il est souvent tenté d’entrer dans le détail des modalités d’application des règles qu’il fixe. A défaut de contribuer à la clarté de la norme, cela explique pourquoi la partie législative du code du travail atteint aujourd’hui un tel volume.

Il faut aussi souligner les effets néfastes de la pratique consistant à additionner, lors d’une importante réforme, une loi, des décrets d’application et une volumineuse circulaire qui est, en principe, seulement destinée à commenter les nouveaux textes mais qui souvent les complète. Or, c’est en général par rapport à la circulaire que les usagers fixeront leur comportement, prenant ainsi des risques contentieux, puisqu’une circulaire, ne pouvant ajouter à la loi ou aux règlements, ne lie pas le juge.

Enfin la critique la plus vive faite à la loi tient à son instabilité. Conséquence de la précipitation dans laquelle elles sont élaborées et du degré de détail dans lequel elles entrent, les normes législatives sont très souvent modifiées. Sachant que les usagers mettent environ dix ans à s’approprier complètement un nouveau dispositif législatif, cette instabilité décourage les destinataires des normes et compromet la bonne application de ces dernières.

1.2.2. Des accords collectifs qui restent insuffisamment développés sans pour autant échapper toujours au piège de la complexité et de l'ambiguïté.

Les normes issues des accords collectifs, fruit d’un compromis parfois long et difficile à obtenir, sont par nature plus stables et plus consensuelles que celles qui sont adoptées unilatéralement, notamment par voie législative.

Pourtant les accords sont aussi facteurs de complexité. Ils comportent des termes ambigus ou imprécis et des renvois successifs d’un article à l’autre. Quel que soit le niveau auquel ils sont élaborés, ils ne sont que rarement des modèles de clarté.

Ce constat vaut tout particulièrement pour certaines conventions de branche. Nombre d’entre elles résultent en effet d’avenants successifs sans avoir jamais fait l’objet d’un toilettage d’ensemble. Elles contiennent ainsi des clauses obsolètes ou inapplicables qui rendent leur compréhension malaisée pour les salariés comme pour les chefs d’entreprise. Rarement révisées, souvent rattrapées puis dépassées par les évolutions législatives et réglementaires, elles finissent par s’atrophier.

Le champ d’application de ces conventions collectives, calqué sur celui des branches professionnelles, est parfois flou tant il peut dépendre du périmètre de compétence des organisations patronales représentatives du secteur concerné. Certaines entreprises ont du mal à déterminer quelle est la convention qui s’applique à elles.

Mais surtout, les conventions et accords collectifs n'ont eu, jusqu'à une date récente, qu’une influence limitée sur la fixation des règles de droit. La convention collective s'est attachée pour l'essentiel à fixer les conditions de la rémunération au sens large (notamment classifications, minima, protection sociale, indemnité de rupture). L'accord d'entreprise n'a

longtemps joué un véritable rôle que dans des domaines étroitement circonscrits comme la participation et l'intéressement ou encore la formation professionnelle.

Encore fallait-il que les conclusions de ces négociations collectives soient "reprises" dans le code du travail.

Ce n'est que depuis 20 ans, avec l'apparition dans la loi de dispositions auxquelles il est possible de déroger par voie d'accord, que la négociation collective s'est progressivement essayée à aménager la loi, en particulier dans le domaine du temps de travail.

Puis parallèlement, dans le cadre de démarches parfois amicales, parfois conflictuelles, les partenaires sociaux et le gouvernement ont tenté de marier négociation et législation, le législateur conservant toutefois le dernier mot.

En définitive, ces pratiques restent pour l'essentiel expérimentales. Il est vrai que, dans un pays où le nombre de salariés syndiqués ne cesse de se réduire et est bien inférieur à 10 % dans le secteur privé et où la participation aux élections professionnelles est inégale, les accords collectifs, qu'ils soient conclus au niveau des branches ou dans les entreprises, ne sauraient avoir autorité pour fixer la règle de droit sans avoir été signés dans des conditions engageant une fraction suffisamment significative des salariés.

1.2.3. Les normes de droit communautaire jouent aussi un rôle dans l'accroissement de la complexité du droit du travail.

Les normes de droit communautaire ont eu l'immense avantage de pousser la France à remettre à plat sa législation en matière d'hygiène et de sécurité, qui était vieillie et lacunaire. Au prix d'une certaine technicité, parfois préjudiciable à la clarté et à la bonne compréhension des normes, dans un secteur où les manquements à la règle peuvent avoir des conséquences très lourdes, tant pour les salariés que pour les employeurs, elles ont permis l'émergence d'un droit unique porteur de saine concurrence entre les entreprises européennes.

Elles ont aussi contribué à redéfinir le rôle et la place des institutions représentatives du personnel dans l'accompagnement des évolutions des entreprises, notamment en cas de cession d'activité ou de licenciement économique. On peut également citer, parmi les sujets importants récemment traités, l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ou les transferts d'entreprises

Pourtant, la logique qui sous-tend le droit communautaire n'est pas toujours compatible avec celle qui inspire le droit français et l'assimilation de ces nouvelles normes met en péril la cohérence d'ensemble du droit préexistant. C'est notamment le cas en matière de durée du travail.

L'interprétation des directives par la Cour de justice des Communautés européennes constitue un facteur supplémentaire de complexité. Au cours des dernières années, les principales oppositions entre le droit national et le droit communautaire résultent des positions prises par la Cour.

1.2.4. La jurisprudence, enfin, introduit un élément supplémentaire d'instabilité particulièrement perceptible pour les usagers du droit du travail.

L'office du juge comporte nécessairement une part d'interprétation, et par la même, d'élaboration de la règle de droit. Dans certaines matières – on songe par exemple au droit de la responsabilité ou au droit administratif - les apports de la jurisprudence sont le plus souvent perçus comme légitimes et salués comme tels.

La situation est plus contrastée en droit du travail. Il est parfois reproché au juge de donner une interprétation par trop constructive ou inadaptée des règles de droit, au point parfois que le Parlement est conduit à intervenir pour contrecarrer les effets de telle ou telle jurisprudence. Ce constat est sans doute en partie fondé.

Il faut dire, à la décharge du juge, qu'il doit souvent composer avec les ambiguïtés ou les malfaçons qui affectent les textes législatifs, réglementaires ou conventionnels. Par ailleurs, les conditions dans lesquelles il se prononce ne lui permettent pas toujours de mesurer pleinement la portée des interprétations qu'il retient. Telle solution, expédiente au cas d'espèce qui lui est soumis, s'avèrera peut-être tout à fait inadaptée dans une autre hypothèse.

Le caractère souvent elliptique des décisions de justice, en particulier celles qui sont rendues par les plus hautes juridictions, ne facilite pas, par ailleurs, leur compréhension par le justiciable. Comprendre toutes les subtilités du raisonnement tenu par le juge et, a fortiori, en percevoir toutes les implications, tient de la gageure pour un non-spécialiste.

Outre le caractère hermétique et parfois prétorien de leurs décisions, les juges se voient surtout reprocher leur lenteur. La jurisprudence ne se fixe en effet que lentement, longtemps après l'entrée en vigueur de nouvelles normes, ce qui oblige les usagers à demeurer plusieurs années dans l'incertitude et à prendre dans l'intervalle des risques contentieux non négligeables.

L'organisation du système judiciaire français, et les délais moyens de jugement, font qu'il faut en effet attendre entre trois et quatre ans, au mieux, pour que la Cour de cassation ait à connaître d'une question de droit nouvelle[2], plus de dix ans parfois pour que la jurisprudence puisse être considérée comme construite. Ainsi, les principales dispositions introduites dans le code du travail par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, plus connue sous le nom de loi Aubry II, n'ont pas encore donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation.

La situation n'est guère meilleure devant les juridictions administratives : un litige portant sur la détermination d'établissements distincts au sein d'une même entreprise pourra mettre jusqu'à six à neuf ans pour connaître son épilogue, alors même que l'entreprise aura pu connaître entre-temps des modifications internes qui donneront à la décision de justice un intérêt purement historique.

---

[2] Les délais moyens de jugement ont atteint, en 2002, environ 10 mois devant les tribunaux de grande instance, un peu moins d'un an devant les conseils de prud'hommes, 17 mois devant les cours d'appel et près de deux ans devant la Cour de cassation (sources : Les chiffres clés de la justice, www.justice.gouv. fr ; Cour de cassation, Rapport public pour 2002 - La documentation française, 2003)

Il est vrai que la création, par la loi du 30 juin 2000, d'une procédure de référé permet de réduire sensiblement ces délais.

Lorsque sont en jeu des questions qui nécessitent l'intervention des deux ordres de juridiction, les difficultés s'en trouvent encore accrues. Ainsi, saisi d'un recours dirigé contre l'arrêté portant extension d'un accord collectif de travail, le Conseil d'Etat est tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la validité de telle ou telle des clauses de l'accord, lorsqu'il identifie une difficulté sérieuse. La question préjudicielle est alors portée devant le tribunal de grande instance, puis, en appel, devant la cour d'appel, avant de faire l'objet, le cas échéant, d'un pourvoi en cassation. Au total, le litige initial pourra n'être tranché que cinq ou dix ans après l'introduction du recours. Dans l'intervalle, l'accord aura continué de s'appliquer, à moins qu'il n'ait fait l'objet d'une contestation directe devant le juge civil et que celui-ci ne l'ait annulé.

Et que dire, du point de vue des justiciables, des hypothèses où les deux ordres de juridiction, saisis en parallèle, prennent des positions divergentes sur un même point de droit ? Il ne s'agit pas là d'un simple cas d'école. La situation s'est déjà rencontrée, à propos de salariés de droit privé, employés sous statut de droit public, ou à propos de litiges portant sur les conditions de désignation des représentants du personnel.

Enfin, c'est le caractère rétroactif de la jurisprudence, aux effets démultipliés en cas de revirement, qui est tout particulièrement dénoncé comme source de complexité et d'insécurité.

En théorie, le juge ne peut forger de règles nouvelles et se borne à interpréter les règles existantes. Son interprétation, même constructive, est donc réputée correspondre à ce qui a toujours été l'état du droit. Mais cette fiction atteint ses limites en cas de revirement de jurisprudence. Les usagers se sont déterminés en fonction de ce qu'ils croyaient, sur le fondement de la jurisprudence elle-même, correspondre à l'état du droit existant. Ils découvrent a posteriori qu'ils se sont mis, de bonne foi, en contravention avec les règles applicables qu'il ne pouvait à l'époque évidemment pas prévoir et encore moins appliquer… Ils doivent en supporter rétroactivement les conséquences. Or, les revirements de jurisprudence sont fréquents en droit du travail. Au cours des dernières années, la chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée en moyenne trois ou quatre fois par an à revenir, à droit constant, sur les solutions qu'elle avait retenues jusque là.

1.3. Le bilan : au fil des années, le droit du travail, complexe, changeant et insuffisamment appliqué, est devenu source d'une forte insécurité juridique.

La faible place laissée à la négociation collective n'a pas permis de mener à bien la nécessaire différenciation, selon les secteurs économiques et les catégories d'entreprises, des règles essentielles qui avaient été fixées par la loi. Aussi le code du travail incité, en quelque sorte par défaut, à régler par des principes généraux une grande diversité de situations concrètes, s'est-il étendu et complexifié.

C'est bien sûr dans le tissu des petites et moyennes entreprises que cette extension et cette complexité ont le plus nui à l'effectivité du droit du travail, contribuant ainsi à accroître l'écart entre la situation des salariés selon la taille des entreprises et selon la présence de représentants du personnel.

Cette insuffisante application des règles alimente une insécurité juridique croissante et contribue à mobiliser l'appareil judiciaire autour de l'objectif du renforcement de la protection des salariés, entraînant une sorte de concurrence entre le législateur et le juge dans la production de la règle de droit. L'obscurité de la règle est vécue différemment par l'employeur et le représentant des salariés. Pour l'employeur, c'est une source majeure de désorganisation, pour le représentant des salariés, c'est une incitation à la judiciarisation aux dépends du dialogue social et de la recherche amiable de solutions efficaces.

Quel que soit le point de vue que l'on retienne, cette situation est d'autant plus dangereuse qu'elle détourne les partenaires de la négociation et du compromis qui constituent la seule voie praticable pour assurer l'effectivité et la stabilité du droit du travail.

1.4. Les voies d'un progrès, l'espoir d'un changement

Le tableau qui vient d'être brossé est sombre. Il correspond pourtant au constat que dresse l'ensemble des producteurs et des utilisateurs du droit du travail, même si chacun d'entre eux en valorise différemment les diverses composantes.

Ce constat reflète avant tout les faiblesses de notre jeu collectif, bien plus qu'il ne révèle l'insuffisante qualité technique des acteurs ou un manque de volonté politique.

L'attente qui s'est exprimée à l'égard de la commission au cours des auditions est forte. Il convient de ne pas la décevoir.

La commission s'est efforcée de répondre à cette attente en formulant des propositions regroupées autour de trois objectifs :

- un droit du travail plus lisible et plus accessible (chapitre 2) ;
- un droit du travail plus cohérent et plus prévisible (chapitre 3) ;
- un droit du travail plus efficace et plus sûr pour les particuliers comme pour les entreprises (chapitre 4).

L'usage du terme "plus" dans l'intitulé de ces trois chapitres est significatif. Plutôt que de proposer une "grande réforme" du droit du travail qui nourrirait le rejet et renforcerait le conservatisme, c'est une démarche de progrès continu que nous nous sommes efforcés de construire.

Progrès continu pour remédier aux difficultés telles qu'elles sont perçues par les acteurs, c'est l'objet du chapitre 4. Progrès continu aussi pour déplacer les procédures et les organisations et parvenir à une production de droit plus proche des usagers, mieux préparée, plus coordonnée.

Nous sommes convaincus que la mise en place d'une telle démarche est susceptible de produire rapidement des effets visibles et de conduire à terme à des effets en profondeur.

Mais ce progrès continu suppose que les partenaires sociaux soient à l'avenir directement associés, dans un cadre tracé par le législateur, à l'élaboration de la règle de droit. C'est à ce profond changement qu'invite le chapitre 5 qui en esquisse les conditions de possibilité et suggère certains éléments facilitateurs.

2. Un droit du travail plus lisible et plus accessible

Avant même de songer à agir sur la forme ou sur le contenu des règles, il est indispensable de faciliter l'accès de tous les usagers - salariés, employeurs, organisations professionnelles, avocats, juges…, au corpus de règles qui compose le droit du travail. Il n'existe pas à l'heure actuelle d'instrument fiable et facilement accessible regroupant l'ensemble des normes applicables.

Le code du travail lui-même ne contient qu'une partie des dispositions législatives et réglementaires pertinentes. Il ne reprend pas, en tant que telles, les normes communautaires ou internationales et ne s'intéresse pas davantage au droit négocié. Quant aux apports de la jurisprudence, seuls les codes commentés établis par les éditeurs privés y font référence, sans garantie d'exhaustivité.

Certes, les bases de données mises en ligne gratuitement sur Légifrance ont constitué une amélioration notable. On y trouve ainsi, directement ou par renvoi vers d'autres sites officiels, non seulement le code du travail et l'ensemble des textes législatifs et réglementaires non codifiés, mais aussi les circulaires les plus importantes, les conventions et accords étendus, les directives et règlements communautaires et la jurisprudence, tout du moins l'intégralité des décisions rendues par les cours suprêmes françaises et la CJCE au cours des trente dernières années.

Il manque toutefois, de l'avis unanime des praticiens comme des experts, une base de données consolidée et enrichie, qui ferait apparaître les liens entre les différentes sources et qui indiquerait par exemple, en regard d'une convention collective étendue, les décisions de justice éclairant la portée de telle ou telle clause ou encore l'ensemble des textes pris pour l'application de telle ou telle disposition législative.

Or, un tel instrument existe déjà, au moins partiellement, au sein du ministère du travail. Il s'agit de la base de données interne à la direction des relations du travail et à ses services déconcentrés, dénommée Poséidon.

Proposition n°1

La mise en ligne, à partir du site Légifrance, de la base de données interne aux services du ministère du travail constituerait une véritable avancée. Il s'agit là d'une mesure qui peut intervenir rapidement et facilement.

Un effort particulier doit de plus être accompli en ce qui concerne le droit négocié. Parmi toutes les sources du droit du travail, le droit conventionnel est en effet aujourd'hui le plus mal connu et le plus difficilement accessible.

Seuls les accords étendus font l'objet d'une diffusion publique systématique, assurée par les services de l'Etat. Cette diffusion prend notamment la formation d'une publication dans un bulletin officiel ad hoc, le bulletin officiel des conventions collectives (BOCC). Elle se double, pour les accords les plus récents, d'une mise en ligne sur le site Légifrance.

Si les autres accords de branche ou interprofessionnels font l'objet d'un dépôt obligatoire auprès des directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation

professionnelle, leur diffusion est laissée à l'initiative des signataires et reste donc aléatoire. Or, rares sont les branches qui se sont dotées des moyens d'assurer cette diffusion auprès de tous les employeurs et salariés de leur ressort[3].

Au sein des entreprises, l'obligation faite, par l'article L.135-7 du code du travail, aux employeurs de remettre à leurs salariés les conventions et accords qui leur sont applicables ou d'afficher ces accords sur le lieu de travail est inégalement respectée.

Le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social prévoit d'ores et déjà, à son article 43, de renforcer les conditions d'information des salariés et des représentants du personnel sur le droit conventionnel applicable dans l'entreprise. Il renvoie à un accord de branche étendu le soin de déterminer les modalités de cette information. En l'absence d'accord, il envisage de rendre obligatoire la remise au salarié, lors de l'embauche, d'une notice d'information relative aux textes conventionnels applicables. Il réaffirme par ailleurs l'obligation, pour l'employeur lié par un accord collectif de travail, de tenir un exemplaire de cet accord à la disposition des salariés et impose la remise de ce texte aux représentants du personnel.

Si l'on peut espérer que ces dispositions contribuent à améliorer l'accès des salariés aux accords collectifs applicables dans leur entreprise, dans leur établissement ou dans leur groupe, elles ne permettront pas, en revanche, de résoudre le problème de la diffusion des accords qui ont un champ d'application plus large, tels les accords de branche ou les accords territoriaux.

Seuls les services déconcentrés du ministère du travail ont aujourd'hui la capacité d'assurer cette diffusion dans des conditions de fiabilité suffisante.

Proposition n°2

La commission préconise de procéder à une mise en ligne systématique des accords déposés auprès des DDTEFP, dès lors qu'ils ont un champ d'application qui excède le périmètre d'une entreprise ou d'un groupe.

Faciliter l'accès aux principales règles du droit du travail ne suffit pas. Il convient par ailleurs de rendre ces règles plus intelligibles pour leurs destinataires.

La première des priorités à cet égard devrait être la refonte du code du travail.

Le code, dans sa version actuelle, a été élaboré en 1973. Les nombreuses modifications qu'il a subies en trente ans ont mis à mal sa logique initiale. Le livre I, qui accueille, outre les dispositions relatives à la relation individuelle de travail et à la négociation collective, la plupart des dispositions relatives aux nouvelles formes d'emploi (contrat à durée déterminé, intérim), est désormais composé de parties très disparates. Les dispositions relatives aux mesures de soutien à l'emploi sont venues artificiellement gonfler le livre III. Le livre VII se présente comme une succession de dispositions propres à des professions ou à des formes d'emploi particulières.

[3] cf Inspection générale des affaires sociales – Rapport - L'information sur les conventions collectives en France et dans cinq pays européens – juillet 2003 – n°2003083

Au-delà de ces problèmes de plan, la cohérence d'ensemble des différentes règles laisse souvent à désirer. Pour ne prendre que ce seul exemple, chaque ensemble ou sous-ensemble de normes du code voit son champ d'application matérielle défini dans des termes différents, sans que ces disparités ne correspondent nécessairement à des différences de voulues par le législateur. La lecture et la compréhension du code n'en sont pas facilitées, bien au contraire. Enfin, il y subsiste de nombreuses dispositions obsolètes ou inapplicables.

Proposition n°3

La commission recommande de procéder à une refonte constructive du code du travail. Cette opération pourrait être menée à bien par voie d'ordonnance, dans le cadre tracé par la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel.

Il est en effet désormais admis qu'une opération de re-codification par voie d'ordonnance puisse ne pas se faire uniquement à droit constant et aller jusqu'à *« adapter la législation à l'évolution des circonstances de droit et de fait, à abroger des dispositions désuètes et, le cas échéant, à modifier celles dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat* », à condition bien sûr que ces modifications ne privent pas de garanties légales les exigences constitutionnelles (Conseil Constitutionnel, n°2003-473 DC, 26 juin 2003, JORF 3 juillet 2003, p. 11205).

Autrement dit, à l'occasion de la refonte du code du travail, le gouvernement pourrait non seulement apporter des corrections de pure forme - reformuler telle ou telle disposition peu claire, modifier l'ordre des articles et des divisions, faire disparaître les différences de terminologie non justifiées entre les différents articles – mais aussi supprimer les dispositions devenues illégales ou obsolètes au regard de la hiérarchie des normes et notamment au regard du droit communautaire, et toucher, sur des points mineurs, au fond du droit, dans les limites tracées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Proposition n°4

Parallèlement à la remise en forme du code du travail, il pourrait être envisagé de constituer des manuels d'information, permettant à telle ou telle catégorie de salariés ou d'employeurs d'identifier facilement les règles qui leur sont applicables. A ce titre, il pourrait notamment être établi un manuel destiné aux très petites entreprises.

Il ne s'agit bien sûr que de proposer des outils de vulgarisation, permettant un accès plus direct aux dispositions du code du travail et n'ayant en aucune façon pour effet de modifier ou de spécifier le droit applicable

La refonte du code du travail permettra de clarifier le corpus de règles législatives et réglementaires existantes. Toutefois, les effets bénéfiques de cette réécriture des textes auront tôt fait de disparaître si le législateur et le pouvoir réglementaire ne s'efforcent pas, à l'avenir, d'éviter que l'adoption de nouveaux textes ne remette en cause l'intelligibilité et la cohérence d'ensemble des règles.

Proposition n°5

Consciente qu'il est illusoire d'escompter une modification des conditions de délai et de forme dans lesquelles le Parlement est amené à légiférer, la commission recommande, pour chaque réforme législative d'une certaine envergure, d'insérer dans la loi un article autorisant le gouvernement, par voie d'ordonnance, à tirer les conséquences techniques de cette réforme sur les dispositions qui se trouveraient indirectement affectées par elle mais que le Parlement n'aurait pas eu le temps de modifier.

Cette précaution permettrait de remédier rapidement aux éventuelles malfaçons et de prévenir des difficultés d'interprétation que suscite souvent l'intervention de modifications ponctuelles dans un ensemble cohérent.

Cet indispensable effort de réécriture et de clarification des textes ne doit pas rester cantonné aux normes législatives et réglementaires. Dans un contexte de relance de la négociation collective, les partenaires sociaux doivent eux aussi entreprendre une démarche analogue à l'égard du corpus des accords et conventions en vigueur. L'effort pourrait porter dans un premier temps sur les conventions et accords soumis à extension. La démarche retenue par les signataires de l'accord sur la formation tout au long de la vie conclu le 20 septembre 2003, consistant à élaborer un accord de synthèse rassemblant en un seul texte l'ensemble des accords précédents pourrait à cet égard servir de modèle.

Proposition n°6

Les partenaires sociaux pourraient être incités, à l'occasion de la procédure d'extension d'un accord collectif de travail ou d'une convention collective, à effectuer une telle synthèse des accords précédents, se conformant ainsi à l'impératif de lisibilité et de clarté du droit récemment consacré par le Conseil Constitutionnel

3. Un droit du travail plus cohérent et plus prévisible : mieux organiser les modalités d'intervention du juge et améliorer l'articulation entre les différentes sources de droit

Comme on l'a vu, la jurisprudence est tenue, à tort ou à raison, pour l'une des causes de l'insécurité juridique dont se plaignent les différents acteurs du monde du travail.

Les difficultés les plus fréquemment relevées sont les suivantes :
- une construction très lente de la jurisprudence ;
- une stabilisation aléatoire des situations juridiques individuelles ;
- un dialogue insuffisant entre les juridictions et les différents producteurs de normes

La commission est convaincue que ces difficultés pourraient être résolues ou, à tout le moins, circonscrites par des aménagements techniques, dans le respect de l'indépendance des juges, et sans remettre en cause la possibilité pour la jurisprudence d'évoluer pour s'adapter aux réalités du terrain et répondre aux attentes du corps social.

Elle a identifié trois pistes qui méritent selon elle d'être explorées.

3.1 Accélérer la formation de la jurisprudence pour réduire l'incertitude des usagers du droit du travail

Lorsqu'en droit du travail apparaît une règle nouvelle dont la signification peut prêter à discussion, c'est la jurisprudence qui va la clarifier. Or, tant que celle-ci ne sera pas définitivement fixée, ce qui suppose une intervention des plus hautes juridictions, l'incertitude subsistera. Dans l'intervalle, les usagers seront conduits à prendre, bien malgré eux, des risques, risques d'autant plus importants que la règle de départ sera peu claire.

S'agissant d'un droit de masse, qui concerne plusieurs dizaines de millions d'individus, toute incertitude prolongée est un facteur de perturbation important.

Dans ce contexte, la réduction du délai dans lesquels interviennent les décisions de justice est un facteur de sécurisation important. Toutefois, en raison de la montée inexorable du contentieux[4], les juridictions sont très encombrées, et leur marge de manœuvre n'est pas très élevée.

Ainsi, compte tenu des délais moyens de jugement, on peut estimer que l'environnement jurisprudentiel éclairant une disposition nouvelle ne se trouve stabilisé aujourd'hui qu'au terme de 5 à 10 ans de procédure.

[4] Entre 2001 et 2002, le nombre d'affaires portées devant les conseils de prud'hommes a connu une nouvelle augmentation de 2,3 %, qui s'est traduit par un léger allongement des délais de jugement. Ce constat est valable pour toutes les autres catégories de juridictions, sauf pour la Cour de cassation, devant laquelle le nombre d'affaires enregistrées tend à décroître (sources : Les chiffres clés de la justice, Cour de cassation Rapport public pour 2002, préc.)

Aussi, au-delà de l'effort de productivité nécessaire dans chaque juridiction pour accélérer le traitement des affaires pendantes, il serait souhaitable que la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat puissent prendre position plus rapidement sur les questions de droit nouvelles, sans avoir à attendre que les litiges au fond n'aient parcouru toute la chaîne contentieuse.

Une voie existe déjà pour cela, c'est la procédure de saisine pour avis instituée devant le Conseil d'Etat par la loi du 31 décembre 1987 (art. L.113-1 du code de justice administrative) puis devant la Cour de cassation par la loi du 15 mai 1991 (art L.151-1 et L.151-2 du code de l'organisation judiciaire, art. 1031-5 du nouveau code de procédure civile), dans les matières civiles et, désormais, répressives.

Cette procédure permet aux juges de première instance ou d'appel de surseoir à statuer, après en avoir avisé les parties, ainsi que, devant les juridictions judiciaires, le ministère public, pour solliciter l'avis de la juridiction suprême de leur ordre sur une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

La juridiction interrogée doit se prononcer dans un délai bref (trois mois). L'avis qu'elle rend, qui est bien sûr rendu public, ne lie pas les juges du fond et n'a pas l'autorité de la chose jugée. Il donne néanmoins une précieuse indication sur l'orientation que s'apprête à prendre la jurisprudence. Il peut d'ailleurs recevoir une large publicité, puisque la juridiction qui le rend peut ordonner sa publication au Journal Officiel

Cette procédure a jusqu'à présent relativement bien fonctionné devant les juridictions administratives. Elle est beaucoup moins usitée devant les juridictions judiciaires, qui sont, et de très loin, les plus fréquemment saisies en matière de droit du travail. Ainsi, au cours des quatre dernières années, la Cour de cassation n'a rendu que 33 avis de droit, dont 4 seulement en droit du travail, alors que ce contentieux représente à lui seul bien plus du tiers des affaires enregistrées devant la Cour en matière civile. Qui plus est, dans 3 de ces 4 avis, la Cour de cassation a estimé que la demande dont elle était saisie était irrecevable et n'y a donc pas répondu.

Ce constat s'explique par des raisons pratiques plus que juridiques.

Soucieuses de leur indépendance, les juges de première instance ou d'appel renoncent difficilement à leur liberté d'appréciation pour s'en remettre à la Cour de cassation, même si son avis ne les lie pas. Elles évitent donc le plus souvent de recourir à l'avis de droit

Par ailleurs, la nature de la formation de jugement compétente pour rendre les avis au sein de la Cour de cassation fait l'objet de certaines critiques. En vertu de l'article L.151-2 du code de l'organisation judiciaire, les avis sont rendus non par les différentes chambres, mais par une formation spéciale, qui comprend, sous la présidence du premier président, les présidents de chambre et deux conseillers désignés par chambre spécialement concernée. Or, il semble qu'au sein même de la Cour de cassation, le recours à une formation de jugement ad hoc suscite des réserves.

.

Quelles que soient ses limites et celles-ci doivent être respectées, la procédure de l'avis de droit n'en constitue pas moins un instrument extrêmement utile, notamment dans les contentieux de masse, comme c'est le cas en droit du travail. Employée à bon escient, elle pourrait permettre d'éviter bien des litiges inutiles.

Il serait donc souhaitable d'encourager les juges à recourir à cette procédure, notamment dans les contentieux de masse comme le contentieux du travail. Cela passe sans doute par un effort de sensibilisation et de formation en direction des juges du fond et par l'abandon du recours à une formation spéciale de jugement au sein de la Cour de cassation

Mais de telles mesures ne seront sans doute pas suffisantes, notamment si l'on souhaite donner à la Cour de cassation les moyens d'éclairer les utilisateurs du droit et les juges dans un délai bref suivant l'édiction de dispositions nouvelles.

Pour aller plus loin, il conviendrait de réfléchir à de nouveaux modes de saisine de la Cour de cassation au profit des autorités de l'Etat.

A l'heure actuelle, la seule façon pour elles de saisir directement la Cour de cassation, dans les litiges dans lesquels l'Etat n'est pas parti, est la procédure du pourvoi dans l'intérêt de la loi régie par la loi du 3 juillet 1967. En vertu de ce texte, le Garde des sceaux peut prescrire au procureur général près la Cour de cassation de former un pourvoi contre tout acte, même devenu définitif, par lesquels les juges ont excédé leurs pouvoirs. Cette procédure, qui revêt un caractère solennel et qui ne peut être exercée qu'à l'encontre d'un acte émanant d'une juridiction, n'est manifestement pas appropriée à notre objet.

Il pourrait être envisagé d'autoriser le Garde des sceaux, de sa propre initiative ou à la demande d'une autre autorité ministérielle, à saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis sur une question de droit nouvelle se posant dans des contentieux en cours suffisamment nombreux devant les juridictions du fond.

Une telle procédure, qui ne serait évidemment pas limitée aux seuls litiges de droit du travail, permettrait à l'autorité ministérielle compétente, sur la base du contentieux observé au terme de quelques années d'application des dispositions nouvelles, de demander à la Cour de Cassation de précieux éclaircissements.

Proposition n°7

La commission estime qu'il serait souhaitable d'encourager les juridictions à recourir à la procédure de saisine pour avis, notamment en droit du travail. Peut-être l'abandon du recours à une formation de jugement ad hoc au sein de la Cour de cassation, un effort de sensibilisation en direction des magistrats spécialisés et le développement d'une saisine Ministérielle, permettraient-ils de la relancer, au moins pour les litiges portant sur le droit du travail.

3.2 Assurer la stabilité des situations juridiques dans le temps

Au-delà de la réduction des délais de jugement, le renforcement de la sécurité juridique en droit du travail passe par une limitation de la période durant laquelle les usagers du droit du travail peuvent voir remises en cause les décisions qu'ils ont été amenés à prendre ou les rapports de droit qui se sont établis entre eux et des tiers.

Plusieurs pistes de réflexion méritent d'être explorées.

L'une d'entre elles consiste en l'instauration, pour les conventions et accords collectifs de travail, d'un délai de forclusion au-delà duquel ces actes ne pourraient plus être directement attaqués devant le juge et ne pourraient donc plus être rétroactivement effacés de l'ordre juridique.

A l'heure actuelle, les actions en nullité contre de tels actes ne sont pas soumises à des conditions de délai spécifiques. Ils peuvent être attaqués longtemps après leur entrée en vigueur, dans la limite du délai de droit commun de cinq ans prévu par l'article 1304 du code civil pour les actions en nullité ou en rescision d'une convention. Or, un accord collectif organise la vie interne d'une entreprise ou d'un secteur économique. Il conditionne de nombreuses situations individuelles. Son éventuelle disparition rétroactive tant d'années après son entrée en vigueur peut donc entraîner des effets en chaîne très déstabilisants et créer des situations inextricables pour l'ensemble de la communauté de travail.

Proposition n°8

La commission recommande d'instituer, comme c'est le cas pour tous les actes administratifs, un délai de forclusion relativement court au-delà duquel tout recours en annulation contre une convention ou un accord collectif de travail deviendrait impossible.

Ce délai pourrait être fixé, comme pour les actes administratifs, à deux mois à compter de la conclusion de l'accord, ce qui suppose de prévoir parallèlement des mesures de publicité adéquates.

L'institution d'une telle forclusion ne porterait pas atteinte aux droits individuels des salariés. En particulier, elle ne ferait pas obstacle à ce qu'un salarié puisse, même après l'expiration du délai de recours, obtenir individuellement réparation du préjudice qu'il estimerait avoir subi du fait de l'application de telle ou telle clause illicite d'un accord collectif.

De même, l'action en interprétation resterait bien sûr possible sans limitation dans le temps.

La même règle pourrait être étendue aux plans de sauvegarde de l'emploi, qui peuvent eux aussi, en l'état actuel des textes, être attaqués sans condition de délai particulière[5]. En effet, leur annulation emporte des effets très importants, puisqu'elle entraîne la nullité de tous les licenciements intervenus sur le fondement du plan. Il est donc essentiel, en terme de sécurité juridique, que les recours contre de tels actes soient enserrés dans un délai relativement court.

Un autre facteur d'insécurité juridique en droit du travail tient à la longueur du délai dans lequel il est possible d'engager une action indemnitaire.

[5] La Cour de cassation a jugé que le délai de droit commun de 5 ans prévu à l'article 1304 du code civil pour les actions en nullité des conventions s'appliquait également aux actions dirigées contre de tels actes (Cass soc 28 mars 2000 , bull civ V n°132, et avis 14 mars 2001, rapport J. Y. Frouin)

Si les actions en paiement des salaires et assimilés sont soumises à un délai de prescription raccourci de cinq ans, comme toutes les créances payables à terme périodique, conformément à l'article L. 143-14 du Code du travail qui reprend le deuxième alinéa de l'article 2277 du code civil, pour les actions indemnitaires, notamment celles qui portent sur les indemnités de rupture ou sur le versement de dommages et intérêts, y compris pour des faits de discrimination, c'est le délai de droit commun de trente ans qui s'applique. La même règle vaut pour les actions portant sur des créances dont le montant n'est pas connu du salarié, notamment pour les litiges relatifs à la participation aux résultats de l'entreprise (Cass soc 25 janvier 1989 bull civ V n°81).

L'application du délai de prescription de droit commun dans de telles hypothèses soulève de réelles difficultés, tant sur le plan pratique que juridique. Le juge peut en effet être conduit à connaître de litiges très anciens. Or, plusieurs dizaines d'années après la période litigieuse, alors que le salarié et les différents protagonistes auront le plus souvent quitté l'entreprise, les éléments de preuve ont généralement disparu et le débat contentieux se déroule dans des conditions aléatoires, parfois même inéquitables si les lois d'amnistie intervenues entre temps privent l'entreprise des preuves dont elle aurait pu, autrement, faire état. Par ailleurs, les effets des modifications de jurisprudence s'en trouvent démultipliés. Telle action contentieuse, vouée au rejet lorsque le salarié a quitté l'entreprise, peut soudain s'avérer très avantageuse plusieurs années après, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence. L'inverse étant également possible.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées. La plus simple consisterait à unifier le délai de prescription pour toutes les actions en paiement liées à l'exécution du contrat de travail, y compris pour les actions en responsabilité, et de retenir le délai unique de 5 ans. La commission a cependant considéré que cette solution pourrait s'avérer excessivement rigoureuse dans certains cas: une action en justice n'est pas une démarche anodine et les salariés victimes d'un préjudice au sein de leur entreprise peuvent mettre parfois plusieurs années à se décider à porter l'affaire en justice.

Aussi la commission privilégie-t-elle plutôt une solution intermédiaire, consistant à étendre le délai de prescription raccourci de 5 ans, au-delà des actions en paiement des salaires et rémunérations, à toutes les actions visant au versement de sommes dues en contrepartie de l'exécution d'une prestation de travail, en particulier la participation aux fruits de l'expansion, et à ramener le délai de prescription pour les actions en dommages et intérêts liées à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail à 10 ans au lieu de 30 ans.

Proposition n°9

Il serait souhaitable de généraliser la règle de prescription de cinq ans applicable aux demandes de salaires et assimilés, à toutes les actions visant au paiement de sommes dues en contrepartie de l'exécution de la prestation de travail. Pour les actions indemnitaires, que celles-ci soient liées à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail, un délai de prescription intermédiaire de 10 ans pourrait être retenu.

Il est par ailleurs essentiel que les litiges financiers nés à l'occasion d'une relation de travail se règlent soit tant que la relation se poursuit, soit, au plus tard, dans un délai raisonnable à compter de la fin de cette relation, qui pourrait être fixé à 5 ans. Au-delà, le débat devant le juge devient très aléatoire et peu productif.

3.3 **Donner aux juridictions la possibilité de mieux maîtriser les effets de leurs décisions dans le temps.**

Le premier effort devrait consister à circonscrire les effets des revirements de jurisprudence.

Un changement de la jurisprudence dans un environnement législatif inchangé emporte toujours des effets fortement déstabilisateurs pour les usagers du droit du travail. Ceux-ci sont en quelque sorte pris à contre-pied et découvrent soudain qu'ils se sont placés sans le savoir et en toute bonne foi en situation d'illégalité.

Dans le même temps, il est normal et sain que la jurisprudence ne soit pas figée une fois pour toutes et puisse évoluer en tenant compte des réalités du terrain et des attentes du corps social.

Il convient donc d'œuvrer, non pas à figer la jurisprudence, mais à en rendre les évolutions plus prévisibles et moins brutales.

A ce titre, il pourrait notamment être utile de reconnaître aux plus hautes juridictions, et notamment à la Cour de cassation la faculté de moduler les effets de leurs décisions dans le temps, pour atténuer les effets les plus déstabilisateurs des revirements de jurisprudence sur les tiers.

Une telle faculté a été reconnue à la CJCE par les dispositions figurant aujourd'hui à l'article 231 du Traité sur l'Union Européenne[6]. Celle-ci a pu ainsi être amenée à limiter à l'avenir les effets de l'annulation d'un acte communautaire qu'elle prononçait, afin d'éviter la naissance d'un vide juridique préjudiciable au bon fonctionnement des institutions communautaires (CJCE 3 juillet 1986 Conseil c/ Parlement, aff 34/86, rec. p.2155). Elle s'est également servie de cet instrument pour indiquer que la position nouvelle qu'elle prenait, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, quant à la portée ou à la validité d'une règle communautaire ne valait que pour l'avenir (CJCE 8 avril 1976 Defrenne c/ Sabena aff 43/75, rec. p. 454), permettant ainsi aux justiciables d'anticiper sur cette nouvelle donne juridique, sans voir remettre en cause leurs décisions passées.

Les juridictions françaises ne disposent pas, à ce jour, de la même latitude, même si elles ont tenté de se la forger de façon prétorienne (Cass 1ère civ 25 novembre 1997, bull civ I n°328, CE 27 juillet 2001 Titran).

Le gouvernement envisage, semble-t-il, de s'inspirer de l'article 231 du traité sur l'Union européenne et d'insérer dans le code de justice administrative une disposition permettant au Conseil d'Etat de prononcer des annulations d'actes réglementaires ne valant que pour l'avenir, à la faveur du projet de loi d'habilitation à simplifier le droit actuellement en cours d'élaboration.

---

[6] « *Si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenu l'acte contesté. /Toutefois, en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs* »

Proposition n°10

La commission recommande que la Cour de cassation se voie reconnaître par la loi la faculté de moduler les effets de ses décisions dans le temps.

Cette faculté ne peut qu'être laissée à la discrétion du juge, à charge pour lui de déterminer, au cas par cas, s'il convient de faire prévaloir immédiatement l'interprétation nouvelle qu'il donne de telle ou telle règle – ce sera généralement le cas pour toutes les règles de protection ou d'ordre public – ou s'il convient de limiter son application aux situations nouvelles.

Plus généralement, la commission estime nécessaire d'encourager aussi les juridictions de première instance ou d'appel à tenir compte du facteur temps dans les décisions qu'elles rendent. Ainsi, plutôt que d'annuler purement et simplement un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur et de créer ainsi une situation de vide juridique déstabilisante pour l'entreprise et ses salariés, il peut être plus expédient d'inciter les parties à remédier, sans attendre, au vice constaté, sous le contrôle du juge. Certaines juridictions se sont d'ores et déjà engagées dans cette voie dans des litiges de droit du travail. Il serait souhaitable que ce modèle fasse école.

3.4 Renforcer le dialogue entre les acteurs du droit du travail

Bon nombre des difficultés pointées par les usagers du droit du travail tiennent à une insuffisante coordination entre les différents producteurs de règles, qui évoluent dans des univers différents et poursuivent chacun des objectifs qui leur sont propres.

Pour faciliter leur tâche, les différents acteurs (parlementaires, juges, partenaires sociaux, mais également fonctionnaires spécialisés, avocats et universitaires) devraient se voir donner les moyens d'entrer plus régulièrement en contact les uns avec les autres.

Un tel dialogue, organisé dans le respect de l'indépendance des juges, faciliterait le travail de ces derniers qui, intervenant a posteriori, se voient impartir la mission délicate et ô combien difficile de combiner les différentes sources de droit et de leur donner une certaine cohérence, avec tous les aléas que comporte un tel exercice.

Cet effort devrait porter en priorité sur le droit négocié

A l'occasion d'un litige individuel opposant un salarié à son employeur ou d'une action collective ou individuelle tendant à l'annulation, à l'application ou à l'interprétation d'un accord collectif de travail, le juge est fréquemment confronté à des difficultés d'interprétation des stipulations conventionnelles, soit que celles-ci soient peu claires dans leur formulation, soit qu'elles contredisent apparemment d'autres stipulations du même accord.

A l'heure actuelle, il a la faculté de consulter une commission d'interprétation composée des signataires de l'accord, lorsque celle-ci est prévue par la loi et a été effectivement mise en place. L'avis rendu par la commission paritaire n'a, selon la jurisprudence, cependant pas de portée contraignante à son égard.

Or, l'obligation de constituer une telle instance n'est prévue, à l'article L.132-17, que pour les accords de branches ou pour les accords professionnels ou interprofessionnels. Il s'agit de plus d'une obligation qui n'est pas assortie de sanction, même si sa mention dans l'accord est une des conditions de l'extension.

Les juges eux-mêmes appellent de leurs vœux le développement de telles commissions qui peuvent utilement éclairer le débat contentieux (cf Cour de cassation, rapport public 1994, p.17). Dans la perspective d'un développement du droit négocié, cet instrument de clarification du droit prend un intérêt nouveau et mérite d'être favorisé.

Proposition n°11

La commission recommande d'encourager la mise en place des commissions paritaires d'interprétation par les accords collectifs de travail conclus au niveau des entreprises ou des groupes. Par ailleurs, la loi devrait rendre obligatoire la saisine de ces instances par le juge en cas de difficulté d'interprétation. Leurs avis ne s'imposeraient toutefois à la juridiction saisie qu'à la condition d'avoir été rendus à l'unanimité des signataires. Enfin, celle-ci resterait évidemment libre d'en tirer les conséquences contentieuses appropriées et en particulier d'écarter, comme invalide, la clause telle qu'éclairée par la commission paritaire d'interprétation.

Pour éviter tout blocage de la procédure, un délai serait prévu, à l'issue duquel, en l'absence de réponse, le juge pourrait considérer que la commission paritaire n'a pas souhaité se prononcer (par exemple 3 mois, à l'instar de ce qui vaut pour la procédure d'avis de droit, conformément à l'article L.151-2 du code de l'organisation judiciaire)

Plus généralement, il pourrait être utile de renforcer les occasions d'échanges entre les usagers du droit du travail et les juridictions, notamment les plus hautes juridictions, pour permettre à celles-ci de mieux appréhender les enjeux des décisions qu'elles sont appelées à rendre et de statuer en toute connaissance de cause.

Au sein de la Cour de cassation, ce rôle de relais et d'éclaireur pourrait utilement être confié aux avocats généraux.

Ceux-ci l'exercent d'ailleurs déjà en partie. N'appartenant pas à la formation de jugement, appelés à donner leur avis sur les affaires soumises à la Cour de cassation en toute indépendance, ils peuvent librement consulter et procéder aux auditions de leur choix. Tous ne recourent pas, toutefois, à cette faculté, et le cadre juridique de ces démarches gagnerait à être précisé pour que celles-ci puissent se développer.

Proposition n°12

La commission recommande de reconnaître officiellement à l'avocat général un rôle d'interface entre la juridiction et la société civile.

Une telle réforme ne pourrait bien évidemment se limiter aux seuls litiges de droit du travail et devrait concerner toutes les affaires soumises à la Cour de cassation.

Les aménagements des règles de fonctionnement interne des juridictions ne suffiront sans doute pas à eux seuls à satisfaire le besoin de dialogue entre les acteurs. Pour que ce

dialogue puisse se nouer dans la durée et porter ses fruits, une ou des instances spécifiques devraient être mises en place, associant tous les acteurs du droit du travail pour leur permettre d'échanger leurs points de vue, d'identifier les difficultés concrètes d'application et de faire des propositions de réformes.

A l'heure actuelle, toutes les parties prenantes du droit du travail s'accordent à constater les difficultés auxquelles elles se heurtent pour nouer les unes avec les autres des relations suivies. L'administration du travail, qui occupe pourtant une position centrale au sein du dispositif normatif, souligne ainsi qu'elle a du mal à établir un contact permanent et suffisamment nourri avec les différentes juridictions et notamment avec la Cour de cassation.

Symétriquement, celle-ci fait valoir qu'elle a, elle aussi, du mal à établir des contacts avec les administrations ou avec le Parlement, et plus largement avec le monde de l'entreprise ou les partenaires sociaux. Elle observe que bon nombre des observations faites dans le cadre de son rapport annuel restent sans suites efficaces.

Il manque donc un lieu neutre dans lequel ces différents acteurs pourraient se rencontrer et chercher les moyens de remédier aux difficultés qui se posent à eux.

Proposition n°13

Une instance ad hoc pourrait être créée, sur le modèle du Haut conseil à l'intégration ou du Conseil des impôts. Placée auprès du Premier ministre, associant représentants de l'Etat, magistrats, représentants des milieux syndicaux et patronaux et experts, elle pourrait jouer un rôle de veille juridique et être chargée par le gouvernement de pointer les difficultés qui se posent dans tel ou tel domaine du droit du travail. Elle pourrait aussi attirer l'attention des pouvoirs publics sur les projets de réforme qui lui paraîtraient utiles.

4. Un code du travail plus efficace et plus sûr pour les salariés comme pour les entreprises

Outre les difficultés transversales liées à la structure même du droit du travail, la commission s'est efforcée d'identifier les principales dispositions qui posent problème aux salariés ou aux employeurs dans les relations individuelles ou collectives de travail en s'attachant surtout aux aspérités qui sont suffisamment régulièrement citées par l'ensemble des acteurs pour que l'on puisse presque parler de consensus à leur sujet. Même si, bien sûr, les remèdes à ces difficultés font souvent l'objet de points de vue sensiblement différents.

Compte tenu du temps qui lui était imparti, la commission a renoncé à établir une liste exhaustive des « points noirs » du code du travail Elle a privilégié une approche plus sélective, à travers deux thèmes de réflexion : la sécurisation de la relation de travail et le développement de nouvelles formes d'emploi, d'une part, et l'amélioration du fonctionnement des institutions représentatives du personnel, d'autre part. Ces deux thèmes lui ont semblé en effet de nature à répondre au double objectif fixé par la lettre de mission du Ministre, à savoir encourager le développement de l'activité, et donc de l'emploi, et favoriser le dialogue social au sein des entreprises et des branches.

Pour chacun de ces thèmes de réflexion, elle s'est attachée à identifier les principales difficultés à résoudre comme un premier résultat qui puisse nourrir l'effort des négociateurs ou du gouvernement dans la période à venir.

Elle s'est ensuite efforcée, chaque fois que cela lui a paru possible, de dégager des propositions de solutions. Dans le cas contraire, les difficultés rencontrées sont toujours analysées, accompagnées de pistes de solution à compléter ou à amender par le négociateur ou le législateur.

Elle a ainsi volontairement laissé de côté des sujets pourtant tout aussi importants, par exemple le traitement de l'inaptitude, le statut des expatriés, les questions soulevées par le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) ou la situation des salariés dans les entreprises concernées par une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Chacun de ces sujets mériterait à lui seul une étude particulière.

Enfin, s'agissant de la réglementation du travail, et en particulier de la durée du travail, elle s'en est tenue, pour des raisons qui seront développées plus loin, à un recensement des principales difficultés techniques rencontrées par les entreprises. Ces difficultés font l'objet de l'annexe 2 du présent rapport. Elle a suivi la même démarche en ce qui concerne le thème des sanctions.

On le voit, et ceci sera repris en conclusion, ce travail mériterait d'être élargi et approfondi, peut-être dans un cadre plus structuré.

4.1 Sécuriser la relation de travail et favoriser le développement de l'emploi

Au cours des trente dernières années, l'économie française s'est profondément modifiée. Elle s'est progressivement tertiarisée et internationalisée. Les entreprises, notamment les plus grandes d'entre elles, combinent de façon de plus en plus intime organisation hiérarchique et organisation en réseau. Contraintes de s'adapter sans cesse à la concurrence, elles fonctionnent autour de projets à échéance limitée dans le temps.

Ces évolutions ont évidemment eu des répercussions sur l'emploi. Les entreprises sont désormais à la recherche d'une main d'œuvre formée, flexible et adaptable. Elles n'hésitent pas à faire appel à des prestataires de services extérieurs pour des durées plus ou moins longues. Au sein d'une même entreprise, la communauté de travail est fréquemment devenue une communauté à géométrie variable, au sein de laquelle coexistent différents statuts. Le contenu des postes de travail évolue, les lieux d'activité se déplacent. Pour toutes ces raisons, les contraintes qui s'exercent sur les salariés sont fortes et leur univers moins certain que jamais.

Le code du travail a évolué moins vite que le monde économique. Construit autour de la relation de travail salariée à durée indéterminée, il n'a pris qu'avec retard en compte les nouvelles formes d'emploi apparues au cours des dernières années. Ce décalage emporte une double conséquence. Le droit du travail n'offre aujourd'hui aux salariés qu'une protection incomplète, faute d'envisager l'ensemble des situations de travail dans lesquelles ils sont susceptibles de se trouver et d'organiser l'évolution de la relation salariale dans le temps. Il laisse par ailleurs certains besoins des entreprises insatisfaits, au détriment de l'activité et de l'emploi.

La commission s'est attachée à réfléchir aux moyens de mieux sécuriser la relation de travail compte tenu des contraintes économiques qui s'exercent sur les entreprises et sur les salariés et de permettre le développement de nouvelles formes d'emploi sans pour autant diminuer les garanties des salariés.

Problèmes recensés :
1 – Le contrat de travail à durée indéterminée : un contenu et des règles de modification trop imprécises
2- La rupture négociée de la relation de travail : un régime à conforter
3 – Les autres formes de contrats : du CDD et de l'intérim au contrat de projet ?
4 – Salariat et non salariat : une frontière imprécise.

4.1.1. Le contrat de travail à durée indéterminée : un régime juridique à préciser

Le droit du travail français s'organise autour du contrat de travail à durée indéterminée. Il s'agit là de la forme d'emploi la plus à même d'offrir au salarié des garanties de stabilité et de lui permettre de s'investir durablement dans la vie de son entreprise. Sa prééminence doit impérativement être confortée.

Pourtant, le code du travail est particulièrement elliptique sur le contenu exact de ce contrat et le régime juridique auquel il obéit, se bornant, à l'article L.121-1, à renvoyer aux règles de droit commun (et donc au code civil). Cette référence est trompeuse, car les règles du code civil ne sont évidemment pas toutes adaptées à la nature particulière du contrat de travail, contrat d'adhésion plutôt que contrat synallagmatique organisant une relation de subordination entre deux individus. La jurisprudence a été conduite à s'en écarter sur de nombreux points.

Elément d'incertitude supplémentaire, très nombreux sont les salariés qui ne disposent pas d'un contrat écrit. Ils n'ont donc que des indications implicites ou incomplètes sur leur situation juridique vis à vis de leur employeur.

Pendant longtemps, cette situation de flou est restée sans véritable conséquence : l'important, aux yeux des salariés comme des employeurs, était la norme collective applicable dans l'entreprise ou dans la branche (accord collectif de travail ou usage). C'est elle qui déterminait le cadre de la relation de travail. Le contrat lui-même se limitait à l'acte d'embauche; il était présumé suivre ensuite l'évolution de la norme collective.

Cet équilibre s'est progressivement modifié. Dans un environnement économique beaucoup plus mouvant, les salariés connaissent des carrières moins linéaires et plus individualisées qu'autrefois. Chacun d'entre eux peut être appelé à changer plusieurs fois de poste ou d'établissement au sein de la même entreprise comme à passer d'une entreprise à une autre.

Dans ce contexte, le contrat de travail qui détermine les droits et obligations réciproques du salarié et de l'employeur revêt une signification nouvelle. Il importe évidemment aux deux parties de connaître les engagements pris l'un à l'égard de l'autre et, surtout, de savoir comment ils peuvent évoluer dans le temps, singulièrement lorsqu'il n'existe aucun contrat formalisé.

Au cours des dernières années, la chambre sociale de la Cour de cassation a développé une importante jurisprudence relative à la modification du contrat de travail.

Depuis 1996, elle distingue ainsi la modification du contrat, d'une part, et le simple changement des conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, d'autre part. Dans la première hypothèse, l'accord du salarié est nécessaire, faute de quoi l'employeur doit, soit renoncer à la modification proposée, soit procéder au licenciement du salarié, le motif d'un tel licenciement correspondant alors aux raisons justifiant la modification proposée. Dans la seconde hypothèse, le salarié ne peut pas refuser, sous peine de commettre une faute légitimant un licenciement, cette faute pouvant, selon les circonstances, revêtir la qualification d'une faute grave.

La mise en oeuvre de cette distinction a conduit la Cour de cassation à préciser les éléments qui relèvent par nature du contrat de travail, même en l'absence d'écrit formalisant la relation de travail. Outre la nature du contrat (CDI, CDD), ce socle contractuel se compose de quatre éléments :

- La rémunération contractuelle (montant et mode de la rémunération prévus par le contrat. En l'absence d'écrit, la rémunération perçue par le salarié ; les éventuels éléments de rémunération provenant du statut collectif ne sont pas contractuels).
- La qualification professionnelle (fonctions et niveau du poste occupé)
- La durée du travail (au sens du volume de la prestation : forfait, temps partiel)
- La localisation géographique entendue comme un « secteur géographique »

Cette liste n'est évidemment pas limitative. Rien n'interdit en effet aux parties de compléter le contrat de travail en y ajoutant des clauses portant sur la période d'essai, la mobilité géographique, les compléments de rémunération, les obligations de non-concurrence... Mais il faut que la volonté de contractualiser ces éléments soit explicite.

En effet, tout ce qui figure dans l'écrit qui formalise le contrat de travail ne revêt pas nécessairement un caractère contractuel. La Cour de cassation distingue ainsi les clauses informatives des clauses contractuelles. Ainsi, à propos de la location géographique de l'emploi, elle affirme que « *la mention du lieu de travail dans le contrat a valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son contrat de travail dans ce lieu* »[7].

La jurisprudence s'est ainsi efforcée d'éviter une trop forte casuistique en se livrant à une recherche objective des éléments du contrat. Il reste que, pour les principaux intéressés, il n'est pas toujours facile d'identifier ce qu'est une modification du contrat. Ainsi, si la modification des horaires de travail constitue un simple changement des conditions de travail, le passage d'un horaire de jour à un travail de nuit, ou d'un horaire continu à un horaire discontinu constitue en revanche une modification du contrat. De même, la détermination du secteur géographique est une question régulièrement débattue devant les juges du fond.

Si le régime jurisprudentiel de la modification du contrat de travail peut apparaître globalement équilibré et fondé dans ses principes, il comporte donc quelques défauts dont le premier tient précisément à sa nature : création jurisprudentielle, il est par définition évolutif et difficile à comprendre pour les intéressés. Une telle situation est inadaptée pour un instrument destiné à être utilisé au quotidien par des non-spécialistes.

Aussi, de l'aveu unanime de tous les usagers du droit du travail, une formalisation de ce régime est-elle devenue nécessaire.

La commission propose d'organiser cette réforme en trois volets.

[7] Cass soc 2 juin 2003 RJS 8-9/03 n°980

Proposition n°14

Il convient d'abord de rendre obligatoire par la loi la formalisation par écrit du contrat de travail, sans pour autant exiger l'écrit en condition de validité du contrat. Le contrat à durée indéterminée demeure un contrat consensuel, ce qui permettrait d'informer clairement le salarié, notamment lors de son embauche, des engagements contractuels que lui-même et son employeur ont pris l'un à l'égard de l'autre. Ce contrat écrit devrait s'accompagner d'un document retraçant le cadre dans lequel s'inscrit la relation de travail et rappelant, à titre d'information, les règles d'origine non contractuelle qui s'appliquent dans l'entreprise (accords collectifs de travail, engagements unilatéraux de l'employeur, en particulier règlement intérieur ou horaire de travail) .

Cette réforme permettrait au demeurant d'assurer une application plus efficace de la directive n° 91/533/CEE adoptée au Conseil du 14 octobre 1991. Cette directive impose en effet à l'employeur de porter par écrit à la connaissance du travailleur l'ensemble des composantes de la relation de travail, qu'elles soient ou non de nature contractuelle.

Proposition n°15

La commission préconise par ailleurs que soient définis, par la loi, les éléments devant obligatoirement figurer dans le contrat de travail, à savoir la nature du contrat, la qualification, les éléments garantis de la rémunération, le secteur géographique, la durée du travail (au sens du volume de la prestation), et que soit expressément précisé le fait que ces éléments ne peuvent être modifiés sans l'accord exprès du salarié.

Par ailleurs, pour faciliter la tâche des usagers, la loi pourrait renvoyer au règlement ou à la négociation collective le soin d'élaborer des contrats de travail types

Les parties resteraient évidemment libres de prévoir des clauses contractuelles supplémentaires (clause de non-concurrence ou de mobilité par exemple) ou de préciser les clauses obligatoires (primes ou rémunération variable, stipulation du lieu de travail plutôt que du secteur géographique, par exemple).

En l'absence de telles clauses particulières, toutes les autres mentions relatives au contenu de la relation de travail figurant dans le document écrit remis au salarié lors de son embauche s'analyseraient comme purement informatives. Les éléments de la relation de travail non contractualisés resteraient soumis, notamment en matière de modification, aux règles de droit commun applicables aux normes dont ils sont issus (accord collectif, statut ou décision unilatérale de l'employeur).

Il serait enfin souhaitable de préciser les règles régissant la procédure de modification du contrat de travail.

Actuellement, seul est prévu dans le code du travail le cas de la modification pour un motif économique. L'article L.321-1-2 du code du travail prévoit ainsi que la proposition de modification doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception et que le salarié est réputé donner son accord lorsqu'il conserve le silence pendant plus d'un mois. Pour les autres cas, aucune procédure particulière n'est prévue. La proposition de modification peut donc être faite oralement, sans formalisme particulier En revanche, son acceptation est

subordonnée à un accord exprès du salarié, et ce, sans que celui-ci n'ait un délai impératif pour se prononcer.

Proposition n°16

La commission recommande de soumettre la procédure de modification pour un motif autre qu'économique à des règles claires. Comme en matière économique, il serait souhaitable que la proposition de modification soit faite par écrit afin d'assurer une complète information du salarié. La loi pourrait ainsi imposer à l'employeur de préciser tout à la fois la nature de modification proposée et les conséquences qu'il entend tirer d'un éventuel refus du salarié. Symétriquement, le salarié pourrait se voir impartir un délai impératif pour réagir. En cas de silence de sa part, à l'expiration de ce délai, il serait réputé avoir refusé la modification proposée.

4.1.2. La fin de la relation de travail : valoriser la voie de la rupture négociée

Le contrat de travail à durée indéterminée peut cesser à l'initiative du salarié – c'est l'hypothèse d'une démission – ou, comme c'est le plus fréquemment le cas, à l'initiative de l'employeur – c'est l'hypothèse du licenciement.

La commission n'a pas souhaité s'attarder sur ce dernier thème.

Il lui a semblé en effet que les règles qui encadrent le licenciement pour motif personnel, ont atteint un certain équilibre et assurent une protection satisfaisante au salarié.

Quant au licenciement collectif pour motif économique, les partenaires sociaux ont engagé, à l'invitation du législateur, une négociation interprofessionnelle. Cette négociation est en cours ; il n'est donc pas possible, ni efficace pour la commission d'avancer des propositions qui viendraient troubler le jeu naturel de la négociation.

S'il devait être finalement constaté que cette négociation ne parvient pas à déboucher sur un accord, la commission serait prête à prolonger exceptionnellement ses travaux pour proposer des pistes de solution qui pourraient dans ce cas contribuer au travail législatif nécessaire dans cette hypothèse.

Mais, en dehors de la démission et du licenciement, il est possible de rompre le contrat de travail d'un commun accord comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation : «le contrat de travail peut prendre fin non seulement par un licenciement ou par une démission, mais encore du commun accord des parties » (Cass. Soc. 2 décembre 2003, n°01-46.176) .

La commission estime que la reconnaissance officielle de ce troisième mode de rupture non conflictuel du contrat de travail, autrement appelée rupture négociée, doublée de la mise en place d'un régime social et fiscal adapté, apporterait une clarification bienvenue et permettrait d'éviter certains « faux » licenciements.

A l'heure actuelle, lorsqu'il y a accord sur le principe même du départ du salarié, les parties privilégient malgré tout la voie du licenciement pour des raisons qui sont essentiellement fiscales et sociales. En cas de rupture négociée, le salarié se voit en effet le plus souvent exclu du bénéfice des allocations chômage, du moins pendant plusieurs mois. Ce

mode de résiliation du contrat est en effet assimilé par les ASSEDIC à une cessation d'activité volontaire de la part du salarié et n'ouvre donc pas droit à indemnisation, sauf lorsque le départ est lié à un motif économique.

La commission estime qu'il n'est pas opportun de rompre avec cette logique et d'assimiler par principe rupture négociée et licenciement du point de vue de la couverture chômage. Une telle évolution pourrait entraîner pour l'assurance chômage un surcroît de dépenses non négligeable.

Elle préconise donc plutôt la mise en place d'un régime particulier d'indemnisation au profit des salariés ayant été conduits à quitter leur emploi à la suite d'une rupture négociée de leur contrat. Le versement des prestations d'assurance chômage pourrait par exemple être subordonné au versement par l'employeur d'une contribution aux ASSEDIC dont le montant minimal pourrait être fixé par la loi pour un montant correspondant à une fraction de l'indemnité conventionnelle du licenciement.

La fiscalité des sommes versées dans le cadre de la rupture négociée du contrat de travail devrait par ailleurs être revue et rapprochée de la fiscalité des indemnités de licenciement.

Proposition n°17

Un cadre juridique spécifique devrait permettre d'inscrire la rupture négociée dans un ensemble légal évitant le détournement de la procédure de licenciement ou de démission pour des raisons fiscales et sociales.

4.1.3 Le contrat à durée déterminée et l'intérim, le contrat de projet

A côté du contrat de travail à durée indéterminée, contrat de droit commun dans le droit du travail français, des contrats spéciaux, souvent appelés contrats temporaires, se sont développés au cours des dernières décennies (CDD, intérim, contrats aidés) .

Les salariés employés sous l'un de ces contrats spéciaux constituent une fraction significative de la population active: 540.000 personnes en équivalent temps plein bénéficiaient en octobre 2003 d'un contrat de travail temporaire, tandis que le nombre de salariés employés sous CDD atteignait au premier trimestre 2003 près de 2 millions, dont plus de la moitié dans le secteur public, et celui des personnes bénéficiant d'un contrat aidé, 500.000.

Après plusieurs années de flottements, s'expliquant par la crainte, légitime, des salariés de voir ces nouveaux contrats supplanter le contrat à durée indéterminée, le régime du contrat à durée déterminée et de l'intérim, issu d'un accord national interprofessionnel conclu le 24 mars 1990 et transcrit ensuite dans la loi, a progressivement trouvé son équilibre.

Deux traits le caractérisent aujourd'hui.

En premier lieu, les cas de recours à ce type de contrats sont nettement cantonnés à une série de motifs précis, notamment l'accroissement temporaire des besoins des entreprises ou le remplacement de salariés absents. La seule exception concerne les contrats réservés aux

personnes en difficulté (contrats emplois solidarité, contrats initiatives emplois) qui peuvent être utilisés pour pourvoir à l'activité normale et permanente de l'entreprise (Cass soc 18 novembre 2003 n°01-46.408).

En second lieu, la situation de moindre stabilité à long terme dans laquelle se trouvent les salariés trouve sa contrepartie dans les garanties dont ils bénéficient à court terme, puisque leur contrat ne peut être rompu avant la date fixée sauf en cas de faute grave ou de force majeure, et dans les avantages, notamment financiers, qui leur sont accordés (indemnité de fin de contrat, indemnité de précarité).

Cette situation favorable plaide pour que soit conservé tel quel le dispositif législatif en vigueur.

Il faut en particulier souligner le relatif consensus obtenu autour de la liste des cas de recours aux CDD et à l'intérim qui paraît maintenant bien stabilisée. Le plafonnement de la durée et le mécanisme de tiers temps avant conclusion d'un nouveau contrat sur un même poste apparaissent, même s'ils sont souvent critiqués par les employeurs, des instruments indispensables pour éviter que les CDD et l'intérim ne soient pas utilisés, en lieu et place des CDI, pour une activité ayant un caractère permanent.

Tout au plus pourrait-on envisager d'assouplir la règle selon laquelle le contrat ne peut être renouvelé qu'une seule fois. En effet, dans certaines hypothèses, un tel assouplissement pourrait permettre une prolongation utile des relations contractuelles de travail, ceci n'étant bien sûr envisageable que dans le respect de la durée maximale de 18 mois.

Par ailleurs, compte tenu des récents développements de la jurisprudence judiciaire, il conviendrait peut-être de rappeler clairement que ces contrats ne sont pas limités aux activités accessoires de l'entreprise et qu'ils peuvent être utilisés pour faire face à des fluctuations temporaires de l'activité principale de l'entreprise.

La commission estime toutefois qu'une évolution des règles en vigueur serait souhaitable sur deux points.

Le premier touche aux contrats à durée déterminée dits d'usage.

A côté des cas strictement encadrés dans lesquels il peut être recouru aux contrats à durée déterminée ou à l'intérim, s'est maintenue la possibilité, « *pour certains secteurs d'activité [dans lesquels] il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois* » de recourir à des contrats à durée déterminée en dehors des prescriptions de droit commun (art. L. 122-1-1, 3°du code du travail). La seule limite tient au fait que ces secteurs doivent être définis par décret ou par voie d'accord collectif étendu. L'article D.121-2 du code du travail fixe ainsi une liste de 20 secteurs qui vont des exploitations forestières au sport professionnel en passant pas l'audiovisuel ou l'hôtellerie et la restauration.

Les contrats à durée déterminée dits d'usage échappent à la plupart des règles protectrices prévues par le code du travail pour les contrats à durée déterminée de droit commun. Ils peuvent être conclus sans termes précis et donc pour une durée excédant 18 mois (article L.122-1-2 III). Ils peuvent de plus être reconduits plusieurs fois successivement.

Enfin, le salarié ne bénéficie pas de l'indemnité de fin de contrat ni du mécanisme du tiers temps (Cass soc 8 octobre 1996 D. 1998 somm p.9). Le salarié employé sous contrat d'usage peut donc être maintenu durablement dans une situation précaire sans bénéficier d'une contrepartie. Sa position est donc à maints égards moins favorable que celle du salarié employé sous contrat à durée déterminée de droit commun.

La jurisprudence évolue de plus vers une acception plus souple des cas dans lesquels il peut être recouru à ce type de contrats. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'un tel contrat peut être valablement passé pour tout emploi pour lequel, dans un secteur d'activité donné, il est d'usage de ne pas recourir à un CDI, même s'il s'agit de pourvoir à un poste permanent de l'entreprise (Cass soc 26 novembre 2003 n°01-42977 et 01-47035, à publier au bulletin civil).

Proposition n°18

La commission estime qu'une réflexion devrait être engagée sur les contrats dits d'usage. Elle est consciente qu'une remise en cause radicale de ces contrats risquerait de déséquilibrer les secteurs d'activité qui y recourent massivement, notamment l'hôtellerie restauration ou les industries du spectacle. Pour autant, elle considère que les salariés concernés devraient à tout le moins se voir offrir les mêmes garanties financières que les autres salariés employés sous CDD. Par ailleurs, la limitation dans le temps de la durée du recours à ces contrats devrait également être étudiée.

Si les règles encadrant le recours aux contrats à durée déterminée et à l'intérim paraissent, à l'exception notable des contrats d'usage, avoir atteint un point d'équilibre satisfaisant, il reste que le code du travail ne prend pas en compte certaines hypothèses à mi-chemin entre la relation de travail de brève durée et la relation de travail pérenne, correspondant aux besoins permanents de l'entreprise.

Dans un environnement économique mouvant, les entreprises s'organisent autour de projets, à horizon de quelques mois ou quelques années, dont elles ne sont pas toujours capables de connaître à l'avance les délais de réalisation, mais pour le lancement et l'accomplissement desquels, elles ont besoin d'un renfort de main d'œuvre. Elles hésitent le plus souvent à embaucher des salariés permanents sous contrat à durée indéterminée. A l'inverse, les contrats d'intérim[8] ou à durée déterminée ont souvent une échéance trop courte et leur multiplication qui s'écarte de l'esprit voir de la lettre de la loi ne permet pas d'assurer au projet la continuité qui lui est nécessaire.

Les entreprises se tournent alors vers d'autres formes de concours extérieurs , faisant en particulier appel soit à des prestataires extérieurs qui mettront à leur disposition des salariés pendant le temps nécessaire, soit à des travailleurs indépendants avec lesquels elles passeront un contrat de prestation de service.

Cette situation, qui n'est pas rare dans certaines branches d'activité, présente de nombreux inconvénients. Elle est à la frontière du licite et de l'illicite. La prestation de services peut en effet facilement basculer du côté du prêt illicite de main d'œuvre, qui constitue une infraction pénalement sanctionnée. De plus, elle contribue à développer, au sein d'une même entreprise, une communauté de travail très disparate, dans laquelle les salariés,

[8] conclu en moyenne pour une durée de 2 semaines (source : DARES Premières informations Premières synthèses, novembre 2003 n°47.3)

tout en participant à un projet commun sur un même lieu de travail, n'ont ni le même employeur ni le même statut, ni les mêmes droits. Elle place enfin les salariés concernés dans une situation de grande précarité.

Enfin, ces techniques complexes et risquées sont le plus souvent peu accessibles aux petites et moyennes entreprises et peuvent décourager celles-ci d'engager des projets qui pourraient être créateurs d'emploi.

Proposition n°19

La commission préconise de compléter l'éventail des contrats spéciaux existants en créant une nouvelle forme de contrat, ouverte à des cadres ou des personnels qualifiés, notamment des experts, et permettant à un salarié d'être recruté par une entreprise pour participer à la mise en œuvre d'un projet déterminé. Elle y voit un moyen efficace pour clarifier des situations de travail ambiguës et souvent précaires.

Elle est consciente de l'inquiétude que ne manquera pas de susciter une telle perspective parmi les organisations syndicales. Celles-ci pourront craindre de voir remis en cause le fragile équilibre trouvé autour des dispositions relatives au contrat à durée déterminée et à l'intérim, qui n'ont pas été modifiées depuis plus de dix ans et font l'objet d'un certain consensus.

Mais, dans un contexte de fort chômage et alors que l'emploi des seniors constitue l'un des grands défis des années à venir, la commission estime que l'expérience mérite d'être tentée, en s'entourant des garanties nécessaires pour que ce contrat ne serve effectivement qu'à satisfaire des besoins non permanents des entreprises et qu'il s'accompagne de véritables garanties pour le salarié, en termes de rémunération, de formation et d'accompagnement lors de la recherche d'un nouvel emploi.

Plusieurs pistes peuvent être explorées pour cette nouvelle forme de contrat dont le terme devrait être lié à l'obtention d'un résultat objectif ou d'un événement spécifié.

Une première solution consisterait à élargir le mécanisme applicable aux « contrats de chantier » soumis à l'article L.321-12 du code du travail. Cet article soustrait en effet aux règles du licenciement économique les licenciements qui interviennent à la fin d'un chantier et « *qui revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession* » et autorise donc l'employeur à rompre le contrat de travail à durée indéterminée lorsque les tâches pour lesquelles le salarié a été embauché sont terminées.

Pourtant, la généralisation de ce mécanisme très souple, aujourd'hui limité au secteur du bâtiment pour lequel il est bien adapté, pourrait conduire en pratique à développer des contrats à durée déterminée sans les garanties propres à ce type de contrat.

Aussi un mécanisme plus proche du CDD et de l'intérim paraît-il souhaitable. Pourtant, comme indiqué ci-dessus, la commission souhaite que soit préservé le mécanisme actuellement en place de l'encadrement du CDD et de l'intérim.

La voie la meilleure consiste donc à prévoir, par une disposition spécifique du code du travail, la création d'un nouveau contrat, empruntant son régime au contrat à durée déterminée mais se référant non à une durée préfixée, mais à un terme objectif et à renvoyer ensuite à un

accord collectif de branche étendu, le soin d'organiser, par secteur d'activité, les conditions du recours à de tels contrats.

Ce contrat garantirait aux salariés concernés l'ensemble des garanties attachées aux contrats à durée déterminée ou aux missions d'intérim, en particulier la garantie de l'emploi pendant la durée de la mission, du moins à l'issue d'une période d'essai significative. En revanche, la durée du contrat correspondrait à celle de la réalisation du projet et pourrait donc excéder 18 mois si l'accomplissement du projet le nécessite.

Ce type de contrat, outre le fait de répondre à des besoins spécifiques des entreprises, pourrait également représenter un vecteur privilégié d'accès à la formation permettant à des demandeurs d'emplois d'acquérir ou d'entretenir à travers l'accomplissement d'un projet une capacité d'expertise dans un domaine particulier. Il peut aussi permettre de mobiliser la compétence de personnes qui, dans la dernière période de leur vie professionnelle, disposent d'une expérience importante professionnelle ou managériale.

Des éléments obligatoires de l'accord collectif devront être fixés par la loi, en particulier :

- le principe d'une durée minimale ;
- l'existence d'une indemnité de fin de mission ;
- la nature des activités et des catégories de salariés ;
- la nature des projets susceptibles d'être concernés, ainsi que des événements ou objectifs en déterminant le terme ;
- les mesures envisagées pour favoriser le reclassement à l'issue du contrat.

Cet accord collectif pourrait utilement prévoir que les intéressés bénéficieront des dispositions concernant la formation et le temps de travail qui s'appliquent aux titulaires de contrats à durée indéterminée de l'entreprise qui les emploie.

De façon plus ponctuelle, enfin, la commission s'est intéressée aux moyens de développer le recours aux contrats temporaires, et en particulier à l'intérim pour assurer le remplacement des salariés partis en formation.

Le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social prévoit d'ores et déjà d'instaurer, à son article 6, un mécanisme d'exonération de charges sociales pour faciliter le recrutement de salariés en contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié parti en formation.

Proposition n°20

Le bénéfice de ce mécanisme d'exonération pourrait utilement être étendu aux entreprises de travail temporaire pour les missions d'intérim correspondant au remplacement de salariés partis en formation.

Les entreprises de travail temporaire sont en effet en mesure d'apporter, notamment dans les petites et moyennes structures, une contribution utile en permettant aux entreprises de trouver rapidement les personnes adaptées pour remplacer leurs salariés partis en formation.

4.1.4 Travail salarié et travail indépendant : une frontière imprécise

Si, comme on l'a vu, la situation juridique des salariés gagnerait à être précisée et clarifiée, le même effort devrait être fait en ce qui concerne des situations proches du salariat mais non assimilables à celui-ci, qu'il s'agisse de prestations de service pratiquées par un travailleur indépendant ou de sous-traitance.

Mieux distinguer salariat et prestation de service

Pour qualifier la situation d'un individu qui prête son concours au fonctionnement d'une entreprise ou, plus largement, d'une entité économique, le droit du travail n'offre, en dehors du cas particulier de l'intérim, que deux hypothèses :

- soit, la personne est liée à l'entreprise par un contrat de travail,

- soit, il s'agit d'un travailleur indépendant qui fournit une prestation de services.

Le code du travail établit une véritable présomption en faveur du salariat, sauf lorsque l'intéressé est inscrit au registre du commerce et des sociétés, en vertu de l'article L.120-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique. Mais il ne définit pas les éléments permettant de caractériser l'existence d'une situation de salariat.

La jurisprudence a là encore été amenée à suppléer aux imprécisions de la loi. La Cour de cassation a jugé que l'existence d'un contrat de travail résultait de l'existence d'un lien de subordination caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.

Est ainsi qualifié de salarié le médecin qui exerce dans une clinique avec le matériel de l'établissement, sans avoir le choix de ses malades, et selon les horaires décidés par cet établissement, même s'il perçoit des honoraires reversés par la clinique.

A l'inverse, ne sont pas dans une situation de subordination à l'égard de la société qui a recours à eux : un auteur qui remet à jour un ouvrage à la demande d'un éditeur ou encore un entraîneur sportif, lorsqu'il travaille de façon indépendante.

Cet état du droit, pour l'essentiel jurisprudentiel, est sur certains points en décalage avec l'évolution la plus récente du monde du travail.

Il existe en effet un nombre croissant de situations dans lesquelles les agents décident volontairement de se placer hors de toute relation salariale. Dans certains cas, il s'agit, pour le demandeur de la prestation, de contourner les règles applicables en matière de durée du travail, d'hygiène et de sécurité ou de protection sociale (fausse sous-traitance) . De telles situations doivent évidemment continuer d'être fermement combattues.

Dans d'autres hypothèses, ces situations sont dues à la nature même de la prestation fournie, par exemple lorsque sont en cause des missions ponctuelles de conseil ou d'appui pour lesquelles l'entreprise préfère faire appel à des prestataires de services extérieurs choisis pour leur compétence.

Il est alors important qu'il n'y ait pas d'ambiguïtés tant sur la nature exacte de la relation qui se noue entre la personne qui effectue la prestation et l'entreprise qui en bénéficie, que sur l'étendue de leurs obligations réciproques.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées pour remédier au flou qui caractérise aujourd'hui l'état du droit.

La première d'entre elles consisterait, comme le proposent certains experts, à créer par voie législative une nouvelle catégorie intermédiaire entre le salariat et le travail indépendant. Certains proposent ainsi de consacrer un statut de la « para-subordination » empruntant à la fois au salariat et au travail indépendant.

Mais cette perspective appellerait des choix précis qui demandent encore à être précisés et que la commission ne pouvait ambitionner de prédéterminer. Dans ces conditions, s'engager dans cette voie aurait comporté un risque non négligeable: il n'est déjà pas aisé de distinguer le salariat du non-salariat. On voit mal comment l'introduction d'un troisième statut aux contours imprécis, pouvait s'opérer sans faire naître de nouvelles incertitudes.

La commission propose donc une solution qui consiste à reprendre dans la loi la définition précise du lien de subordination telle qu'elle a été dégagée par voie jurisprudentielle, par opposition à la prestation de service.

Elle suggère par ailleurs que le législateur autorise l'élaboration, par voie d'accord collectif ou à défaut, par voie réglementaire, de contrats types correspondant à l'un ou à l'autre cas. Le recours à ces contrats permettrait aux parties de choisir clairement la cadre juridique dans lequel ils souhaitent s'inscrire et de sécuriser leurs relations dans la durée.

Proposition n°21

La reprise par la loi des critères dégagés par la jurisprudence pour caractériser le salariat est de nature à stabiliser la frontière entre salariat et travail indépendant. Ces critères tiennent à l'existence d'un lien de subordination caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements.

Proposition n°22

L'élaboration de contrats types permettrait aux usagers du droit du travail de choisir dans quel régime juridique ils souhaitent inscrire leur relation.

Clarifier la distinction entre la sous-traitance licite d'une part, et le marchandage ou le prêt illicite de main d'œuvre, d'autre part

Une entreprise est parfaitement en droit de se tourner vers un sous traitant, afin de faire face à des besoins spécifiques, qu'elle ne satisfait pas avec ses propres moyens. Mais, dans certains cas, de telles opérations peuvent s'analyser comme une opération de prêt de main d'œuvre illicite, exposant ainsi le donneur d'ordre à des poursuites pénales.

Le Code du travail, à son article L.125-1, interdit, à peine de sanction pénale, le marchandage c'est-à-dire toute « *opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre (…) qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail* ». L'article L.125-3 interdit quant à lui « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre* », hors les cas où cette opération est effectuée par une entreprise de travail temporaire.

La frontière entre recours légal à un prestataire extérieur, dans le cadre d'un contrat de sous-traitance d'une part et, marchandage ou prêt illicite de main d'œuvre d'autre part n'est pas toujours aisée à percevoir.

La méconnaissance des règles fixées à l'article L.125-1 emporte deux séries de conséquences. En premier lieu, les personnes qui s'y livrent (le fournisseur de main d'œuvre et l'utilisateur) sont passibles de sanctions pénales, l'un pour délit de marchandage, l'autre pour complicité (cf par exemple Cass soc 29 avril 2003 ADP bull soc V n°147). En second lieu, l'utilisateur est regardé comme le véritable employeur des salariés en cause en cas de défaillance du fournisseur, conformément à l'article L.125-2 du code du travail. Il encourt de plus des poursuites pénales pour délit de travail dissimulé.

Alors que le recours à la sous-traitance ou aux contrats d'entreprise se multiplie et qu'il arrive fréquemment que soient présents, parfois durablement, sur le site d'une entreprise, des salariés d'une autre entreprise (ex : démonstrateurs dans une grande surface, agents de gardiennage ou de sécurité, techniciens de surface, mais aussi, dans l'industrie, ingénieurs de bureaux d'études, consultants etc.), la frontière juridique entre sous-traitance ou contrat d'entreprise et marchandage n'a pas une netteté suffisante et résulte quasi-uniquement de la jurisprudence qui recourt à la technique du faisceau d'indices.

En l'état actuel de cette jurisprudence, il y a prêt à but lucratif de main d'œuvre lorsque, par exemple, une entreprise met à la disposition d'une autre des salariés, qui sont placés sous l'autorité de l'utilisateur et qui participent à l'activité normale de celui-ci et lorsque la rémunération du fournisseur est calculée en fonction de la durée de mise à disposition, du nombre et de la qualification des agents (Cass soc 29 avril 2003, préc. ou Cass crim 26 septembre 1995 bull crim n° 287) . Cette opération est en principe illicite, sauf lorsqu'elle est destinée à permettre la transmission d'un savoir-faire ou la mise en oeuvre d'une technicité relevant de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse (Cass soc 9 juin 1993 bull civ V n°164).

A l'inverse, il y a sous-traitance licite ou contrat d'entreprise, lorsqu'un employeur offre à une entreprise un travail ou un service réalisé par son propre personnel qui reste placé sous sa direction et sous sa responsabilité, par le biais d'un contrat qui a pour objet l'exécution d'une tâche objective, définie avec précision, habituellement rémunérée de façon forfaitaire.

Pour lever toute ambiguïté quant au champ exact des infractions définies aux article L.125-1 et L.125-3 du code du travail, il conviendrait d'intégrer les précisions apportées par la jurisprudence dans la loi.

Proposition n°23

La loi pourrait préciser que l'exécution d'un contrat de prestation de services ne constitue pas une opération de prêt de main d'œuvre, dès lors que :

- **Les salariés de l'entreprise sous-traitante participent à la réalisation d'une tâche spécifique et clairement définie avec obligation de résultat qui fait l'objet du contrat ;**
- **L'entreprise sous-traitante reçoit en paiement de sa prestation une rémunération forfaitaire.**

4.2. Améliorer le fonctionnement des institutions représentatives du personnel pour favoriser le dialogue au sein des entreprises

Le développement des institutions représentatives du personnel au sein des entreprises est intimement lié aux moments importants de l'histoire sociale de notre pays. Les délégués du personnel ont été institués sous le Front Populaire en 1936, les comités d'entreprise sont apparus à la Libération en 1945 et les sections syndicales à la faveur des accords de Grenelle en 1968. De nouvelles instances, les commissions du comité d'entreprise, et surtout le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), les ont renforcées en 1982.

Depuis lors, représentants élus par le personnel et représentants désignés par les organisations syndicales, dotés chacun d'attributions spécifiques, se côtoient dans les entreprises. Ces différentes institutions jouent, chacune dans leur registre, un rôle d'interface entre les salariés et l'employeur et favorisent le dialogue et la concertation tant au niveau de l'entreprise ou du groupe qu'au sein des différents établissements qui les composent. Leur contribution à la cohésion de la communauté de travail et à la bonne marche de l'entreprise est donc essentielle.

Toutefois, au fil des années, le droit de la représentation du personnel, fixé pour l'essentiel par le livre IV du code du travail, est devenu particulièrement dense et complexe, au point que rares sont les entreprises assurées de respecter intégralement l'ensemble des prescriptions applicables en la matière.

Loin de favoriser la concertation, cette complexité du droit alimente souvent le contentieux au sein de l'entreprise. La procédure prend le pas sur le fond. Ces difficultés rebutent les chefs d'entreprise, notamment dans les plus petites d'entre elles, et certains sont tentés d'éviter ou de retarder la mise en place de toute forme de représentation. Ainsi, en 1999, plus de 80% des établissements de 10 à 19 salariés ne comptaient aucune institution représentative du personnel. Dans les établissements de 20 à 49 salariés, ce chiffre se montait à 44 % et dans les établissements de plus de 50 salariés, à 7%[9]

Il apparaît donc indispensable de clarifier les règles applicables et d'alléger les procédures pour encourager le développement d'un dialogue social constructif au sein de l'entreprise, dialogue susceptible de déboucher sur une relance de la négociation collective.

[9] source : DARES Premières informations novembre 2001 n°48.1

Le premier effort doit porter sur la promotion de lieux de concertation plus adaptés à la réalité des petites entreprises ou, à l'autre extrême, des entités les plus importantes.

La mise en place des institutions représentatives élues gagnerait par ailleurs à être facilitée. En effet, l'organisation des élections professionnelles se heurte aujourd'hui à une multitude d'obstacles procéduraux ou contentieux qui pourraient être aisément surmontés par. des aménagements ponctuels, législatifs ou conventionnels. Une clarification de la notion d'établissement distinct faciliterait aussi la mise en place des différentes institutions.

Enfin, une source de complexité manifeste tient à l'économie des règles qui définissent les attributions et le fonctionnement de la plus importante des institutions représentatives du personnel, à savoir le comité d'entreprise. Dans ce domaine, il serait souhaitable que la loi s'en tienne à l'essentiel et renvoie à la négociation collective le soin de définir les règles et les procédures les plus adaptées à la situation du secteur ou de l'entreprise en cause.

4.2.1. Des institutions représentatives plus adaptées aux réalités des entreprises

Le nombre important d'établissements de plus de 10 salariés qui restent aujourd'hui encore dépourvus de toute forme de représentation collective du personnel et qui se privent ainsi de fait de la possibilité d'instaurer un véritable dialogue social en leur sein témoigne de ce que les structures des institutions représentatives ne sont pas parfaitement adaptées aux réalités des entreprises petites ou moyennes et ne sont pas suffisamment attractives aux yeux de salariés dont le taux de syndicalisation est de plus en plus faible.

Il apparaît donc nécessaire d'envisager la mise en place de lieux uniques de dialogue et de négociation, aux compétences élargies.

A l'autre extrémité du spectre, dans les entreprises les plus importantes ou dans les groupes internationaux, ce n'est pas l'absence d'institutions représentatives qui pose problème, mais plutôt leur enchevêtrement et leur positionnement par rapport aux instances de direction. Il apparaît donc souhaitable d'encourager, dans ces entités, la mise en place d'instances unifiées au niveau européen.

4.2.1.1 Regrouper les institutions : créer un Conseil d'entreprise

Nombreux sont, au cours des vingt dernières années, les observateurs qui ont fait le constat de l'extrême complexité de l'organisation et du fonctionnement des institutions représentatives et qui ont souligné l'effet repoussoir de cette complexité, notamment dans les PME. Les solutions envisagées par les uns et les autres, selon des modalités parfois différentes, allaient dans le sens d'une adaptation du système de représentation dans les PME et d'une simplification des structures dans cette catégorie d'entreprises.

La loi quinquennale du 20 décembre 1993 a fait sienne cette logique en autorisant les entreprises de moins de 200 salariés à opter pour le regroupement du comité d'entreprise et des délégués du personnel au sein d'une délégation unique exerçant l'ensemble des attributions des deux institutions, sans remettre en cause toutefois l'existence d'une institution

spécifique, la délégation syndicale, chargée de conduire la négociation collective. Ce dispositif a connu un vif succès puisque près de la moitié des entreprises entrant dans son champ ont utilisé cette faculté.

La commission estime qu'il serait souhaitable, pour prolonger les effets bénéfiques de cette réforme d'envisager un regroupement des fonctions de représentation et de négociation au sein d'une institution unique, notamment dans les petites et moyennes entreprises.

Les modalités de ce regroupement pourraient être les suivantes :

- dans les entreprises ou établissements de plus de 10 et de moins de 50 salariés, les délégués du personnel pourraient être autorisés à négocier un accord, soit qu'ils aient été désignés comme délégués syndicaux, soit que l'accord négocié par eux ait été approuvé par une commission paritaire de branche et ait fait l'objet d'un dépôt auprès de l'autorité administrative compétente, conformément à l'article L132-10 du code du travail.

- Les entreprises ou établissements de 50 à 250 salariés se verraient quant à eux offrir la possibilité de fusionner le comité d'entreprise, les délégués du personnel et les délégués syndicaux au sein d'une instance unique, le Conseil d'entreprise, exerçant les attributions de ces trois institutions.

Cette fusion serait subordonnée à la conclusion d'un accord collectif d'entreprise, pouvant faire l'objet d'une opposition majoritaire des organisations syndicales représentatives présentes dans l'entreprise.

Outre le chef d'entreprise ou son représentant, les membres de ce conseil (dont le nombre est à définir en fonction de la taille de l'entreprise) seraient des salariés élus par un scrutin de liste à deux tours selon les modalités en vigueur en matière d'élections professionnelles.

Exerçant l'ensemble des attributions des trois instances de droit commun, le conseil d'entreprise pourrait notamment négocier des accords d'entreprise. Ces accords seraient alors signés par l'employeur et par le délégué syndical de chacune des organisations syndicales représentées dans le conseil et choisi parmi les membres élus. Celles-ci conserveraient bien entendu leur autonomie de signature.

Le conseil d'entreprise pourrait également choisir de conclure des accords à la majorité de ses membres élus, sous réserve que cette modalité de négociation ait été prévue par l'accord organisant son fonctionnement. Dans cette hypothèse, l'accord devrait alors avoir été approuvé par l'ensemble des délégués syndicaux présents dans l'entreprise, ou, en l'absence de représentation syndicale, avoir été validé par une commission paritaire de branche, conformément à l'article 132-10 du code du travail.

Si un nouveau syndicat venait à s'implanter dans l'entreprise, de nouvelles élections devraient être organisées, à condition bien sûr que le nouveau syndicat accepte de s'inscrire dans le processus. Dans le cas contraire, ce serait le retour au droit commun.

Le CHSCT, en raison des spécificités de ses missions et de la qualité de certains de ses participants, ingénieur de la caisse régionale d'assurance maladie, médecin du travail ou inspecteur du travail, resterait quant à lui une institution distincte.

Proposition n°24

La commission considère que la création, dans les entreprises de moins de 250 salariés, d'un Conseil d'entreprise, exerçant les attributions des délégués du personnel, du comité d'entreprise et des délégués syndicaux, permettrait de développer la représentation des salariés et la négociation collective, dans des structures qui sont encore trop souvent dépourvues d'institutions représentatives.

Selon la commission, il pourrait être envisagé avec les partenaires sociaux et à titre expérimental, d'élargir ce dispositif à des entreprises de plus de 250 salariés. Si l'expérience s'avérait concluante, elle pourrait par la suite conduire à relever ce seuil.

4.2.1.2 Des instances unifiées dans les groupes européens.

Pour jouer pleinement son rôle d'interface et d'information, la représentation du personnel doit avoir la meilleure visibilité possible sur l'environnement et la posture globale de l'entreprise. Dans les groupes ou dans les entreprises composées d'entités multiples, cette visibilité ne peut être obtenue qu'au niveau le plus élevé, là où se prennent les décisions stratégiques, sachant que, compte tenu de l'internationalisation de l'économie, il n'est pas rare que les structures de direction se trouvent localisées hors du territoire français.

Il est donc souhaitable de favoriser la mise en place de comités d'entreprise européens (article L 439-6 du code du travail), voire de comités à vocation mondiale, qui, sans avoir de pouvoirs de consultation, peuvent jouer un rôle d'information et de dialogue extrêmement utile.

Lorsque existent effectivement de telles instances de représentation européennes ou internationales, le maintien de structures intermédiaires au niveau national perd alors le plus souvent de sa pertinence. En particulier, le maintien d'un comité de groupe ne se justifie pas lorsque a été mis en place un comité d'entreprise européen sous réserve qu'il soit doté des mêmes prérogatives. Le code du travail prévoit d'ailleurs, à son article L.439-24, que l'accord créant le comité d'entreprise européen peut décider de supprimer le comité de groupe. Toutefois, l'entrée en vigueur de l'accord est subordonnée, sur ce point, à l'approbation du comité de groupe. Or, l'expérience montre qu'une institution se résout difficilement à entériner sa propre disparition et ce dispositif ne trouve donc que malaisément à s'appliquer.

La commission estime donc souhaitable que, dans une telle hypothèse, la disparition du comité de groupe ne soit plus subordonnée à l'accord de ce dernier et puisse être décidée directement par l'accord créant le comité d'entreprise européen ou, ultérieurement, par une délibération de cette instance.

Proposition n°25

La commission propose que la suppression du comité de groupe puisse être décidée soit par l'accord créant le comité d'entreprise européen soit par une décision de ce comité, à condition que celui-ci reprenne les attributions du comité de groupe France.

4.2.2 Des institutions représentatives du personnel plus efficaces

4.2.2.1. Faciliter la mise en place des institutions représentatives du personnel

Le code du travail impose d'organiser, tous les deux ans, des élections dans toutes les entreprises de onze salariés et plus. La préparation et l'organisation de cette consultation soulèvent de nombreuses difficultés matérielles et suscitent un contentieux abondant, ce qui ne contribue pas à inciter les entreprises qui en sont dépourvues à se doter d'institutions représentatives du personnel.

Quatre sujets posent tout particulièrement problème :
- le traitement des litiges électoraux et préélectoraux ;
- l'organisation des opérations électorales au sein de l'entreprise ;
- la stabilité des mandats ;
- la définition des établissements distincts.

Unifier le traitement des litiges préélectoraux

Les litiges liés à la mise en place des instances représentatives et la préparation des opérations électorales sont réglés tantôt par l'autorité administrative (directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, inspecteur du travail), sous le contrôle du juge administratif, tantôt directement par l'autorité judiciaire (juge d'instance)[10].

Cet éclatement du contentieux sur des litiges aussi proches constitue, de l'avis unanime des différentes personnes auditionnées par la commission, l'un des principaux facteurs de complexité en matière d'élections professionnelles.

Proposition n°26

La commission propose donc de généraliser l'intervention du directeur départemental du travail pour tous les litiges portant sur les actes préparatoires aux élections. La décision du directeur départemental du travail serait alors susceptible d'être contestée devant le tribunal administratif, notamment par la voie du référé.

Le juge d'instance resterait naturellement compétent pour tous les litiges liés au déroulement même de l'élection

Harmoniser les conditions d'ancienneté requises selon les mandats **:**

Pour pouvoir être élu comme délégué du personnel ou comme membre du comité d'entreprise, un salarié doit avoir travaillé dans l'entreprise sans interruption depuis un an au moins (art. L.423-9 et L.433-5 du code du travail). En revanche, pour pouvoir être désigné comme délégué syndical, l'ancienneté d'un an n'a pas a être continue (article L.412-14 du code du travail)

[10] Voir tableau des attributions respectives de l'administration et du juge d'instance en annexe

Proposition n°27

Il serait plus simple de retenir la même règle pour le calcul de d'ancienneté quel que soit le mandat, soit un an d'ancienneté sans condition de continuité.

Clarifier l'effectif pris en compte pour l'organisation des élections :

Un certain nombre de salariés n'appartenant pas au personnel de l'entreprise sont néanmoins pris en compte dans le calcul des effectifs permettant de déterminer les règles applicables en matière de représentation du personnel. Il en va ainsi notamment des salariés mis à disposition par une entreprise extérieure ou des intérimaires, au prorata de leur temps de présence (art. L.421-2 du code du travail).

Jusqu'à une date récente, la Cour de cassation jugeait que, parmi les salariés mis à disposition, seuls devaient être comptabilisés les salariés entretenant avec l'entreprise d'accueil un lien de subordination. Sa jurisprudence a récemment évolué et elle considère désormais que doivent être comptabilisés tous les salariés participant à un titre ou à un autre au processus de travail de l'entreprise, (Cass. soc., 27 novembre 2001, bull civ V n°364 et Cass. soc., 28 mars 2000, bull civ V n°133).

Il s'agit là d'une conception extensive de la communauté de travail de l'entreprise, qui va certainement au-delà de ce qu'avait prévu le législateur et qui suscite de nombreuses difficultés pratiques dans les entreprises de grande taille. Il n'est pas toujours évident en effet d'identifier quels sont les salariés extérieurs qui doivent être pris en compte, sachant que le nombre de ces salariés et les modalités de leur présence sont éminemment variables.

Autrement dit, ce qui pose problème, ce n'est pas tant l'extension de ce périmètre que l'impossibilité de le définir sans ambiguïté de manière à éviter toute contestation pré et post électorale.

Afin de mettre fin à la recrudescence contentieuse que l'on constate actuellement sur ce point, sans aucun effet positif pour la qualité de la représentation des salariés, la commission estime que la solution la plus simple est de revenir au critère du lien de subordination. Pour atténuer les répercussions sur le nombre de sièges à attribuer qu'une telle réforme ne manquerait pas d'entraîner, il conviendrait d'engager dans le même temps la révision des seuils d'effectifs nécessaire pour l'attribution de sièges supplémentaires.

Proposition n°28

Le retour au critère du lien de subordination pour déterminer l'effectif à prendre en compte pour l'élection des représentants du personnel au sein de l'entreprise constitue, selon la commission, le seul moyen d'éviter un contentieux qui s'amplifie.

Faciliter le déroulement de la campagne et des opérations de vote au sein de l'entreprise

Les opérations de vote sont matériellement lourdes à organiser, notamment au sein des petites entreprises.

Le projet de loi relatif à la formation tout au long de la vie et au dialogue social actuellement en discussion devant le Parlement prévoit d'introduire dans le code du travail à l'article L.412-8 du code du travail une disposition prévoyant notamment la possibilité d'autoriser, par voie d'accord d'entreprise, la constitution de sites syndicaux sur l'intranet de l'entreprise et l'envoi de tracts et publications syndicales par messagerie électronique.

Selon la commission, de tels accords pourraient utilement prévoir également le recours au vote électronique pour les élections des institutions représentatives du personnel.

Paradoxalement, en effet, le vote par internet ou intranet demeure prohibé pour la désignation des institutions représentatives du personnel alors qu'il se développe dans de nombreux domaines. C'est le cas en particulier pour les élections prud'homales[11], pour le vote des actionnaires des sociétés commerciales (loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et décret d'application du 3 mai 2002) , ou encore pour les élections au conseil de l'Ordre des avocats se déroulent désormais " par correspondance sur support électronique ". Cette mesure s'est traduite par une augmentation considérable de la participation aux élections.

Pour la désignation des institutions représentatives professionnelles, les articles L 423-13 et L 433-9 du code du travail imposent que l'élection ait lieu au scrutin secret sous enveloppe. La Cour de cassation en a déduit qu'un protocole préélectoral ne pouvait prévoir un vote " par téléphone " dont l'organisation et le déroulement étaient confiés à des prestataires dès lors que les scrutins n'avaient pas lieu sous enveloppe et que les opérations électorales, notamment celles du dépouillement échappaient au contrôle des électeurs et des listes de candidats (Cass. soc. 20 octobre 1999, bull civ V n°390) . Compte tenu de cette décision, le vote électronique ne semble pas davantage compatible avec les textes en vigueur.

Cette situation est regrettable car le vote électronique permettrait sans doute de remédier à la forte abstention qui marque ces scrutins. Il faciliterait notamment la tâche des salariés qui, occupés hors des locaux de l'entreprise, ont du mal à se rendre sur le lieu de vote

Proposition n°29

Chaque fois que cela est possible, la commission estime que le recours au réseau Intranet devrait être encouragé dans les entreprises, tant pour le déroulement de la campagne que pour les opérations de vote elles-mêmes. Pour le vote, une modification du code du travail serait nécessaire.

[11] la loi sur la simplification du droit du 2 juillet 2003 autorise le gouvernement à prendre par ordonnances des mesures facilitant la mise en œuvre du vote électronique pour les élections prud'homales

Allonger la durée de mandat

L'organisation des élections est un processus lourd et complexe. De plus, il n'est pas toujours aisé de trouver des candidats dans certaines entreprises.

Proposition n°30

Le mandat des représentants élus dans l'entreprise devrait être porté de 2 à 4 ans.

Harmoniser la définition de l'établissement distinct

Dans les entreprises comportant des implantations distinctes, les institutions représentatives doivent être mises en place dans tous les établissements distincts dont l'effectif excède le seuil légal prévu pour chaque catégorie d'institutions.

Cette règle vaut tant pour les délégués du personnel (article L 421-1du code du travail) que pour les délégués syndicaux (articles L 412-9, L 412-11 et L.412-12) que pour le comité d'entreprise, qui se décompose alors en comité d'établissement et comité central d'entreprise (article L 435-1 et suivants) . L'article L 435-4, 4e alinéa prévoit ainsi que le nombre d'établissements et la répartition des sièges du comité central d'entreprise entre les établissements sont fixés par accord entre l'employeur et les organisations syndicales.

Si la notion d'établissement distinct est donc commune à toutes les institutions représentatives du personnel, le code du travail est muet sur ses contours exacts. C'est donc le juge qui s'est chargé de suppléer au silence de la loi sur ce point, par une abondante jurisprudence. La Cour de Cassation a retenu une acception essentiellement fonctionnelle de la notion d'établissement distinct, estimant que son contenu est susceptible de varier selon la nature de l'institution en cause. (Cass soc 26 mai 1999, bull civ V n°239).

Toutefois, elle s'est efforcée de retenir des éléments de définition communs aux trois catégories d'institutions représentatives, en particulier l'existence d'une communauté de travail ayant des intérêts propres et la présence, du côté de la direction, d'un interlocuteur qui soit habilité à recevoir les revendications ou les réclamations, à y faire droit le cas échéant et à transmettre à l'autorité compétente celles auxquelles il ne peut répondre.

Par deux arrêts récents rendus les 29 janvier et 24 avril 2003 (bull civ V n°30 et 141), la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence en abandonnant, en ce qui concerne les délégués du personnel, et les délégués syndicaux, le second critère.

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle risque de déboucher sur un éclatement de la notion d'établissement distinct selon les catégories d'institutions représentatives du personnel et de faire naître de nouvelles difficultés d'interprétation des règles. De plus, sur le fond, ce changement d'approche suscite une certaine perplexité : la création d'une institution du personnel ne peut avoir de sens que s'il existe au même niveau un représentant de la direction habilité à dialoguer avec elle.

La commission préconise donc d'harmoniser la définition de l'établissement distinct, quelle que soit l'institution représentative en cause, à partir de la définition dégagée par la jurisprudence pour les comités d'établissement.

Proposition n°31

La commission propose donc que la loi vienne clarifier et unifier la notion d'établissement distinct pour la désignation des institutions représentatives du personnel.

4.2.2.2. Améliorer le fonctionnement du comité d'entreprise

Le comité d'entreprise est l'instance de " gouvernance sociale " la plus répandue au sein des entreprises. Selon une étude du ministère du travail, 88% des établissements de plus de 50 salariés disposaient effectivement en 1999 d'un comité d'entreprise[12]. Elle est aussi la plus active et la plus reconnue. Mais elle pâtit de la complexité des règles qui la régissent

Le titre III du livre IV du code du travail, consacré au comité d'entreprise est, avec le chapitre II du titre Ier du Livre II consacré à la durée du travail, l'une des parties les plus longues et les plus difficiles à comprendre de ce code.

Nées d'un empilement de réformes successives, les dispositions relatives aux attributions et au fonctionnement du comité sont souvent exagérément détaillées et parfois contradictoires. Cette complexité nuit, de l'avis unanime, au bon fonctionnement de cette instance pourtant essentielle à la vie des entreprises et crée une forte insécurité juridique.

Des réformes devraient être engagées dans trois directions :
- clarifier les attributions du comité d'entreprise et ses modalités d'information
- concilier information du comité et délit d'initié
- améliorer le fonctionnement du comité en remédiant aux sources de blocage potentielles

Clarifier les attributions du comité d'entreprise

Les attributions du comité d'entreprise, tant en ce qui concerne la nature et la forme de l'information que doivent recevoir ses membres, que les cas dans lesquels ils doivent être consultés, sont aujourd'hui définies de manière particulièrement dispersée.

A partir de dispositions simples, issues de la loi du 28 octobre 1982, selon lesquelles le comité d'entreprise assure l' "expression collective des salariés " (art. L.431-4 du code du travail) et " formule un avis motivé " sur les décisions du chef d'entreprise, à partir des informations qui lui sont transmises par ce dernier (art. L.431-5), le législateur a bâti au cours des dix dernières années, aidé en cela par la jurisprudence, un dispositif d'une grande complexité.

[12] Premières informations, DARES, novembre 2001, N°48-1

Il existe à l'heure actuelle, dans le seul livre IV du code du travail, pas moins de 15 articles définissant les hypothèses dans lesquelles le comité d'entreprise doit être consulté et la nature des informations qu'il peut ou doit recevoir de la part du chef d'entreprise.

Il est indispensable de clarifier ces règles, à droit constant, d'autant plus que toute méconnaissance de celles-ci de la part du chef d'entreprise est susceptible de donner lieu à des poursuites pénales pour délit d'entrave.

Les efforts devraient porter sur trois points en particulier :

- Favoriser la diffusion d'une information périodique plus synthétique et plus claire aux membres du comité d'entreprise.

Le comité d'entreprise doit recevoir un nombre considérable de rapports et de documents sur la marche économique, sociale et financière de l'entreprise, qui, par leur volume et leur fréquence, finissent par nuire à la qualité de l'information et donc à l'intérêt que lui portent ses membres.

Une avancée a déjà été faite dans ce domaine. L'article L.432-4-2, depuis la loi du 23 décembre 1993, autorise en effet dans les entreprises de moins de trois cent salariés la diffusion d'un rapport annuel unique portant notamment sur l'activité et la situation financière de l'entreprise, le temps partiel, l'évolution de l'emploi, des classifications et de la formation.

Proposition n°32

La commission estime, sans préjudice des documents qui sont présentés au comité dans le cadre de consultations spécifiques non périodiques, que la possibilité de recourir à un rapport unique annuel devrait désormais être ouverte à toutes les entreprises, sans considération de taille.

La loi devrait renvoyer à un accord collectif la faculté de préciser le contenu et la forme de l'information délivrée au comité d'entreprise, en tenant compte du secteur d'activité et des particularités de son organisation[13].

- Donner aux délégués du personnel une information simplifiée

Un document annuel simplifié peut, de la même façon, être fourni chaque année aux délégués du personnel dans les entreprises occupant de 11 à 50 salariés et dépourvues de comité d'entreprise.

En effet, dans ces entreprises, les délégués du personnel ne bénéficient pas d'informations générales leur permettant d'apprécier dans ses grandes lignes la politique suivie par la direction de l'entreprise, alors que leurs attributions recoupent pour partie les attributions qui seraient celles d'un comité d'entreprise.

Proposition n°33

La fourniture d'un document de synthèse annuel aux délégués du personnel permettrait un dialogue social de meilleure qualité dans les petites entreprises.

[13] Cette mesure avait déjà été proposée par le Conseil économique et social dans un rapport en 1992

- Expliciter les attributions du comité d'entreprise en matière de consultation, notamment dans le cadre de la négociation collective.

Les articles L.432-1 et suivants et l'article L.321-4-1 du code du travail définissent les domaines dans lesquels la consultation du comité d'entreprise est obligatoire (mesures affectant le volume ou la structure des effectifs, opérations de concentration ou d'acquisition, projet d'introduction de nouvelles technologies, organisation du travail, plan de sauvegarde de l'emploi).

Il a été jugé que, dans ces matières, le comité devait être consulté sur tout projet dont l'objet est suffisamment déterminé pour que son adoption ait une incidence sur la marche de l'entreprise (Cass soc 12 novembre 1997 bull civ V n°375).

En particulier, il doit être saisi en cas de négociation, au sein de l'entreprise, d'un accord portant sur l'un des domaines où sa consultation est obligatoire, même si le comité d'entreprise n'est associé, ès qualité, ni au déroulement de la négociation ni à la conclusion de l'accord (Cass soc 5 mai 1998 bull civ V n°219). Le défaut de consultation du comité ne rend pas l'accord irrégulier, mais il constitue une atteinte aux prérogatives de cette instance et peut donc être sanctionné comme tel.

Proposition n°34

Pour lever toute ambiguïté, la commission préconise que la loi précise à quel moment et sous quelle forme doit intervenir la consultation du comité d'entreprise, en cas de négociation collective. Il faut que celle-ci ait lieu en amont et ne porte que sur le principe, l'objet et les orientations de la négociation envisagée par le chef d'entreprise. Il devrait être explicitement précisé qu'en cas de succès de la négociation, l'accord qui en résulte ne fait pas l'objet d'une consultation.

Concilier information du comité d'entreprise et absence de délit d'initié.

Les dispositions du code du travail, qui imposent l'information et à la consultation du comité d'entreprise sur les projets de fusion, de cession ou d'acquisition, touchant l'entreprise ou, dans certains cas, ses filiales, doivent être articulées, dans les sociétés cotées, avec la confidentialité qu'impose le droit boursier et notamment les dispositions relatives au délit d'initié.

Il est vrai que les membres du comité d'entreprise sont tous individuellement tenus au secret professionnel, conformément à l'article L.432-7 du code du travail, mais il s'agit là d'une garantie qui n'est pas véritablement protectrice des parties, notamment les actionnaires, qui ont intérêt à la confidentialité. En effet, les représentants peuvent considérer que le respect de cette confidentialité ne leur permet pas d'assurer véritablement la défense des intérêts de leurs mandants.

Même si le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 janvier 2002, a jugé que l'obligation faite par la loi au chef d'entreprise d'informer les représentants du personnel avant de rendre public un projet de restructuration exonère celui-ci de sa responsabilité pénale en matière de délit d'initié, celui-ci risque d'être mis en cause en cas de méconnaissance de l'obligation de confidentialité.

Pour des raisons de sécurité juridique évidentes et dès lors que sont en cause deux infractions pénales – délit d'entrave d'une part, délit d'initié, d'autre part – il est nécessaire que le législateur organise plus clairement la conciliation entre ces deux ensemble de règles, comme le prévoit d'ailleurs le droit communautaire.

La directive du Conseil n°2002/14 du 11 mars 2002 établissant un cadre général à l'information et à la consultation des travailleurs autorise en effet l'employeur à tenir secrètes des informations dont la nature est telle que, selon des critères objectifs, leur communication entraverait gravement le fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement ou lui porteraient préjudice.

Proposition n°35

La loi doit autoriser le chef d'entreprise à adapter le délai de la convocation ou la consultation du comité dans la stricte limite de ce qui est nécessaire pour lui éviter de commettre des infractions notamment dans le domaine financier.

Des règles de fonctionnement plus légères et plus efficaces

Le comité d'entreprise pâtit des lourdeurs et de l'inadaptation de certaines de ses règles de fonctionnement interne.

- La fixation de l'ordre du jour : une source de conflit inutile

Conformément à l'article L.434-3 du code du travail, l'ordre du jour est en principe arrêté conjointement par le chef d'entreprise, et le secrétaire du comité d'entreprise.

Par dérogation à cette règle, plusieurs dispositions du code du travail autorisent le comité à passer outre au refus du chef d'entreprise et à inscrire de droit une question à l'ordre du jour. Il en est ainsi par exemple de la possibilité pour le comité d'obtenir une seconde réunion à la demande de la majorité de ses membres, les questions posées figurant alors de droit à l'ordre du jour de la séance. (art L 434-3)

De même, lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications et cette demande est inscrite de droit à l'ordre du jour de la prochaine séance (art L 432-5).

Par ailleurs, en cas de carence du directeur d'établissement, et à la demande de la moitié au moins de ses membres, le comité peut être convoqué par l'inspecteur du travail et siéger sous sa présidence.

En revanche, aucune disposition du code du travail n'autorise le comité à se réunir et à délibérer sur un ordre du jour fixé unilatéralement par le chef d'entreprise et, ce, alors même que la saisine du comité sur cette question serait obligatoire.

Plus encore, établir unilatéralement un ordre jour reviendrait pour l'employeur à commettre un délit d'entrave au fonctionnement du Comité et rendrait par ailleurs la consultation irrégulière.

Dès lors, si le chef d'entreprise ne peut obtenir l'accord du secrétaire du comité sur le contenu de l'ordre du jour, il n'a d'autre solution que de saisir le juge des référés.

Le choix par le législateur d'une telle procédure nécessairement contentieuse est de nature à alimenter d'inutiles conflits au sein des entreprises et contribue à l'encombrement des tribunaux.

Un simple parallélisme des formes et des droits devrait conduire à autoriser l'employeur à fixer également l'ordre du jour quand les points dont il entend débattre résultent des obligations qui lui sont imposées par la loi.

Proposition n°36

La commission propose que l'inscription à l'ordre du jour des questions pour lesquelles la consultation du comité d'entreprise est imposée par la loi ou par un accord collectif soit désormais automatique, à l'initiative du chef d'entreprise, dans un délai de 8 jours à compter du refus du secrétaire, comme l'est l'inscription à l'ordre du jour à la demande de la majorité des membres du comité.

Ceci ne concerne pas la question des modalités de fixation de l'ordre du jour de la deuxième réunion du comité d'entreprise dans le cadre d'une procédure de licenciement économique. Il s'agit là d'un sujet spécifique qui doit être traité dans le cadre de la négociation interprofessionnelle actuellement en cours.

- Un recours à l'expert moins conflictuel

Le code du travail offre au comité d'entreprise, comme au CHSCT, la possibilité de recourir à différentes catégories d'experts pour exercer ses attributions (art. L.434-6).

Au-delà des aides et conseils qu'il peut librement s'adjoindre sur les crédits inscrits à son budget de fonctionnement, il peut aussi faire appel à un expert-comptable ou à un expert technique rémunéré par l'entreprise dans certaines hypothèses (examen des comptes annuels, opérations de concentration, plan de sauvegarde de l'emploi, exercice du droit d'alerte…).

La commission est pleinement convaincue de la nécessité, pour le comité, de pouvoir bénéficier de droit d'un appui technique pour exercer pleinement ses attributions, notamment à l'occasion de l'examen des comptes annuels ou en cas de droit d'alerte.

Mais force est de constater que la multiplication des cas dans lesquels la possibilité de recourir à un expert est ouverte par la loi favorise les contentieux, moins sur le principe même du recours ou le choix de l'expert que sur les conditions de son intervention (contenu de la mission, informations à donner par l'employeur et, souvent montant des honoraires) .

Proposition n°37

Pour limiter les conflits inutiles, un accord préalable entre le chef d'entreprise et la majorité des membres élus du comité d'entreprise, portant, non sur le principe de l'expertise ou le choix de l'expert, mais sur les modalités de celle-ci, devrait être prévu. En cas de désaccord, le juge des référés pourrait être saisi. Un barème prévu par la loi devrait encadrer le montant des sommes consacrées par les entreprises au financement de l'expertise.

- Assouplir la règle du double budget

L'article L.434-8 du code du travail distingue clairement, dans les ressources attribuées au comité d'entreprise, deux éléments distincts :

- une subvention destinée au fonctionnement du comité

- une subvention destinée aux activités sociales et culturelles.

Dans la pratique, la séparation entre budget de fonctionnement et budget des activités sociales et culturelles est parfois source de conflit. Comment traiter par exemple le cas des agents mis à disposition par l'entreprise et participant à la fois au fonctionnement général du comité et à la gestion de ses activités sociales et culturelles ?

La commission propose d'autoriser le rapprochement des deux budgets en un seul document et de permettre par accord collectif l'utilisation de la partie non utilisée du budget de fonctionnement, dès lors que les fonds disponibles excèdent le montant de l'année en cours augmenté d'une année. Une mutualisation d'une partie de ces fonds au niveau de la branche pourrait être organisée par un accord négocié à ce niveau. Le reste serait consacré aux activités sociales et culturelles.

Proposition n°38

La commission propose de réunir les deux budgets en un seul document indiquant la ventilation des dépenses entre les deux sections.

Un accord collectif pourrait autoriser le transfert de l'éventuel reliquat des fonds destinés au fonctionnement, dès lors que les fonds disponibles excéderaient le montant de l'année en cours augmenté d'une année, au financement des activités sociales et culturelles du CE et/ou, si un accord de branche le prévoit et en fixe les conditions, au financement d'expertise ou d'autres formes de mutualisation.

- Faciliter la gestion commune des activités sociales et culturelles dans les entreprises à établissements multiples.

Dans les entreprises comportant plusieurs établissements, les attributions du comité d'entreprise, notamment en matière sociale et culturelle, sont exercées par chacun des comités d'établissement, et non par le comité central d'entreprise qui n'a pas de budget propre en la matière.

Ce dernier peut toutefois se voir confier, par des comités d'établissement, au cas par cas, la gestion d'activités communes (art. L.435-3 du code du travail). Les comités d'entreprise conservent alors le contrôle des sommes correspondantes et peuvent remettre en cause la délégation à tout moment.

La loi n'exclut pas, par ailleurs, un fonctionnement plus intégré des comités d'établissement et du comité central d'entreprise pour la gestion des activités sociales et culturelles, mais elle en subordonne l'institution à la conclusion d'un accord entre le chef d'entreprise et l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (article L.435-4, dernier al.). Or, de tels accords sont évidemment difficiles à obtenir.

Proposition n°39

Pour faciliter la gestion commune des activités sociales et culturelles au sein des entreprises comportant plusieurs établissements : le recours à une telle gestion devrait pouvoir être décidé par un accord conclu selon les règles de droit commun[14].

4.3. La réglementation du temps de travail : consolider les réformes passées sans bouleverser les règles applicables

Les titres I « conditions du travail » et II « repos et congés » du livre II du code du travail fixent les règles applicables en matière d'organisation du temps de travail dans l'entreprise.

La plupart de ces règles (repos hebdomadaire, horaire collectif, limitation de la durée du travail) datent de la première moitié du XXème siècle. Dans les années 20 et 30, le module de base de décompte de la durée du travail s'est déplacé de la journée à la semaine, cette dernière période de référence trouvant une consécration dans la loi du 21 juin 1936 fixant la durée légale hebdomadaire du travail à 40 heures.

Le législateur a par la suite, assoupli la règle de l'horaire collectif en ouvrant en 1973 la possibilité d'instituer des horaires variables. Depuis 1982, les outils de l'annualisation du temps de travail n'ont cessé de se diversifier au sein du code du travail. Ces outils se caractérisent par leur empilement, voire leur stratification, plutôt que par leur cohérence, chaque ministre du travail ayant successivement apporté sa contribution à cette construction.

De 1982 à 2003, 20 lois [15](presque une par an) dont 10 d'une particulière ampleur, et un nombre encore plus important de décrets sont venus modifier successivement les normes.

On est passé d'un droit de la protection de la santé des salariés à un droit plus global de l'organisation du travail, intégrant l'exigence de sécurité des travailleurs.

L'édifice demeure fondé sur les règles anciennes d'origine légale (repos hebdomadaire, durées maximales du travail, horaire collectif…), assortis de processus de

[14] cf sur ce point la partie 5 du rapport.

[15] Ordonnance du 16/1/1982, loi du 24/1/1982, ordonnance du 23/3/1982, loi du 23/12/1982, loi du 9/1/1985, loi du 25/7/1985, loi du 28/2/1986, ordonnance du 11/8/1986, loi du 19/6/1987, loi du 3/1/1991, loi du 31/12/1992, loi du 31/12/1993, loi du 4/2/1995, loi du 11/6/1996, loi du 13/6/1998, ordonnance du 15/6/2000, loi du 19/1/2000, ordonnance du 22/2/2001, loi du 9/5/2001, loi du 17/1/2003...

dérogation administratifs. S'y sont ensuite ajoutés des dispositifs d'aménagement négociés avec les partenaires sociaux, sous la forme d'accords dérogeant à la loi, dans les conditions qu'elle a elle-même prévu.

Les conventions de branche, à compter de 1982, puis les accords d'entreprise, à partir de 1987, ont permis à ces dispositifs de s'adapter aux caractéristiques particulières de chaque entreprise ou de chaque secteur.

Mais la combinaison de règles d'origine variée, élaborées à des niveaux différents, a conduit à une grande complexité et crée une incertitude croissante quant à la règle de droit applicable à une situation donnée.

La commission déconseille, à l'issue de ce constat, d'entreprendre aujourd'hui une remise à plat voire même une reconfiguration substantielle des règles applicables. L'importance des dispositifs conventionnels mis en place, tant aux niveaux des branches que des entreprises, rend toute réforme, fût-elle entreprise au nom de la simplification, aléatoire et coûteuse.

La Commission s'est donc attachée à identifier des ajustements techniques concrets qui permettent à tous les acteurs de consolider leurs pratiques et de tirer pleinement parti des différents instruments mis en place par le législateur.

Ces ajustements ont pour objet :

- de permettre à l'outil conventionnel de mieux répondre à la diversité des situations existantes. C'est le cas en matière de temps de travail effectif, de forfaits et d'annualisation.

- D'actualiser certaines normes, fort anciennes, pour une adaptation à la réalité économique d'aujourd'hui. Les dérogations au repos hebdomadaire illustrent parfaitement cette situation.

- D'assurer une meilleure lisibilité des normes légales et renforcer tout à la fois les garanties offertes aux salariés et la sécurité juridique des entreprises. Le droit des congés payés et du travail à temps partiel en constituent un exemple.

Les modifications proposées sont d'ordre technique et figurent à l'annexe 2..

4.4. <u>Les sanctions en droit du travail : une réforme nécessaire mais délicate</u>

A la différence du constat fait en matière de réglementation du temps de travail, la commission s'est convaincue, au fil de ses travaux, qu'une réforme globale du régime des sanctions en droit du travail s'imposait. Mais, compte tenu du temps limité dont elle disposait, elle s'en est tenue à un recensement des difficultés rencontrées, sous l'angle de la sécurité juridique et de l'efficacité du droit du travail, plutôt qu'à de véritables propositions de réforme.

4.4.1 Une pénalisation croissante peu efficace

Pour assurer le respect, par les employeurs, des règles protégeant les salariés, le droit du travail a privilégié depuis le XIXème siècle le recours au droit répressif. Ont ainsi été créées des infractions propres au droit du travail, qui coexistent avec les infractions définies par le droit pénal général, et que les inspecteurs du travail sont chargés de constater.

Au cours des dernières décennies, ces infractions se sont multipliées. Un récent rapport établi par la Direction des relations du travail ne dénombre pas moins de 150 articles d'incrimination dans le seul code du travail, pour moitié délictuels (partie législative) et pour moitié contraventionnels (partie réglementaire).

Cette pénalisation croissante du droit du travail produit plusieurs effets :

- La multiplication des sanctions, jointe à la coexistence de deux sources de droit – droit pénal du travail, droit pénal général - crée une indiscutable insécurité juridique pour les acteurs.

Les infractions sont parfois définies de façon imprécise dans le code du travail.

De plus, les infractions prévues par le code du travail ne coïncident pas toujours exactement avec les incriminations analogues prévues par le code pénal. C'est par exemple le cas pour la discrimination syndicale qui n'est pas définie dans des termes identiques par le code du travail et par le code pénal (art. L.412-2 du code du travail et art. 225-1 du code pénal).

Enfin, conséquence de la multiplication des dispositions pénales, pour une même infraction, plusieurs qualifications sont possibles.

- L'effectivité du droit du travail n'en sort pas renforcée. Paradoxalement, en effet, si le nombre des sanctions susceptibles d'être prononcées est très élevé, les sanctions réellement infligées sont rares. Plusieurs raisons peuvent expliquer ce phénomène. D'abord, l'inspection du travail n'est pas en mesure de constater toutes les infractions commises. De plus, compte tenu de la disproportion qui existe parfois entre la faute et la sanction prévue par les textes, les agents hésitent à dresser procès-verbal pour les cas les moins graves. Au demeurant, lorsqu'ils sont établis, les procès-verbaux établis par les inspecteurs du travail ne débouchent pas toujours sur des poursuites.

Il s'est ainsi créé progressivement, un décalage entre le droit et la réalité qui habitue les acteurs à prendre des accommodements avec les règles voire à ne pas les appliquer. L'interdiction de travailler le dimanche en est sans doute l'exemple le plus éclatant. Banalisée et déconsidérée, la sanction pénale perd son effet dissuasif. Pis encore, lorsqu'une sanction est finalement prononcée, elle est souvent vécue comme injuste.

- Enfin, la pénalisation systématique du droit du travail aboutit à placer sur le même plan des règles qui ont une portée pourtant très différente.

Certaines règles du droit du travail sont essentielles, parce qu'elles protègent la santé et la sécurité des salariés sur leur lieu de travail ou garantissent le respect de droits individuels ou collectifs fondamentaux. La méconnaissance de ces règles mérite indiscutablement une sanction sévère et exemplaire. Le recours au droit pénal est alors parfaitement justifié et l'on ne peut d'ailleurs que déplorer que les sanctions prévues par la loi ou par le règlement ne soient pas plus systématiquement appliquées dans ces hypothèses.

En revanche, d'autres règles, purement formelles, ont une importance pratique ou symbolique moindre. En sanctionnant pourtant leur méconnaissance dans les mêmes conditions, le droit du travail gomme la nécessaire hiérarchie entre les règles, au détriment de leur bonne compréhension par les usagers.

En même temps, une réflexion s'impose sur l'utilité de la sanction pour que le législateur institue celle qui est la plus adaptée à l'effet recherché. Faut-il punir, dissuader, contraindre ou réparer ? Si la sanction pénale répond en théorie efficacement à la première exigence et en partie à la seconde, elle ne permet pas vraiment de satisfaire les deux derniers objectifs.

Au total, cette situation apparaît préjudiciable à l'efficacité du droit du travail et à la cohérence du pacte social.

Le sujet des sanctions en droit du travail mérite de faire l'objet d'une réflexion approfondie que la commission n'a pas été en mesure de mener à bien dans le délai qui lui était imparti.

En s'appuyant sur les travaux de qualité déjà réalisés par les services du Ministère, il lui paraît utile de suggérer trois orientations à privilégier:

- Revoir la liste des sanctions et préciser les éléments matériels de leur définition afin de retrouver une plus juste réponse aux comportements illégaux ;
- Privilégier dans certains cas, le recours à des mesures préventives pour garantir une plus grande effectivité du droit du travail, notamment lorsque la santé et la sécurité des travailleurs est en jeu.
- Rappeler plus clairement dans le Code du Travail les principes fondamentaux du droit pénal.

4.4.2 Revoir la liste des sanctions et préciser leur définition

La commission estime qu'il serait utile d'engager un travail de révision et de réécriture des dispositions pénales en droit du travail. Ce travail permettrait de préciser la définition des infractions, notamment délictuelles, de l'harmoniser avec les dispositions figurant dans le code pénal et de faire disparaître les incriminations redondantes.

A cette occasion, les sanctions peu appliquées ou inadaptées devraient être supprimées ou remplacées soit par des sanctions administratives ou civiles soit par des mesures préventives.

A terme, l'objectif serait de mieux cibler le recours au droit pénal et de ne conserver cet instrument que pour réprimer les comportements les plus graves, par exemple :

- Le fait de mettre en danger la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des salariés,
- Les atteintes portées aux droits fondamentaux des salariés,
- Les entraves mises à l'exercice du droit syndical et du droit de grève ainsi qu'à la mise en place et au fonctionnement des institutions représentatives,
- Le dépassement des durées maximales de travail et le non respect des temps de repos,
- L'obstacle au contrôle des dispositions applicables en matière de droit du travail,
- Le trafic de main d'œuvre et le travail dissimulé.

Proposition n°40

Il serait souhaitable de passer au crible l'ensemble des dispositions pénales en droit du travail pour clarifier la définition des infractions, notamment par rapport au droit pénal général, et ne conserver que les sanctions réprimant les comportements les plus graves

4.4.3 Développer les mesures préventives

La sanction pénale n'est pas la mieux adaptée pour prévenir ou faire cesser des comportements potentiellement dangereux pour des salariés voir même pour s'assurer préventivement de l'application d'une procédure.

Dans de telles situations, des mesures préventives ou coercitives prises par l'administration du travail, sous le contrôle du juge, peuvent constituer des alternatives plus appropriées. Un mécanisme de ce type existe déjà pour certains risques liés à la conduite d'un chantier du bâtiment ou de travaux publics. Le législateur, lors du vote de la loi du 17 janvier 2002, a prévu de l'étendre aux cas où les salariés se trouvent exposés à des substances chimiques toxiques ou cancérigènes art. L. 231-12 du code du travail) .

La commission suggère que soient systématiquement examinés les cas où l'on pourrait efficacement substituer à la sanction pénale des mesures d'urgence – référé, mise en demeure, arrêt de l'exploitation - permettant de soustraire les salariés à un danger ou de contraindre l'employeur au respect d'une procédure protectrice. Ces mesures préventives et d'alerte pourraient en effet trouver des terrains d'application dans d'autres domaines que la protection de la santé et de la sécurité et ceci afin de garantir plus efficacement une application des règles de droit.

La commission préconise notamment que soient étudiées les voies d'une simplification de la procédure du référé dont l'organisation actuelle est inutilement complexe tant pour le salarié que pour l'employeur. Une procédure simplifiée et pratique constituerait une incitation appréciable au respect de la loi certainement plus efficace que certaines des actuelles incriminations pénales.

Proposition n°41

Le développement des mesures de police administrative ou des procédures de référé pourrait constituer, dans certains cas, une alternative efficace à la sanction pénale.

4.4.4. Mieux inscrire le droit pénal du travail dans les principes fondamentaux du droit pénal :

Le droit pénal du travail n'est que l'une des branches particulières du droit pénal général et il obéit comme tel à l'ensemble des principes généraux de ce droit. Or, la césure matérielle entre code pénal et code du travail ne permet pas de faire apparaître distinctement cette unité de la matière et entretient une certaine confusion sur une prétendue spécificité des sanctions pénales en droit du travail.

Il serait souhaitable de reprendre, dans le code du travail, en préambule des chapitres consacrés aux infractions, l'énoncé des principes fondamentaux du droit pénal, en particulier le principe de légalité des délits et des peines énoncé aux articles 111-2 et 111-3 du code pénal, la règle selon laquelle la loi pénale est d'interprétation stricte (art. 111-4 du code pénal) ainsi que les différentes règles gouvernant la responsabilité pénale des personnes physiques et morales, tel l'élément intentionnel des crimes et délits tel qu'il est énoncé et précisé à l'article 121-3 du code pénal.

Cette mention n'aurait pas pour effet de modifier l'appréciation actuelle de responsabilités délictuelles pour les infractions matérielles, notamment en matière de santé et de sécurité.

Proposition n°42

La commission préconise de reprendre, dans le code du travail, l'énoncé des principes fondamentaux du droit pénal.

4.4.5. Renforcer le rôle des services extérieurs du travail dans le contrôle de l'application des règles.

La réforme des sanctions en droit du travail débouchera nécessairement sur une évolution du rôle de l'inspection du travail et, plus largement, des services centraux et déconcentrés en charge du travail, c'est à dire de la politique du travail.

Cette question n'entre pas dans la mission de la commission, mais la simplification et la réforme du droit du travail ne peut faire l'objet d'un consensus que si elles s'accompagnent d'une réflexion et d'une action visant à une meilleure application de ce droit qui implique en premier lieu les entreprises et les partenaires sociaux mais aussi les administrations compétentes.

Il convient notamment d'assurer une plus grande cohérence et efficacité de l'inspection du travail par la fixation d'objectifs et la mesure l'efficacité de son action, mais aussi par le développement au-delà de son rôle de contrôle et de sanction, de ses actions de prévention et d'aide à l'élaboration des normes dans l'entreprise au bénéfice tant de l'intérêt des salariés que de celui de leurs employeurs.

5. Donner toute sa place à la négociation collective

Les mesures proposées jusqu'ici sont, nous en sommes convaincus, susceptibles de remédier à bon nombre des difficultés auxquelles se heurtent les acteurs dans les relations individuelles et collectives de travail, et d'améliorer de façon significative l'efficacité du droit du travail en France.

Mais nous l'indiquions également, ce progrès continu ne saurait remplacer la prise en charge par les partenaires sociaux, dans un cadre tracé par le législateur, de l'élaboration de la règle de droit. Ce changement, nous le croyons indispensable pour plusieurs raisons.

La négociation collective garantit, par son processus même, l'adaptation des normes aux besoins de ceux qui sont chargés de les appliquer ou qui se les verront appliquer. Elle répond symboliquement et efficacement à cette exigence.

Elle constitue un gage de stabilité du droit, notamment, nous y reviendrons, quand elle se développe en articulation avec l'intervention du législateur. Que l'on songe, par exemple, à la stabilité, déjà évoquée, du régime du contrat à durée déterminée et de l'intérim, d'abord négocié au niveau interprofessionnel, avant d'être repris dans la loi.

Lorsqu'elle est menée dans des conditions de légitimité satisfaisantes, la négociation collective favorise l'adhésion des acteurs du monde du travail aux règles de droit : conclure un accord, c'est accepter de prendre des risques et d'engager sa propre signature. Le résultat de la négociation acquiert ainsi une autorité toute particulière aux yeux de ceux pour qui elle va produire du droit. L'application des dispositions arrêtées s'en trouve grandement facilitée.

Enfin, la négociation collective est un moyen d'assurer, en liaison, avec la loi, le difficile mais nécessaire équilibre entre simplicité et différenciation de la règle de droit. Il est, en effet, deux voies, diamétralement opposées, par lesquelles la complexité et l'incohérence s'introduisent dans le code du travail.

Il en va ainsi, pour commencer, lorsque, au lieu d'une règle simple et d'application générale, se construisent une multitude de dispositifs différents sans que cette diversité ne corresponde à de réelles différences de situation.

Il en va également ainsi lorsque à l'inverse, on tente, par une règle unique, qui devient nécessairement complexe, de prendre en compte des situations extrêmement hétérogènes.

La négociation collective permet d'appréhender la diversité des situations dans les branches et les entreprises. Elle favorise ainsi une véritable décentralisation du droit du travail.

Ce processus n'est pas dépourvu de tout risque. Poussé à son terme, il peut conduire à un éclatement du droit néfaste à la protection des salariés et au développement d'une concurrence saine et loyale entre les entreprises. C'est pour cela qu'il convient de donner, à chaque fois que cela est possible, la priorité à la négociation de branche.

En dépit des atouts qui sont aujourd'hui les siens, la négociation collective n'a joué jusqu'ici que les seconds rôles dans l'élaboration de la norme en droit du travail, le législateur et le gouvernement occupant la première place. Si l'on entend modifier cette situation, il faut d'abord une volonté politique forte et durable. Il faut aussi que la négociation collective bénéficie d'une crédibilité et d'une légitimité renforcées.

Le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social aborde deux points essentiels à cet égard, à savoir l'articulation des niveaux de négociation entre l'entreprise, la branche et l'interprofessionnel et, au travers de la question des accords majoritaires, la qualité de la signature des accords collectifs du travail, susceptibles de modifier la règle de droit.

Ces deux débats ont accompagné de bout en bout le travail de la commission. Ils l'ont, cela n'a rien d'étonnant, divisée, comme ils ont divisé les partenaires sociaux, les praticiens et les experts. Nous ne nous exercerons donc pas, ce serait d'ailleurs d'une efficacité bien limitée, à commenter le projet de loi dont les dispositions sont, au moment où nous écrivons, encore en examen devant la représentation nationale.

En revanche, en se projetant délibérément au-delà du terme de l'actuel processus parlementaire, la commission a tenté d'esquisser les lignes directrices d'une réforme susceptible, en étroite collaboration avec le législateur, de donner toute sa place à la négociation collective dans le processus normatif.

La première orientation consiste à organiser dans la durée les interventions respectives de la négociation et de la loi.

Pour cela, il convient d'élargir, sous le contrôle du Parlement, le champ de la négociation et d'articuler de façon dynamique l'intervention du législateur et des partenaires sociaux dans le cadre d'un pacte clair.

Il est par ailleurs indispensable de garantir la stabilité des accords dans le temps. Les engagements pris dans les accords ne doivent pas pouvoir être remis en cause, sauf volonté explicite du législateur.

Mais l'élargissement du champ matériel des accords collectifs ne suffit pas. Il faut également, et c'est la seconde orientation, créer un climat, une légitimité propices au développement de la négociation collective et doter celle-ci de moyens plus efficaces.

Il convient d'abord d'établir de façon indiscutable la légitimité des acteurs de la négociation. Cela suppose sans doute d'instaurer une mesure régulière de l'audience des différentes organisations professionnelles.

Il faut ensuite renforcer la formation des négociateurs et, plus généralement, l'outillage de la négociation.

Il faut enfin établir des niveaux de négociation qui soient suffisamment proches des réalités de l'entreprise tout en restant légitimes. Dans cette perspective, la négociation au niveau des groupes ou des unités économiques et sociales doit être encouragée. Par ailleurs, l'articulation entre le niveau de la branche et de l'entreprise gagnerait à être précisée. Enfin, il est souhaitable de remédier à la fragmentation parfois excessive de certaines branches.

5.1. Organiser la collaboration entre la loi et le droit négocié pour donner toute sa place à la négociation collective.

5.1.1 Conclure un pacte clair organisant la collaboration entre la loi et la négociation collective.

Le préambule du projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social pose le principe d'une concertation effective avec les partenaires sociaux et, le cas échéant, d'une négociation préalable à toute réforme substantielle modifiant l'équilibre des relations sociales.

Plus précisément, pour toute inscription dans le droit du travail de dispositions législatives nouvelles, le Gouvernement entend prendre l'engagement solennel de renvoi préalable à la négociation collective. Ce principe pourrait à bon droit prendre ultérieurement une forme constitutionnelle.

Si elle est respectée, cette règle de conduite modifiera en profondeur l'élaboration de la règle de droit tant la loi a jusqu'ici occupé de façon quasi exclusive le terrain du droit du travail. Jusqu'ici lorsque les partenaires sociaux en prenaient l'initiative, les résultats de la négociation collective n'acquerraient une quelconque valeur juridique que s'ils étaient repris par la loi, cette reprise – pour ne pas écrire emprise - ne se limitant pas toujours à ce qui était techniquement nécessaire.

L'exposé des motifs du projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social indique par ailleurs que le Gouvernement proposera à la Commission nationale de la négociation collective d'adopter une charte de méthode fixant les modalités pratiques de ce renvoi à la négociation collective interprofessionnelle, et notamment les délais dans lesquels les partenaires sociaux devront faire connaître leurs réactions.

L'application d'un pacte clair doit être de nature à garantir à l'Etat et aux partenaires sociaux le respect des prérogatives de chacun.

Prolongeant cette perspective, la commission voudrait suggérer une voie pour mieux organiser, la collaboration du législateur et des partenaires sociaux et donner à chacun le plus de liberté possible.

La question n'est pas neuve, car, même en l'absence de procédure organisée, le législateur et les partenaires sociaux ont souvent été amenés, au cours des dernières décennies, à intervenir de façon concertée. Cette coopération a revêtu, selon les cas, des formes différentes. (voir encadré ci-après).

A- Premier cas de figure : La négociation précédant la loi, avec reprise partielle ou intégrale du texte conventionnel

Les accords de Grenelle, conclus à la suite des événements de mai 68, ont débouché sur l'adoption, dans la loi du XX décembre 1968, des dispositions relatives à la section syndicale dans l'entreprise. De même, la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation a repris et généralisé l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977.L'abaissement à 39 heures de la durée légale hebdomadaire du travail par l'ordonnance du 16 janvier 1982 est directement issu du protocole d'accord du 17 juillet 1981.

Les dispositions législatives relatives à la formation professionnelle sont, pour la plupart, issues des accords interprofessionnels de 1971, 1991 et 2003. De même, le régime de la procédure de licenciement pour motif économique constitue la transcription de l'accord du 20 octobre 1986 et de son avenant du 22 juin 1989 modifiant l'accord interprofessionnel du 10 février 1969. On peut encore citer le régime des CDD et de l'intérim, issu de l'accord du 24 mars 1990, ou les règles régissant la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, définies par l'accord du 31 octobre 1995 puis reprises par la loi du 12 novembre 1996.

Ce mode de collaboration entre Parlement et partenaires sociaux présente cependant deux inconvénients symétriques, selon l'attitude du législateur :

- Lorsque la pression en faveur d'une reprise à l'identique de l'accord conclu par les partenaires sociaux est forte, il ne permet pas à la représentation nationale de s'exprimer pleinement..

- A l'inverse, lorsque les règles du jeu n'ont pas été clairement définies au préalable, il oblige les partenaires sociaux à « s'aventurer » sur un terrain incertain, au risque de voir les acquis de la négociation ultérieurement remis en cause par la loi

B- Second cas de figure : la négociation suscitée par la loi

C'est la voie retenue par la loi du 13 juin 1998 dite loi Aubry I qui a fixé le cap de la réduction de la durée légale du travail à 35 heures en incitant les entreprises et les branches à négocier sur ce thème. Mais l'intervention de la loi du 19 janvier 2000 dite loi Aubry II a bien montré les difficultés de l'exercice: comment parvenir à "reprendre" dans la loi, sous forme de principes généraux, la diversité des clauses figurant dans les accords conclus, sans se heurter à l'écueil de la complexité ?

La loi du 3 janvier 2003, relative aux procédures de licenciements pour motif économique, a eu recours à la même technique. Suspendant certaines des dispositions issues de la loi de janvier 2001 de modernisation sociale, elle permet la conclusion d'« accords de méthode » adaptant les procédures légales. Ces accords, à caractères expérimentaux, ne peuvent être conclus que pour une durée de 2 ans au plus. Les accords dérogatoires autorisés par le code du travail depuis 1982 notamment en matière d'aménagement du temps de travail, s'inscrivent dans la même logique.

Au vu des expériences passées, il apparaît que la coopération ne peut être pleinement efficace que si sont respectées tant les prérogatives du législateur que celles des partenaires sociaux.

Au législateur, il revient de fixer les principes fondamentaux, les dispositions essentielles à caractère impératif qu'il n'entend pas voir remettre en cause ultérieurement par la négociation. Il lui revient aussi de fixer les règles de la négociation collective : qualité des signatures nécessaires, organisation des niveaux de négociation, mais aussi, pour certains sujets, caractère impératif de certains niveaux de négociation ou caractère obligatoire de certaines dispositions.

Mais, en contrepartie, le législateur ayant exprimé ce qui relève de ses prérogatives, il convient que les partenaires sociaux puissent s'engager dans la négociation avec la certitude que, s'ils respectent les règles ainsi fixées, le résultat de la négociation ne sera pas remis en cause.

Il serait présomptueux de vouloir décrire ici de façon précise un processus qui doit à l'évidence faire l'objet d'une élaboration concertée par les pouvoirs publics et les partenaires sociaux. Mais il a paru utile à la commission d'essayer d'en esquisser concrètement les grandes lignes en les articulant autour de trois étapes successives.

En premier lieu, le Parlement se verrait soumettre, par le ministre du travail, un «pacte de négociation » fixant les conditions dans lesquelles la négociation collective serait appelée à se saisir de tel ou tel domaine déterminé de droit du travail. Ce « pacte » indiquerait notamment les règles intangibles, devant garder leur caractère impératif et à l'inverse, celles qui pourraient être réexaminées par la négociation collective. Elle préciserait, le cas échéant, pour ces dispositions, les clauses ou les niveaux de négociation obligatoires.

Dans le cadre ainsi défini, les partenaires sociaux pourraient ouvrir des négociations, d'abord au niveau interprofessionnel, pour fixer les règles communes applicables à l'ensemble des branches, et pour préciser comment ces dispositions générales seraient susceptibles d'êtres remplacées, complétées ou amendées par la négociation de branche ou d'entreprise.

Un projet de loi reprenant le "pacte de négociation" initialement présenté au Parlement et les règles définies par l'accord interprofessionnel pourrait alors être soumis au Parlement, qui. Ce texte permettrait d'ouvrir largement le jeu de la négociation collective au niveau des branches et des entreprises, dans un cadre juridique clairement défini.

Ainsi, la négociation collective se verrait ouvrir, dans le respect des principes posés par la Constitution, un champ beaucoup plus large, s'étendant notamment aux domaines où prévalent aujourd'hui essentiellement des dispositions législatives, sans que ne soit bouleversé l'équilibre entre les différentes sources du droit du travail..

Ce processus peut s'appliquer aussi bien lorsque l'initiative de la négociation est le fait des partenaires sociaux eux-mêmes que lorsque c'est le Gouvernement qui appelle ceux-ci à se saisir d'un sujet jugé politiquement prioritaire : il faut dans l'un et l'autre cas organiser la collaboration.

En effet, le processus qui vient d'être esquissé n'a pas pour ambition de fixer de façon précise une procédure figée. Il vise simplement à expliciter, à partir d'une description concrète, les différents éléments permettant d'organiser une coopération constructive entre pouvoirs publics et partenaires sociaux.

Ce pacte pourrait par la suite être décliné sur des thèmes ou sur des champs différents du droit du travail contribuant ainsi à dessiner progressivement un nouvel équilibre entre loi et négociation collective et permettant, dans le respect des prérogatives de la première, de donner toute sa place, une place plus large qu'aujourd'hui, à la seconde.

Proposition n°43

Pour étendre le champ de la négociation collective, la commission préconise d'organiser, à travers un pacte clair, la collaboration entre le législateur et les partenaires sociaux.

5.1.2. Assurer la pérennité des accords à travers les changements de législation

L'intervention de nouvelles dispositions législatives a souvent pour effet de remettre en cause les accords négociés sous l'empire des dispositions antérieures, soit que ces accords contiennent des dispositions moins favorables aux salariés que le nouveau texte, soit qu'ils lui soient simplement contraires.

L'accord collectif peut se trouver ainsi privé de tout effet. Il peut aussi – c'est une hypothèse fréquente – subsister, tout en voyant son équilibre interne profondément modifié, selon des modalités que n'avaient pas prévues les signataires.

Un revirement de jurisprudence, modifiant *a posteriori* le contexte juridique dans lequel a été négocié un accord, peut aboutir au même résultat.

Un récent arrêt de la Cour de cassation vient illustrer ce dernier cas de figure. La loi du 9 mai 2001 a élargi la définition du travail de nuit en fixant la période nocturne entre 21 heures et 6 heures au lieu de 22 heures à 5 heures précédemment. La Cour de cassation a récemment estimé que les compensations financières prévues par un accord collectif conclu sur la base de l'ancienne définition du travail de nuit devaient s'appliquer à l'ensemble des heures de travail accomplies durant la nouvelle période nocturne (Cass soc. 1er octobre 2003 n° 1-45812, à publier au bulletin civil) . Même si sa portée n'est pas univoque, cet arrêt illustre l'impact indirect que peut avoir une nouvelle loi sur des le droit conventionnel existant.

Pourtant, le législateur dispose des moyens juridiques de garantir les signataires d'accords contre de telles remises en cause a posteriori de la portée de leurs engagements et l'on doit recommander au législateur de veiller attentivement à cette sécurisation chaque fois que celle-ci n'est pas incompatible avec l'objet de la nouvelle loi.

Il peut en effet expressément prévoir, dans la loi nouvelle, que les accords collectifs conclus sous l'empire des dispositions anciennes continueront de s'appliquer.

Il peut également mettre en place un régime transitoire et laisser aux partenaires sociaux un délai raisonnable pour tirer les conséquences de l'intervention d'une loi nouvelle et mettre leurs accords en conformité avec les nouvelles dispositions.

Il peut même, à l'inverse, décider de légaliser des accords « précurseurs », qui, illégaux sous l'empire de la loi ancienne, sont conformes aux dispositions introduites par la loi nouvelle.

Mais le législateur ne recourt pas systématiquement à ces différentes techniques de stabilisation des accords passés et il n'est pas rare qu'une loi nouvelle mette à bas, volontairement ou non, le fruit des efforts des négociateurs. Or, on ne saurait promouvoir un rôle nouveau pour la négociation collective sans garantir aux partenaires sociaux un minimum de stabilité dans le temps.

Il faut tout d'abord affirmer sans ambiguïté qu'un accord qui était valide avant l'intervention d'une nouvelle loi et qui continue de l'être après cette modification n'a pas besoin d'être renégocié sauf si la loi nouvelle en dispose autrement..

Il convient par ailleurs que le juge apprécie strictement les éventuelles contradictions entre un accord préexistant et de nouvelles dispositions législatives ou réglementaires. La modification du contexte juridique à la suite de l'adoption d'une loi nouvelle ne saurait déboucher sur une remise en cause d'un accord que s'il apparaît que celui-ci est directement contraire aux nouvelles dispositions.

Ensuite, le législateur devrait recourir de façon systématique à des dispositions transitoires laissant aux partenaires sociaux le temps nécessaire pour renégocier les accords devenus illégaux. Un délai de deux ans est recommandé.

Soulignons enfin que les propositions faites ci-dessus concernant le contrat de travail devraient accompagner et rendre possible la nécessaire clarification les relations entre la convention collective et le contrat de travail dans le souci de préserver l'autorité de la règle conventionnelle.

Proposition n°44

La commission propose que soient étudiées, dans le respect du caractère impératif de la loi, les voies d'assurer une stabilité effective aux accords face aux modifications législatives.

Elle propose d'insérer dans le code du travail une disposition législative générale prévoyant qu'à défaut de mention contraire dans la loi, les accords préexistants valablement conclus restent valides durant un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle..

Au-delà de ces réformes, il serait souhaitable que le législateur clarifie les règles gouvernant l'application dans le temps des conventions ou des accords collectifs de travail. A la lumière du contentieux, un toilettage des textes sur ce point s'impose.

5.2. Donner leur pleine légitimité aux acteurs de la négociation collective

La négociation collective ne peut espérer jouer à l'avenir un rôle de premier plan dans la production normative que si ses acteurs bénéficient d'une légitimité, et donc d'une représentativité, incontestable.

A l'heure actuelle, le système français fait coexister des organisations syndicales bénéficiant, au niveau national, d'une présomption de représentativité et des organisations devant au contraire faire la preuve de cette représentativité devant un juge.

En vertu d'un arrêté du ministre du travail en date du 31 mars 1966, cinq organisations syndicales sont reconnues comme représentatives au plan national. Les syndicats affiliés à l'une de ces cinq centrales bénéficient dans les branches et dans les entreprises d'une présomption irréfragable de représentativité.

Un syndicat qui n'est pas affilié à l'une de ces cinq confédérations doit prouver sa représentativité à la lumière des critères fixés par l'article L. 133-2 du code du travail, qui est issu la loi du 11 février 1950. Ces critères sont : les effectifs, l'indépendance (par rapport à l'employeur), les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'occupation.

Parmi ces six critères, tous n'ont évidemment pas le même poids. Les juges s'attachent surtout à mesurer l'indépendance et l'influence des organisations syndicales, en tenant compte notamment de l'audience obtenue dans les différents scrutins (Cass soc, 3 décembre 2002, RJS 2003, n° 212),

L'appréciation de la représentativité joue un rôle déterminant en amont des élections professionnelles dans les entreprises en raison du monopole de présentation des candidats au 1er tour dont bénéficient les organisations syndicales représentatives.

Malgré le caractère éminemment sensible de ces questions, la commission s'est progressivement convaincue que la légitimité des organisations syndicales est indispensable à la qualité de leur signature et à la valeur des accords qu'elles concluent et qu'il paraît à cet égard peu réaliste de faire à terme l'économie d'une mesure objective de la représentativité des organisations syndicales dans les branches et les entreprises.

De plus, à condition qu'elle soit effectuée dans des conditions de clarté indiscutables, une telle mesure contribuera à réduire fortement le contentieux de la représentativité et facilitera l'organisation des élections professionnelles.

Il faut donc, dès que les conditions en seront réunies, organiser une consultation de ce type. Cela suppose une concertation suffisante avec les organisations syndicales qui bénéficient de la présomption de représentativité, et avec celles dont le poids réel devrait leur permettre d'en bénéficier.

La commission, fidèle à sa démarche, ne peut ni ne veut préjuger des résultats de cette concertation. Elle s'est donc bornée à titre de contribution au débat, à réfléchir aux formes que pourrait revêtir une telle mesure de la représentativité.

Il lui a semblé, pour commencer, que, pour être équitable et acceptée comme telle, cette mesure devait nécessairement s'appuyer sur une consultation des salariés et non plus sur l'appréciation portée par l'autorité administrative ou judiciaire.

Les formes que peut prendre une telle consultation sont multiples. Il pourrait par exemple être envisagé d'organiser dans toutes les entreprises d'une branche professionnelle, voire dans l'ensemble des entreprises, les élections professionnelles le même jour ou au cours de la même période (éventuellement en allongeant la durée du mandat des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel à 4 ans des mandats) . Un même scrutin servirait ainsi tout à la fois à désigner les représentants élus du personnel et à mesurer l'audience des différentes organisations syndicales.

Cette solution paraît toutefois difficile à mettre en œuvre en pratique, compte tenu des aléas auxquels est soumise l'organisation des élections dans chaque entreprise. Elle fait en outre naître une différence fondamentale entre les salariés des entreprises dotée d'une représentation syndicale et les salariés des autres entreprises. Dans les unes, la consultation prendrait la forme d'une véritable élection tandis que, dans les autres, la consultation aurait nécessairement un caractère plus abstrait.

C'est la raison pour laquelle la commission privilégie la solution d'une consultation ad hoc unique, sous la forme d'un scrutin à un tour ouvert à toutes les organisations légalement constituées, organisée soit au sein de chaque entreprise pour les entreprises dotées d'une représentation syndicale, soit dans des bureaux de vote locaux comme pour les élections prud'homales pour les salariés des entreprises dépourvues de représentation syndicale.

Cette solution présente en effet plusieurs avantages. L'organisation de la consultation dans les entreprises dotées d'une représentation syndicale est un gage de participation des salariés. Par ailleurs, le vote sur étiquette syndicale crée des conditions de consultation aussi homogènes que possible entre les entreprises, qu'elles aient ou non une représentation syndicale et permet de prendre en compte les entreprises de petite taille.

Pour alléger l'organisation matérielle de la consultation, il conviendrait de privilégier le recours au vote électronique.

Cette consultation pourrait par ailleurs servir à élire les juges prud'homaux, les organisations syndicales désignant elles-mêmes sur leurs listes les conseillers appelés à siéger au sein des conseils de prud'hommes.

Elle aurait lieu tous les 5 ans, si possible en même temps que les élections présidentielles pour éviter que ne s'additionnent les temps morts du dialogue social et de la politique.

Proposition n°45

La commission estime qu'il faudra mettre en place un instrument permettant de mesurer l'audience des organisations syndicales. Cette réforme devrait être élaborée en étroite concertation avec les organisations syndicales. Elle pourrait déboucher sur l'organisation, tous les 5 ans, d'une consultation des salariés dans les branches et les entreprises. Cette consultation servirait par ailleurs à désigner les juges prud'homaux.

5.3 Doter la négociation collective d'outils adaptés à ses enjeux.

Le développement de la négociation collective et l'instauration du principe majoritaire conduisent à s'interroger sur les modalités d'organisation concrète de la négociation dans les entreprises et notamment dans les plus petites d'entre elles.

Le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social prévoit de nouvelles modalités de négociation d'accord dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Il ouvre notamment la possibilité de négocier avec le comité d'entreprise ou avec les délégués du personnel.

La mise en place de conseils d'entreprise, évoquée au chapitre 4, vise également à faciliter la négociation d'entreprise au sein d'une instance élue.

Mais encore faut-il, pour que la négociation d'entreprise puisse véritablement prendre son essor, que ses acteurs disposent des ressources techniques nécessaires pour nourrir une telle négociation et puissent discuter à armes égales.

Or, force est de constater que, dans les petites entreprises, les interlocuteurs, tant patronaux que salariés, sont souvent démunis devant la technicité juridique que requiert la négociation. S'ils possèdent la connaissance du terrain, ils n'ont pas nécessairement les mots et les procédures pour l'exprimer et la mettre en forme.

De plus, il existe parfois un déséquilibre important entre les ressources qu'un employeur est susceptible de mobiliser (avocat, juriste d'entreprise, expert comptable…) et celles dont disposent le comité d'entreprise ou les délégués du personnel lorsqu'ils ne peuvent s'appuyer sur les ressources d'une organisation syndicale.

La mise en place d'un appui technique et juridique à la négociation conditionne donc, pour une large part, le succès de celle-ci.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées. Il est ainsi possible d'ouvrir, notamment à la partie salariée, la faculté de recourir à un expert compétent dans les domaines soumis à la négociation, en élaborant, sous l'égide des services déconcentrés du ministère du travail, des listes de « conseillers des négociateurs »

On peut aussi imaginer d'encourager la mise en place, au niveau des branches, de dispositifs paritaires d'appui à la négociation, faisant appel soit à des experts soit aux commissions paritaires locales.

Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, il convient toutefois de trouver les financements nécessaires à la création et au fonctionnement de ces outils.

Plutôt qu'à un financement public sur la base d'une convention signée avec l'Etat, c'est à un financement par les partenaires sociaux eux-mêmes que vont les préférences de la commission. Elle considère en effet qu'il revient aux partenaires sociaux, et non à l'Etat, de prendre en charge l'appui au dialogue social dans les branches et les entreprises. Pour ce faire, peut-être convient-il de concevoir au niveau national ou dans les branches un dispositif permanent d'assistance à la négociation, mobilisant une partie des fonds excédentaires destinés au fonctionnement des institutions représentatives dans les entreprises (cf chapitre 4.2.2.)

Proposition n° 46

Il convient de mettre, dans les petites entreprises, à la disposition des négociateurs, notamment salariés, une expertise et un appui technique, organisés dans un cadre paritaire.

Par ailleurs, le projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social autorise le mandatement d'un salarié par une organisation syndicale afin de négocier un accord collectif. Or, le statut du salarié mandaté, hormis sa protection contre le licenciement, n'est défini que brièvement. Pourtant sa mission s'assimile, certes pour une durée limitée, à celle d'un délégué syndical.

Ce salarié va engager par sa signature l'ensemble du personnel de l'entreprise. Il devrait donc se voir reconnaître le droit, à l'instar des délégués syndicaux, de prendre des contacts avec les salariés sur le lieu de travail et de les réunir.

Proposition n° 47

La commission propose d'étendre aux salariés mandatés par une organisation syndicale pour mener une négociation les dispositions du code du travail permettant d'une part aux délégués syndicaux de prendre contact avec le personnel de l'entreprise et d'autre part aux sections syndicales d'organiser des réunions sur le lieu de travail.

5.4. Promouvoir les nouveaux espaces de négociation

5.4.1 Le Conseil d'entreprise : un lieu favorable pour négocier dans les PME.

La loi quinquennale du 20 décembre 1993 a permis le regroupement du comité d'entreprise et des délégués du personnel dans les entreprises de moins de 200 salariés. Cette disposition a connu un vif succès puisque près de la moitié des entreprises entrant dans son champ ont utilisé cette faculté.

Le regroupement d'institutions ne peut cependant avoir pour effet de supprimer tout ou partie des attributions antérieurement exercées par les institutions concernées.

Le projet de loi relatif à la formation tout au long de la vie et au dialogue social contient des dispositions permettant, en l'absence de délégués syndicaux, de négocier des accords collectifs**.**

En intégrant ces dispositions, un dispositif d'ensemble permettant de faciliter la mise en place et le fonctionnement d'institutions de représentation des salariés dans les PME pourrait être articulé par la création du conseil d'entreprise comme indiqué ci-dessus au 4.3.3.

5.4.2 Encourager la conclusion d'accords collectifs au sein des groupes ou des unités économiques et sociales

Le code du travail s'est efforcé d'appréhender la représentation des salariés dans les ensembles constitués de plusieurs entreprises à travers la notion d'unité économique et sociale (UES) entendue comme un ensemble d'entreprises juridiquement distinctes dont les liens économiques et financiers sont tels qu'ils constituent pour les salariés une unique communauté de travail, et plus récemment, à travers la notion de groupe, entendu comme l'entité que forment une société dominante et les sociétés qu'elle contrôle.

S'il prévoit la mise en place d'institutions représentatives du personnel au niveau de l'UES, et, dans une certaine mesure, au niveau du groupe, sous la forme d'un comité de groupe (art. L.439-1), en revanche, il n'envisage pas expressément la possibilité d'y conclure des accords collectifs. Pourtant, au moins en ce qui concerne l'UES, un tel pas est aisé à franchir, puisqu'il y existe déjà des délégués syndicaux.

Le projet de loi sur la formation tout au long de la vie et le dialogue social actuellement en discussion devant le Parlement remédie partiellement à ce silence des textes. Il prévoit en effet d'officialiser la possibilité de conclure des accords de groupe qui auraient des effets analogues aux accords d'entreprise.

Il faut cependant souligner qu'en retenant, pour l'articulation entre les conventions collectives et les accords de groupes, des règles différentes de celles qui valent pour l'articulation des accords d'entreprise et des conventions collectives, le projet de loi risque d'accroître la complexité d'ensemble du dispositif.

Proposition n° 48

Pour des raisons de clarté et de simplicité, la commission préconise de retenir, pour les accords de groupe, une règle d'articulation avec les accords de niveau supérieur identique à celle qui vaut pour les accords d'entreprise.

Dans la ligne du projet de loi actuellement en discussion, il convient reconnaître le groupe et l'UES, qui ne recouvrent pas les mêmes situations, comme des lieux de négociation à part entière.

La possibilité de désigner un coordinateur syndical de groupe serait à cet égard une mesure utile. Le périmètre du groupe pouvant varier selon les situations, on peut envisager d'étendre le système du mandatement par les sociétés concernées d'une part (un mandataire des entités concernées pourrait être habilité à négocier et à signer l'accord inter-entreprises pour l'ensemble des entités incluses dans le périmètre de l'accord.), ou par les organisations syndicales représentatives d'autre part, (la délégation du personnel partie à la négociation serait habilitée à négocier et signer l'accord inter-entreprises pour l'ensemble du personnel inclus dans les entités du périmètre concerné par l'accord, que ces entités soient ou non dotées d'une représentation syndicale propre) comme cela est déjà prévu en matière de participation des salariés aux résultats de l'entreprise à l'article L.442-11 du code du travail.

Proposition n°49

Pour faciliter la négociation au niveau du groupe, la commission recommande de prévoir dans le code du travail la possibilité de désigner un coordinateur syndical de groupe habilité à négocier et à signer des accords collectifs

5.4.3 Engager là où cela est nécessaire un regroupement de branches trop éclatées

La branche constitue a priori le meilleur niveau de négocier pour favoriser la conclusion d'accords de qualité, adaptés aux réalités d'un secteur économique donné et permettant d'harmoniser les conditions de travail entre les entreprises.

Or, certaines de ces branches sont aujourd'hui de taille si réduite qu'elles sont incapables de jouer ce rôle. En effet, certains secteurs d'activité ont vu progressivement leur importance décroître, sans réussir pour autant à constituer avec d'autres des ensembles de taille suffisante.

Cette situation nuit à la qualité et à la vitalité de la négociation de branche dans ces secteurs Elle obère également, par ricochet, la qualité de la négociation d'entreprise, les acteurs ne pouvant s'appuyer sur une branche forte pour développer le dialogue social dans les entreprises.

Proposition n°50

Le Ministre pourrait appeler les partenaires sociaux à favoriser le regroupement des branches pour aboutir au total à moins d'une centaine de branches. Cette évolution ne pourrait que favoriser l'effectivité des textes conventionnels.

La commission est convaincue que cet objectif de bon sens, nécessaire à un développement large de la négociation collective, peut être atteinte sur la base du volontariat, dans le respect de la liberté d'association.

CONCLUSION

Au terme de ce travail passionnant, si la commission ne devait formuler qu'un seul vœu, c'est celui de voir cette réflexion reprise, prolongée et transformée par ceux qui sont légitimement les producteurs du droit du travail : gouvernement et parlementaires, partenaires sociaux et magistrats.

Si nous avons accepté de répondre à la mission que le Ministre du Travail proposait de nous confier, c'est parce qu'il nous semblait qu'un groupe de praticiens et d'experts pouvait tenter de proposer des moyens nouveaux susceptibles de rendre le droit du travail plus efficace dans ses deux missions : protéger les droits des salariés, tout en favorisant l'efficacité des entreprises et l'emploi.

La commission espère avoir rassemblé dans les pages qui précèdent un ensemble cohérent de propositions de nature à rendre le droit du travail plus lisible et plus accessible, plus cohérent et plus prévisible, enfin plus efficace et plus sûr. Elle espère surtout avoir identifié les principales conditions permettant de faire de l'intervention articulée du législateur et de la négociation collective le moteur d'un nouveau mode de construction et d'adaptation du droit du travail.

Pourtant, nous en sommes conscients, ce travail reste incomplet.

Incomplet d'abord, parce qu'il n'était ni possible, ni souhaitable pour la commission de s'engager dans des domaines dans lesquels le législateur ou les partenaires sociaux étaient eux-mêmes attelés à transformer la loi. Ceci concerne bien sûr la formation professionnelle qui a vu se conclure, pendant le travail de la commission, un accord signé par l'ensemble des partenaires, mais aussi les procédures de licenciement économique à propos desquelles les partenaires sociaux ont engagé une négociation à la demande du législateur. Cela concerne enfin l'actuel débat parlementaire sur le dialogue social qui porte sur les questions essentielles de la hiérarchie des normes et de l'accord majoritaire.

Incomplet aussi, parce qu'au fil des séances, la commission a pris toute la mesure de la diversité des sujets qu'elle aurait dû aborder et que le délai imparti ne permettait pas de traiter. Elle a donc privilégié les thèmes de la relation de travail et des nouvelles formes d'emploi d'une part, des institutions représentatives du personnel de l'autre, tout en formulant, en ce qui concerne la durée du travail, une série de propositions d'aménagements techniques et en traçant des perspectives pour une nécessaire réforme du régime des sanctions en droit du travail.

Mais plus fondamentalement, s'il reste incomplet, c'est qu'il doit être poursuivi sur un double terrain:

- celui de la production des règles nouvelles ou de l'adaptation des règles existantes, qu'appellent les changements rapides que connaissent l'économie nationale exposée à la concurrence, l'organisation du travail et les relations sociales. Sur ce point, c'est au législateur et aux partenaires sociaux que la commission adresse l'analyse et les propositions formulées au chapitre 5.

Qu'importe s'ils choisissent de revoir substantiellement ces analyses ou de modifier profondément les propositions. L’objectif serait atteint si ce rapport pouvait être l'occasion d'accélérer la nécessaire coopération sur ce terrain du législateur et du négociateur.

- Celui de la construction d'un mécanisme permanent d'identification des difficultés d'application du droit du travail et de recherche des adaptations nécessaires à la résorption de ces difficultés. La commission est en effet convaincue que ce travail de progrès continu pourrait créer, entre les producteurs du droit, des relations de coopération plus intimes et plus efficaces, tout en respectant les spécificités et les prérogatives de chacun. La proposition formulée à la fin du chapitre 3 prend ici toute son importance. Elle associerait l'ensemble des parties à une remise en ordre qui, aujourd'hui, paraît nécessaire et urgente, mais qui, nous n'en doutons pas, gardera une actualité permanente.

C'est dire combien les propositions faites dans les chapitres 2, 3 et 5 nous paraissent essentielles. Ce sont elles, en effet, qui sont susceptibles de modifier les racines profondes de la vive insatisfaction des usagers comme des producteurs de normes eux-mêmes. L'impression générale de complexité et d'insécurité de notre droit du travail ne résulte pas tant de la variété des normes qui le composent que des conditions dans lesquelles celles-ci sont élaborées sans être nécessairement coordonnées entre elles.

Reste que la commission ne s’est pas dérobée à la formulation de propositions concrètes d'adaptation voire de refonte d’un nombre significatif de dispositions actuelles du code du travail. Elle est convaincue que toutes les dispositions abordées sont effectivement des dispositions dont l'application actuelle pose problème. Pour chacun d'entre eux, elle s’est efforcée de proposer des pistes de solution plus ou moins abouties, mais toujours avec le souci de faciliter l'engagement d'un processus susceptible d’aboutir à une solution efficace.

Puisse la coopération organisée du législateur et des acteurs de la négociation, tirer pleinement parti de cet ensemble de propositions.

Annexes

Annexe 1 : Liste des propositions

Annexe 2 : Propositions de réformes relatives au temps de travail

Annexe 3 : Composition de la commission

Annexe 4 : Liste des personnes et organisations rencontrées

ANNEXE 1

Liste des propositions

Proposition n°1

La mise en ligne, à partir du site Légifrance, de la base de données interne aux services du ministère du travail constituerait une véritable avancée. Il s'agit là d'une mesure qui peut intervenir rapidement et facilement.

Proposition n°2

La commission préconise de procéder à une mise en ligne systématique des accords déposés auprès des DDTEFP, dès lors qu'ils ont un champ d'application qui excède le périmètre d'une entreprise ou d'un groupe.

Proposition n°3

La commission recommande de procéder à une refonte constructive du code du travail. Cette opération pourrait être menée à bien par voie d'ordonnance, dans le cadre tracé par la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel.

Proposition n°4

Parallèlement à la remise en forme du code du travail, il pourrait être envisagé de constituer des manuels d'information, permettant à telle ou telle catégorie de salariés ou d'employeurs d'identifier facilement les règles qui leur sont applicables. A ce titre, il pourrait notamment être établi un manuel destiné aux très petites entreprises.

Il ne s'agit bien sûr que de proposer des outils de vulgarisation, permettant un accès plus direct aux dispositions du code du travail et n'ayant en aucune façon pour effet de modifier ou de spécifier le droit applicable

Proposition n°5

Consciente qu'il est illusoire d'escompter une modification des conditions de délai et de forme dans lesquelles le Parlement est amené à légiférer, la commission recommande, pour chaque réforme législative d'une certaine envergure, d'insérer dans la loi un article autorisant le gouvernement, par voie d'ordonnance, à tirer les conséquences techniques de cette réforme sur les dispositions qui se trouveraient indirectement affectées par elle mais que le Parlement n'aurait pas eu le temps de modifier.

Proposition n°6

Les partenaires sociaux pourraient être incités, à l'occasion de la procédure d'extension d'un accord collectif de travail ou d'une convention collective, à effectuer une telle synthèse des accords précédents, se conformant ainsi à l'impératif de lisibilité et de clarté du droit récemment consacré par le Conseil Constitutionnel

Proposition n°7

La commission estime qu'il serait souhaitable d'encourager les juridictions à recourir à la procédure de saisine pour avis, notamment en droit du travail. Peut-être l'abandon du recours à une formation de jugement ad hoc au sein de la Cour de cassation, un effort de sensibilisation en direction des magistrats spécialisés et le développement d'une saisine Ministérielle, permettraient-ils de la relancer, au moins pour les litiges portant sur le droit du travail.

Proposition n°8

La commission recommande d'instituer, comme c'est le cas pour tous les actes administratifs, un délai de forclusion relativement court au-delà duquel tout recours en annulation contre une convention ou un accord collectif de travail deviendrait impossible.

Proposition n°9

Il serait souhaitable de généraliser la règle de prescription de cinq ans applicable aux demandes de salaires et assimilés, à toutes les actions visant au paiement de sommes dues en contrepartie de l'exécution de la prestation de travail. Pour les actions indemnitaires, que celles-ci soient liées à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail, un délai de prescription intermédiaire de 10 ans pourrait être retenu.

Proposition n°10

La commission recommande que la Cour de cassation se voie reconnaître par la loi la faculté de moduler les effets de ses décisions dans le temps.

Proposition n°11

La commission recommande d'encourager la mise en place des commissions paritaires d'interprétation par les accords collectifs de travail conclus au niveau des entreprises ou des groupes. Par ailleurs, la loi devrait rendre obligatoire la saisine de ces instances par le juge en cas de difficulté d'interprétation. Leurs avis ne s'imposeraient toutefois à la juridiction saisie qu'à la condition d'avoir été rendus à l'unanimité des signataires. Enfin, celle-ci resterait évidemment libre d'en tirer les conséquences contentieuses appropriées et en particulier d'écarter, comme invalide, la clause telle qu'éclairée par la commission paritaire d'interprétation.

Proposition n°12

La commission recommande de reconnaître officiellement à l'avocat général un rôle d'interface entre la juridiction et la société civile.

Proposition n°13

Une instance ad hoc pourrait être créée, sur le modèle du Haut conseil à l'intégration ou du Conseil des impôts. Placée auprès du Premier ministre, associant représentants de l'Etat, magistrats, représentants des milieux syndicaux et patronaux et experts, elle pourrait jouer un rôle de veille juridique et être chargée par le gouvernement de pointer les difficultés qui se posent dans tel ou tel domaine du droit du travail. Elle pourrait aussi attirer l'attention des pouvoirs publics sur les projets de réforme qui lui paraîtraient utiles.

Proposition n°14

Il convient d'abord de rendre obligatoire par la loi la formalisation par écrit du contrat de travail, sans pour autant exiger l'écrit en condition de validité du contrat. Le contrat à durée indéterminée demeure un contrat consensuel, ce qui permettrait d'informer clairement le salarié, notamment lors de son embauche, des engagements contractuels que lui-même et son employeur ont pris l'un à l'égard de l'autre. Ce contrat écrit devrait s'accompagner d'un document retraçant le cadre dans lequel s'inscrit la relation de travail et rappelant, à titre d'information, les règles d'origine non contractuelle qui s'appliquent dans l'entreprise (accords collectifs de travail, engagements unilatéraux de l'employeur, en particulier règlement intérieur ou horaire de travail) .

Proposition n°15

La commission préconise par ailleurs que soient définis, par la loi, les éléments devant obligatoirement figurer dans le contrat de travail, à savoir la nature du contrat, la qualification, les éléments garantis de la rémunération, le secteur géographique, la durée du travail (au sens du volume de la prestation), et que soit expressément précisé le fait que ces éléments ne peuvent être modifiés sans l'accord exprès du salarié.

Par ailleurs, pour faciliter la tâche des usagers, la loi pourrait renvoyer au règlement ou à la négociation collective le soin d'élaborer des contrats de travail types

Proposition n°16

La commission recommande de soumettre la procédure de modification pour un motif autre qu'économique à des règles claires. Comme en matière économique, il serait souhaitable que la proposition de modification soit faite par écrit afin d'assurer une complète information du salarié. La loi pourrait ainsi imposer à l'employeur de préciser tout à la fois la nature de modification proposée et les conséquences qu'il entend tirer d'un éventuel refus du salarié. Symétriquement, le salarié pourrait se voir impartir un délai impératif pour réagir. En cas de silence de sa part, à l'expiration de ce délai, il serait réputé avoir refusé la modification proposée.

Proposition n°17

Un cadre juridique spécifique devrait permettre d'inscrire la rupture négociée dans un ensemble légal évitant le détournement de la procédure de licenciement ou de démission pour des raisons fiscales et sociales.

Proposition n°18

La commission estime qu'une réflexion devrait être engagée sur les contrats dits d'usage. Elle est consciente qu'une remise en cause radicale de ces contrats risquerait de déséquilibrer les secteurs d'activité qui y recourent massivement, notamment l'hôtellerie restauration ou les industries du spectacle. Pour autant, elle considère que les salariés concernés devraient à tout le moins se voir offrir les mêmes garanties financières que les autres salariés employés sous CDD. Par ailleurs, la limitation dans le temps de la durée du recours à ces contrats devrait également être étudiée.

Proposition n°19

La commission préconise de compléter l'éventail des contrats spéciaux existants en créant une nouvelle forme de contrat, ouverte à des cadres ou des personnels qualifiés, notamment des experts, et permettant à un salarié d'être recruté par une entreprise pour participer à la mise en œuvre d'un projet déterminé. Elle y voit un moyen efficace pour clarifier des situations de travail ambiguës et souvent précaires.

Proposition n°20

Le bénéfice de ce mécanisme d'exonération pourrait utilement être étendu aux entreprises de travail temporaire pour les missions d'intérim correspondant au remplacement de salariés partis en formation.

Proposition n°21

La reprise par la loi des critères dégagés par la jurisprudence pour caractériser le salariat est de nature à stabiliser la frontière entre salariat et travail indépendant. Ces critères tiennent à l'existence d'un lien de subordination caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements.

Proposition n°22

L'élaboration de contrats types permettrait aux usagers du droit du travail de choisir dans quel régime juridique ils souhaitent inscrire leur relation.

Proposition n°23

La loi pourrait préciser que l'exécution d'un contrat de prestation de services ne constitue pas une opération de prêt de main d'œuvre, dès lors que :

- **Les salariés de l'entreprise sous-traitante participent à la réalisation d'une tâche spécifique et clairement définie avec obligation de résultat qui fait l'objet du contrat ;**
- **L'entreprise sous-traitante reçoit en paiement de sa prestation une rémunération forfaitaire.**

Proposition n°24

La commission considère que la création, dans les entreprises de moins de 250 salariés, d'un Conseil d'entreprise, exerçant les attributions des délégués du personnel, du comité d'entreprise et des délégués syndicaux, permettrait de développer la représentation des salariés et la négociation collective, dans des structures qui sont encore trop souvent dépourvues d'institutions représentatives.

Proposition n°25

La commission propose que la suppression du comité de groupe puisse être décidée soit par l'accord créant le comité d'entreprise européen soit par une décision de ce comité, à condition que celui-ci reprenne les attributions du comité de groupe France.

Proposition n°26

La commission propose donc de généraliser l'intervention du directeur départemental du travail pour tous les litiges portant sur les actes préparatoires aux élections. La décision du directeur départemental du travail serait alors susceptible d'être contestée devant le tribunal administratif, notamment par la voie du référé.

Le juge d'instance resterait naturellement compétent pour tous les litiges liés au déroulement même de l'élection

Proposition n°27

Il serait plus simple de retenir la même règle pour le calcul de d'ancienneté quel que soit le mandat, soit un an d'ancienneté sans condition de continuité.

Proposition n°28

Le retour au critère du lien de subordination pour déterminer l'effectif à prendre en compte pour l'élection des représentants du personnel au sein de l'entreprise constitue, selon la commission, le seul moyen d'éviter un contentieux qui s'amplifie.

Proposition n°29

Chaque fois que cela est possible, la commission estime que le recours au réseau Intranet devrait être encouragé dans les entreprises, tant pour le déroulement de la campagne que pour les opérations de vote elles-mêmes. Pour le vote, une modification du code du travail serait nécessaire.

Proposition n°30

Le mandat des représentants élus dans l'entreprise devrait être porté de 2 à 4 ans.

Proposition n°31

La commission propose donc que la loi vienne clarifier et unifier la notion d'établissement distinct pour la désignation des institutions représentatives du personnel.

Proposition n°32

La commission estime, sans préjudice des documents qui sont présentés au comité dans le cadre de consultations spécifiques non périodiques, que la possibilité de recourir à un rapport unique annuel devrait désormais être ouverte à toutes les entreprises, sans considération de taille.

La loi devrait renvoyer à un accord collectif la faculté de préciser le contenu et la forme de l'information délivrée au comité d'entreprise, en tenant compte du secteur d'activité et des particularités de son organisation.

Proposition n°33

La fourniture d'un document de synthèse annuel aux délégués du personnel permettrait un dialogue social de meilleure qualité dans les petites entreprises.

Proposition n°34

Pour lever toute ambiguïté, la commission préconise que la loi précise à quel moment et sous quelle forme doit intervenir la consultation du comité d'entreprise, en cas de négociation collective. Il faut que celle-ci ait lieu en amont et ne porte que sur le principe, l'objet et les orientations de la négociation envisagée par le chef d'entreprise. Il devrait être explicitement précisé qu'en cas de succès de la négociation, l'accord qui en résulte ne fait pas l'objet d'une consultation.

Proposition n°35

La loi doit autoriser le chef d'entreprise à adapter le délai de la convocation ou la consultation du comité dans la stricte limite de ce qui est nécessaire pour lui éviter de commettre des infractions notamment dans le domaine financier.

Proposition n°36

La commission propose que l'inscription à l'ordre du jour des questions pour lesquelles la consultation du comité d'entreprise est imposée par la loi ou par un accord collectif soit désormais automatique, à l'initiative du chef d'entreprise, dans un délai de 8 jours à compter du refus du secrétaire, comme l'est l'inscription à l'ordre du jour à la demande de la majorité des membres du comité.

Ceci ne concerne pas la question des modalités de fixation de l'ordre du jour de la deuxième réunion du comité d'entreprise dans le cadre d'une procédure de licenciement économique. Il s'agit là d'un sujet spécifique qui doit être traité dans le cadre de la négociation interprofessionnelle actuellement en cours.

Proposition n°37

Pour limiter les conflits inutiles, un accord préalable entre le chef d'entreprise et la majorité des membres élus du comité d'entreprise, portant, non sur le principe de l'expertise ou le choix de l'expert, mais sur les modalités de celle-ci, devrait être prévu. En cas de désaccord, le juge des référés pourrait être saisi. Un barème prévu par la loi devrait encadrer le montant des sommes consacrées par les entreprises au financement de l'expertise.

Proposition n°38

La commission propose de réunir les deux budgets en un seul document indiquant la ventilation des dépenses entre les deux sections.

Un accord collectif pourrait autoriser le transfert de l'éventuel reliquat des fonds destinés au fonctionnement, dès lors que les fonds disponibles excéderaient le montant de l'année en cours augmenté d'une année, au financement des activités sociales et culturelles du CE et/ou, si un accord de branche le prévoit et en fixe les conditions, au financement d'expertise ou d'autres formes de mutualisation.

Proposition n°39

Pour faciliter la gestion commune des activités sociales et culturelles au sein des entreprises comportant plusieurs établissements : le recours à une telle gestion devrait pouvoir être décidé par un accord conclu selon les règles de droit commun.

Proposition n°40

Il serait souhaitable de passer au crible l'ensemble des dispositions pénales en droit du travail pour clarifier la définition des infractions, notamment par rapport au droit pénal général, et ne conserver que les sanctions réprimant les comportements les plus graves.

Proposition n°41

Le développement des mesures de police administrative ou des procédures de référé pourrait constituer, dans certains cas, une alternative efficace à la sanction pénale.

Proposition n°42

La commission préconise de reprendre, dans le code du travail, l'énoncé des principes fondamentaux du droit pénal.

Proposition n°43

Pour étendre le champ de la négociation collective, la commission préconise d'organiser, à travers un pacte clair, la collaboration entre le législateur et les partenaires sociaux.

Proposition n°44

La commission propose que soient étudiées, dans le respect du caractère impératif de la loi, les voies d'assurer une stabilité effective aux accords face aux modifications législatives.

Elle propose d'insérer dans le code du travail une disposition législative générale prévoyant qu'à défaut de mention contraire dans la loi, les accords préexistants valablement conclus restent valides durant un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle..

Proposition n°45

La commission estime qu'il faudra mettre en place un instrument permettant de mesurer l'audience des organisations syndicales. Cette réforme devrait être élaborée en étroite concertation avec les organisations syndicales. Elle pourrait déboucher sur l'organisation, tous les 5 ans, d'une consultation des salariés dans les branches et les entreprises. Cette consultation servirait par ailleurs à désigner les juges prud'homaux.

Proposition n° 46

Il convient de mettre, dans les petites entreprises, à la disposition des négociateurs, notamment salariés, une expertise et un appui technique, organisés dans un cadre paritaire.

Proposition n° 47

La commission propose d'étendre aux salariés mandatés par une organisation syndicale pour mener une négociation les dispositions du code du travail permettant d'une part aux délégués syndicaux de prendre contact avec le personnel de l'entreprise et d'autre part aux sections syndicales d'organiser des réunions sur le lieu de travail.

Proposition n° 48

Pour des raisons de clarté et de simplicité, la commission préconise de retenir, pour les accords de groupe, une règle d'articulation avec les accords de niveau supérieur identique à celle qui vaut pour les accords d'entreprise.

Proposition n°49

Pour faciliter la négociation au niveau du groupe, la commission recommande de prévoir dans le code du travail la possibilité de désigner un coordinateur syndical de groupe habilité à négocier et à signer des accords collectifs

Proposition n°50

Le Ministre pourrait appeler les partenaires sociaux à favoriser le regroupement des branches pour aboutir au total à moins d'une centaine de branches. Cette évolution ne pourrait que favoriser l'effectivité des textes conventionnels.

ANNEXE 2

Propositions de réformes relatives au temps de travail

1. La frontière entre activité et inactivité

CONSTAT	PROPOSITION
L'article L.212-4 du Code du travail définit le temps de travail effectif comme le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives "sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles", ce qui caractérise le non travail. A côté des situations claires de travail et de non travail, des situations très variées se retrouvent à la frontière de ces deux notions. Il s'agit par exemple de périodes de présence passive mais contrainte ou de périodes comportant à la fois, de manière éventuellement intermittente, production de travail et périodes d'attentes où le salarié est libre de l'usage de son temps**.**	
Actuellement, lorsqu'une période d'activité est coupée par une ou des périodes d'inaction, elle peut être comptabilisée dans le cadre d'un régime d'équivalence, en considérant que la durée totale de présence est équivalente à une durée de travail effectif inférieure. Un décret, pris éventuellement après un accord de branche, doit le permettre, selon l'article L.212-4 du code du travail.	**Organiser des équivalences par accord collectif de branche, pour les temps qui - quelle que soit leur qualification juridique - comportent par nature des périodes d'inaction, sans qu'un décret soit nécessaire.**

2. L’aménagement du temps de travail

CONSTAT	PROPOSITION
La programmation indicative du temps de travail	
L’article L.212-8 du code du travail prévoit les clauses obligatoires devant figurer dans les accords de modulation du temps de travail. Celles -ci ne sont pas toujours adaptées. Une de ces clauses obligatoires doit fixer le programme indicatif de répartition de la durée du travail sur l’année. Cette obligation est prévue de la même manière pour les accords de branche et les accords d’entreprise. Ceci pose les problèmes suivants: - Au niveau de la branche, la fixation d’un programme indicatif de la modulation identique pour toutes les entreprises est concrètement impossible à réaliser, et aucun accord de branche existant, sauf branche très particulière, ne l’a fait effectivement. - Au niveau de l'entreprise comportant plusieurs établissements et concluant un accord cadre, cette prescription n’est pas plus réalisable, chacun des établissements ayant ses contraintes propres en fonction des activités qui s'y exercent. - Au niveau de l'établissement, ce programme ne peut être valable à l’infini et il devra donc être modifié pour devenir à terme très différent de celui, initial, figurant dans l’accord.	**Transformer la clause de programme indicatif de type calendrier obligatoire en une clause d’explicitation des règles selon lesquelles est établie la programmation indicative (ce qui correspond à ce que contiennent effectivement les accords actuels).**
La réduction du temps de travail par des jours de repos	
L’article L.212-9 du code du travail permet la mise en place de la réduction du temps de travail par l’attribution de jours de repos. Or, la rédaction de ce texte, issu de la loi AUBRY 2, se fonde sur une réduction de la durée collective de travail en deçà de 39 heures.	**Ouvrir également ce mode d’aménagement du temps de travail, particulièrement apprécié par les salariés, aux entreprises qui ont déjà réduit leur durée collective de travail.**

CONSTAT	PROPOSITION
Les conventions de forfaits en jours	
La mise en place de conventions de forfait en jours suppose un abandon de tout décompte horaire. Une comptabilisation en heures de la durée du travail effectuée par les salariés concernés n'a en effet pas de sens dans le cadre de ce système.	**Poser le principe d'une incompatibilité entre forfait en jours et décompte en heures de la durée du travail.**
La convention de forfait annuelle en heures ne constitue pas une réponse suffisamment adaptée à la situation des salariés itinérants dont la fréquence des déplacements rend la comptabilisation du temps de travail en heures inopérante et aléatoire.	**Etendre la possibilité de conclure des conventions de forfaits en jours aux salariés itinérants non cadres, par accord collectif.**
Les contrats de travail intermittents	
Le code du travail permet la mise en place par accord collectif de contrats de travail intermittents comportant des périodes travaillées et des périodes non travaillées sur l'année. Le contrat doit, selon l'article L.212-4-13, prévoir la répartition des heures de travail à l'intérieur des périodes travaillées. Un décret devait énumérer les secteurs dans lesquels la nature de l'activité ne permet pas de fixer les périodes de travail et la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes. Ce décret n'est jamais paru.	**Prévoir que les adaptations nécessaires et notamment les conditions dans lesquelles le salarié peut refuser les dates et les horaires de travail qui lui sont proposées soient déterminées par accord collectif (comme le prévoyait l'O. du 11/8/1986).**

3. Les dérogations au repos hebdomadaire et dominical.

Le code du travail fixe les règles régissant le repos hebdomadaire, posées dans leur principe en 1906 : les dérogations au repos dominical et au repos hebdomadaire restent marquées par une évolution très prudente des textes, le sujet étant sensible.

CONSTAT	PROPOSITION
La liste des dérogations de droit.	
Les articles L.221-9, R.221-4 et R.221-4-1 du code du travail dressent une liste d'établissements admis à donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie de leur activité. Les listes des articles R.221-4 et R 221-4, contiennent un certain nombre d'activités disparues ou résiduelles comme les moulins à vent ou les fonderies de suif. Au delà de la remise à plat de l'ensemble de la liste, exercice tenté, en vain, pour la dernière fois en 1974, il serait nécessaire d'insérer dans ces listes, complétées il y a 11 ans pour la dernière fois, des activités récentes ou des activités d'utilité sociale qui doivent pouvoir bénéficier d'une dérogation de droit.	**Mettre à jour les listes existantes sur la base des demandes d'autorisation préfectorale dans les départements les plus fréquentes.** **Elles pourraient notamment comporter :** **-les entreprises assurant un service social telles que les résidences et services pour personnes âgées,** **-les activités du champ des nouvelles technologies de l'information (modérateurs et contrôles de sites internet, hot lines),** **-le secteur de l'animation socio-culturelle,** **-les services de maintenance technique et informatique (et pas seulement les entreprises de maintenance comme actuellement),** **-les sociétés exposantes tenant des stands dans les foires, salons et congrès (pour aller au-delà de la mise en place des stands),** **-les dépôts d'animaux domestiques…**

CONSTAT	PROPOSITION
Les dérogations préfectorales individuelles	
L'article L.221-6 permet au Préfet d'autoriser l'octroi du repos un autre jour que le dimanche, par roulement, à condition d'établir que le repos simultané de tout le personnel le dimanche serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement. Les autorisations ne peuvent être données que pour une durée limitée et après avis du conseil municipal, de la chambre de commerce et d'industrie et des syndicats d'employeurs et de salariés de la commune. Ces avis doivent être rendus dans le délai d'un mois puis le Préfet rend ensuite son arrêté sous huitaine.	
Cette procédure s'accommode mal avec les situations d'urgence. Il en est ainsi par exemple de certains chantiers dont les conditions d'exécution ne permettent pas d'anticiper très longtemps à l'avance la demande de dérogation.	**Prévoir dans l'article L.221-6 une procédure d'urgence permettant d'accorder la dérogation à titre conservatoire.**
Les équipes de suppléance et le travail en continu	
Les articles L.221-5-1 et L.221-10 du code du travail dérogent aussi au repos dominical et permettent la mise en place respectivement d'équipes de fin de semaine dites équipes de suppléance et du travail en continu. La mise en place des équipes de suppléance suppose un double niveau conventionnel (un accord de branche et un accord d'entreprise ou d'établissement) alors que la mise en place du travail en continu ne nécessite qu'un accord collectif de branche ou d'entreprise.	**Rendre identique l'accès négocié à ces deux dispositifs. Un alignement sur le régime du travail en continu, plus simple, semble pertinent.**

4. Les congés payés

CONSTAT	PROPOSITION
L'acquisition des droits à congés	
L'article L.223-2 du code du travail subordonne l'ouverture du droit à congés payés au fait d'avoir été occupé chez le même employeur pendant au moins un mois de travail effectif durant la période de référence. Un salarié embauché par exemple en CDI le 9 mai et quittant l'entreprise le 20 juin ne totalise pas cette durée et n'aura droit à aucun congé. Cette règle est contraire aux dispositions de la directive européenne 93/104 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail qui ouvre à tout salarié un droit à congé payé. La CJCE a ainsi indiqué dans l'arrêt BECTU du 26 juin 2001 qu'une réglementation qui subordonne l'acquisition d'un droit à congé payé à l'accomplissement d'une durée minimale de travail n'est pas conforme aux dispositions communautaires.	**Supprimer cette exigence et ouvrir le droit à congé dès l'embauche**.
Le fractionnement	
Les règles applicables en matière de fractionnement des congés payés sont complexes : il n'est actuellement possible de déroger par accord collectif ou par accord individuel du salarié qu'aux jours de fractionnement supplémentaires.	**Permettre par accord collectif de définir les modalités de fractionnement prévues aux deux premiers alinéas de l'article L.223-8 (fractionnement possible de la 3ème et 4ème semaine).**
Le calcul de l'indemnité de congés	
Sur l'indemnisation des congés, deux règles, la règle du dixième ou celle du maintien du salaire, s'appliquent concurremment, ce qui entraîne des comparaisons, salarié par salarié, longues et parfois complexes.	**Permettre, après consultation des institutions représentatives du personnel, le choix de l'une seulement des deux règles pour tous ou pour un ensemble de salariés**

5. Le travail à temps partiel

CONSTAT	PROPOSITION
Le champ du travail à temps partiel	
L'article L.212-4-1 du code du travail définit ce champ. Les établissements publics industriels et commerciaux n'y figurent pas. Les règles relatives au temps partiel et notamment en matière de contenu obligatoire des contrats de travail à temps partiel ne s'appliquent donc pas dans ces établissements, comme le rappelle la circulaire du ministère du Travail DRT 94/4 du 21 avril 1994.	**Prévoir un champ d'application unique pour l'ensemble des dispositions relatives à la durée du travail (titre I, chapitre II durée du travail du livre II du code du travail)**.
Le calcul mensuel de la durée du travail dans le contrat de travail à temps partiel	
Le contrat peut prévoir un calcul hebdomadaire ou mensuel de la durée du travail des salariés. Ce calcul peut également être annuel si un accord collectif le permet. L'existence du temps partiel mensuel se justifie par la nécessité de permettre l'adaptation du travail à temps partiel à des fluctuations prévisibles d'activités plus larges que le cadre hebdomadaire. Cependant, la gestion de ce type de contrat est délicate car le contrat de travail doit préciser la répartition de la durée du travail entre les semaines du mois mais la limite du nombre d'heures complémentaires est calculée par rapport à la durée mensuelle du travail. Du fait des décalages induits par les semaines situées sur deux mois différents, le calcul des limites d'heures complémentaires est complexe.	**Remplacer le temps partiel mensuel par un temps partiel pluri-hebdomadaire, le nombre de semaines de référence pouvant varier selon les contrats et l'appréciation des heures complémentaires se faisant par rapport à la période pluri-hebdomadaire définie par le contrat.**

CONSTAT	PROPOSITION
La requalification de la durée contractuelle	
Le dernier alinéa de l'article L.212-4-3 du code du travail prévoit, sauf opposition du salarié concerné, un mécanisme de requalification de la durée contractuelle lorsque la durée de travail réellement effectué par le salarié dépasse celle-ci de deux heures au moins par semaine ou de l'équivalent mensuel de cette durée, pendant une période de douze semaines consécutives ou pendant douze semaines au cours d'une période de quinze semaines. La légitimité de la requalification n'est pas contestable mais l'appréciation de ces dépassements et ainsi leur suivi est particulièrement complexe, imposant la tenue de tableaux sur de longues périodes.	**Revenir à la règle d'origine, c'est à dire le calcul sur douze semaines consécutives, plus claire pour le salarié comme pour l'employeur.**
Les clauses obligatoires dans les accords modifiant les coupures, le délai de prévenance et la limite des heures complémentaires.	
L'article L.212-4-4 du code du travail énumère les clauses obligatoires d'un accord collectif qui entend déroger aux règles applicables en matière de coupure des horaires de travail, de délai de prévenance en cas de modification de la répartition de la durée du travail ou de limitation du volume d'heures complémentaires. Ces clauses obligatoires sont différentes selon la nature de la dérogation, sans justification apparente.	
L'examen du contenu des accords de branche démontre le caractère très formel de certaines clauses telles que par exemple les garanties relatives à la mise en œuvre pour les salariés à temps partiel des droits reconnus aux salariés à temps complets. En effet, beaucoup d'accords se limitent à la mention des dispositions légales	**Maintenir l'exigence d'une contrepartie spécifique pour les dérogations existantes en matière de travail à temps partiel. Supprimer les autres clauses obligatoires.**
Une contrepartie est prévue pour l'allongement des coupures des horaires de travail ou la réduction du délai de prévenance en cas de	

modification de la répartition de la durée du travail mais pas pour l'augmentation de la limite du nombre d'heures complémentaires.	**Prévoir aussi l'octroi d'une contrepartie spécifique, en cas d'augmentation de 10% au tiers de la durée fixée au contrat du nombre d'heures complémentaires pouvant être effectuées par un salarié à temps partiel**

ANNEXE 3

Composition de la commission

Président :

Michel de VIRVILLE, Secrétaire Général de Renault et Directeur des Ressources Humaines du Groupe Renault

Commission :

Paul-Henri ANTONMATTEI, Professeur à l'Université de Montpellier

Gilles BELIER, avocat

Jean BESSIERE, Directeur de l'Institut National du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle

Sylvain BREUZARD, Président du CJD

Hubert FLICHY, avocat

Pierre LANQUETIN, conseiller honoraire à la chambre sociale de la Cour de Cassation

Anne de RAVARAN, Directeur juridique RH du Groupe THALES

Jean-Dominique SIMONPOLI, Président d'association

Rapporteurs

Sophie BOISSARD, Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Franck MOREL, Inspecteur du Travail à l'Institut National du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle

Catherine PONE, chef du service droit et réglementation du travail chez Renault

Avec la participation du Directeur des Relations du Travail :
Jean-Denis COMBREXELLE

ANNEXE 4

Liste des personnes et organisations rencontrées.

I- Organisations syndicales et professionnelles :

CFDT
CFE-CGC
CGPME
CGT
CFTC
FO
MEDEF
UPA
UNSA
Association Nationale des Directeurs et Cadres de la fonction Personnel (A.N.D.C.P.)
Comité de Liaison des Industries de Main d'œuvre (C.L.I.M.O.)
Association Française des Entreprises Privées (A.F.E.P.)
Organisations professionnelles du secteur sanitaire et social (SNAPEI, UNIFED…)
Syndicat des entreprises de travail temporaire (SETT).
Fédération Bancaire Française

II- Personnalités qualifiées et experts

Dominique BALMARY, conseiller d'Etat, ancien délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle
Jacques BARTHELEMY, avocat
Bernard BRUNHES, président du cabinet Bernard BRUNHES consultant.
Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, conseiller d'Etat, membre du Conseil constitutionnel
Jean Yves FROUIN, ancien conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, conseiller à la Cour d'appel d'Angers
Jean-Claude JAVILLIER, Directeur des normes à l'OIT
Philippe LANGLOIS, professeur à l'université Paris IX (Paris Dauphine)
Jean Marie LUTTRINGER, professeur à l'université Paris X (Nanterre)
Jean MARIMBERT, conseiller d'Etat, ancien directeur des relations du travail
Henri ROUILLEAULT directeur de l'ANACT
Jean Emmanuel RAY, professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Pierre SARGOS, Président de la chambre sociale de la Cour de cassation
Raymond SOUBIE, président d'Altedia
Alain SUPIOT, professeur à l'Université de Nantes, Maison des Sciences de l'Homme
Catherine TAILLANDIER, Conseiller à la Cour d'appel de Paris
Philippe WAQUET, conseiller doyen de la chambre sociale de la Cour de Cassation (h.)