

# Perte du sens et effritement du droit du travail

Emmanuel Dockès

A force d'exceptions, de statuts particuliers, de procédures simplifiées, le droit et le rapport au travail connaissent un vrai bouleversement. Une évolution occultée par les mots « flexibilité », « autonomie »...

Le droit du travail français a connu ces vingt dernières années une importante mutation. La période a permis quelques rares progrès sociaux. Le plus médiatique reste l'adoption des 35 heures, même si l'avancée est devenue plus symbolique qu'effective. L'application croissante des droits de l'homme aux relations de travail fut un progrès plus discret, mais sans doute plus important. Ces quelques éléments protecteurs nouveaux ne sauraient, cependant, cacher la tendance lourde. Les deux dernières décennies ont été globalement des temps de destruction des protections juridiques applicables au travail salarié. Et ce mouvement semble appelé à se poursuivre et à s'amplifier.

L'ampleur des reculs réalisés en droit français est passée relativement inaperçue, pour deux raisons principales. La première est la régression comparativement bien plus abrupte et complète qu'ont connue certains pays voisins, comme le Royaume-Uni au cours des années 1980. La seconde est le recours à une technique législative progressive, empilant les petites réformes les unes sur les autres. Le Code du travail est devenu de plus en plus complexe. Enflé d'exceptions et de statuts dérogatoires, son

**Emmanuel Dockès** est professeur de droit à l'Université Lyon 2, Directeur de l'Institut d'Etudes du travail de Lyon.

volume a crû au fur et à mesure que les protections sociales s'affaissaient. D'où une grande difficulté à comprendre le droit actuel et à percevoir l'ampleur des régressions subies.

Mais la destruction du droit du travail est d'abord la suite d'un patient travail rhétorique. Avant que les protections n'aient été atteintes, ce sont les mots et les sens qui ont été travaillés, retournés, sinon falsifiés. Une terminologie s'est imposée, très peu contestée, qui prône la destruction des protections du droit du travail. Il n'est plus de compréhension possible, sans prendre le temps d'un dévoilement du sens.

## ■ Une avalanche d'exceptions

Les atteintes progressives portées aux règles qui limitaient et organisaient le temps de travail sont un exemple marquant. Sur ce thème, la succession de textes est impressionnante, un pic ayant été atteint entre mai 2004 et août 2005, période qui a compté pas moins de neuf lois (soit en moyenne, plus d'une loi tous les deux mois sur le même thème). Déjà en 2003, il y avait eu trois lois successives, chacune bien entendu accompagnée d'une pluie de décrets d'application. Et le mouvement semble reprendre de plus belle, si l'on en croit l'adoption dans l'urgence de la loi du 21 août 2007 et les déclarations sur la nécessité d'assouplir encore la règle des trente-cinq heures (ce qui semble difficile tant celle-ci a déjà été « assouplie »). Cette accumulation de textes a mis à mal certaines protections fondatrices du droit du travail.

Ainsi, en 1904, la durée maximale de travail quotidien était fixée à 10 heures par jour. La convention internationale n° 1 de l'OIT, de 1919, (la toute première) préconisa même dans l'industrie une réduction de cette durée quotidienne à 8 heures par jour en principe et à 9 heures par jour si une convention collective en convenait. Mais les années 2000 auront permis de faire passer la durée maximale à 12 heures, avec une convention collective, et dans certains cas, sur autorisation de l'administration, à 13 heures par jour.

La durée maximale par semaine était fixée à 48 heures et à 44 heures en moyenne sur douze semaines (les 35 heures ne sont pas une durée maximale, mais une durée au-delà de laquelle les heures sont dites, en principe, « supplémentaires »). Aujourd'hui, par simple arrêté ministériel, des secteurs d'activité entiers peuvent passer, sur toute la France, aux 50 heures par semaine en moyenne sur un nombre de semaines quelconque, voire sur toute l'année. Dans certains cas exceptionnels, une autorisation de passer aux 50 heures et même aux 60 heures, peut être accordée entreprise

par entreprise par l'administration du travail. Bien plus, dans le cadre du « forfait-jour », il est possible d'ordonner à un salarié de travailler 57 heures par semaine en lui versant un salaire calculé sur seulement 35 heures de travail. Et, si l'on accepte de verser des compléments de rémunération, on peut exiger jusqu'à 74 heures par semaine.

Il faut encore mentionner le formidable essor des possibilités offertes aux employeurs pour modifier l'emploi du temps de leurs salariés (horaires modulés, annualisation du temps de travail, heures « choisies », etc.). De nombreux salariés ignorent désormais d'une semaine sur l'autre leurs horaires et leur durée de travail. Les rythmes familiaux sont bouleversés et les salariés à temps partiel dans cette situation sont dans l'impossibilité de rechercher l'emploi complémentaire qui leur permettrait d'atteindre un revenu décent.

L'atteinte aux protections de l'emploi suit le même chemin, avec un temps de retard. Les statuts spéciaux précaires, réservés à certains salariés, se sont accumulés. Les possibilités de « simplifier » les procédures de licenciement par convention collective se développent, notamment par le biais des « accords de méthode ».

Une réunification des statuts et des procédures a un temps été envisagée sous le nom de « contrat de travail unique ». En échange d'un affaiblissement du droit du licenciement, une certaine unité aurait pu alors être restaurée. Mais cette solution, qui aurait constitué une rupture dans la méthode législative, semble abandonnée. Il est vrai que le modèle autour duquel la réunification avait été pensée a été condamné au nom du droit international, d'abord par le juge français (Cours d'appel de Bordeaux et de Paris au cours de l'été 2007), puis par l'Organisation internationale du travail en novembre dernier. Le retour aux méthodes traditionnelles est annoncé (nouveaux contrats de travail spéciaux, mise en place de modes de rupture simplifiés...).

## ■ Des mots pour détruire

La justification de ces destructions s'appuie sur des discours simples, sur des mots forts, constamment répétés. Certains relèvent simplement de la rhétorique. Par exemple, c'est avec beaucoup d'insistance que la nécessité de réformer est mise en avant : il faut continuer les réformes, il faut accepter le changement, etc. Qui peut s'opposer à de telles affirmations ? L'amélioration du droit est une quête constante et indispensable. Cet acquiescement acquis, il ne reste qu'à fustiger les opposants à telle réforme, comme des tenants de l'immobilisme. Or, bien évidemment, la nécessité

abstraite de réformer n'est pas un argument en faveur de tel ou tel changement précis. Une réforme donnée, quelle qu'elle soit, peut et doit toujours être débattue.

Il n'est pas question ici de faire le tour de telles évidences, fussent-elles fréquemment contournées. Le plus important est de montrer comment certains mots, connotés positivement, sont utilisés pour convaincre du bien fondé de certaines réformes. Or, ce vocabulaire n'est plus guère contesté et l'on voit s'y soumettre jusqu'aux plus rudes opposants aux réformes en question. C'est sans doute dans cette soumission terminologique et dans la perte du sens qu'elle induit, que se trouvent les indices les plus inquiétants d'une possible disparition, à terme, des protections du droit du travail.

Les arguments actuels se situent sur deux axes. Le plus médiatique s'organise autour du mot « flexicurité ». Il est un composé de « flexibilité » et de « sécurité », celle-ci étant présentée comme une sorte de contrepartie à celle-là. Le second axe s'exprime en termes de respect des « particularités », des situations « concrètes » et s'appuie sur la revendication d'une plus grande « autonomie » individuelle ou collective.

### ■ De la « flexibilité » à la « flexicurité »

Dans les années 1980-90, le terme à la mode était celui de « flexibilité ». Il était mis en vis-à-vis du très « rigide » droit du temps de travail. Cette flexibilité s'est cependant peu à peu révélée pour ce qu'elle était : l'autorisation d'une plus grande maîtrise par les employeurs des horaires et de la durée du travail. Le mot flexibilité s'est usé, masquant assez mal l'accroissement du pouvoir.

Aujourd'hui, il s'agit essentiellement de simplifier la rupture des contrats de travail. Mais, derrière la « flexibilité » de l'emploi, l'essor de la précarité est désormais bien compris. Un nouveau discours s'est donc développé. Il s'appuie sur le néologisme « flexicurité », lequel désigne un programme plus subtil et plus intéressant qu'une simple destruction du droit du licenciement.

Celle-ci, bien entendu, reste un objectif central. Elle est défendue par plusieurs analyses économiques, et notamment par celle du fameux rapport de MM. Cahuc et Kramartz rendu en 2004. Ces analyses ne rendent pas le droit du licenciement responsable du taux de chômage, corrélation que les études chiffrées contredisent. Elle le rendent responsable d'une certaine césure du marché du travail. Les uns, dotés d'emplois solides sont correctement protégés. Mais les autres, les précaires, les exclus, restent aux

portes de ces protections. Ils vont de petits contrats en petits contrats et demeurent au chômage pour des durées plus longues que celles observables dans les pays où la protection contre le licenciement est plus faible. Un marché de l'emploi plus flexible faciliterait la sortie de l'emploi, mais augmenterait le nombre d'entrées dans l'emploi. Le roulement serait plus rapide. Les périodes de chômage seraient plus fréquentes, mais plus courtes. Après le partage du travail, l'idée serait donc d'organiser un certain partage du chômage.

L'idée n'est pas sans force de conviction et nécessiterait d'assez longs développements en réponse. On notera simplement que la stabilité de l'emploi, par définition, est un bien qui ne se partage pas. Divisé en petits morceaux, un emploi stable devient une foule d'emplois précaires et non pas un peu de stabilité pour tous. De plus, il est plutôt inquiétant de remarquer que la dernière idée en vogue pour lutter contre le chômage soit de favoriser les pertes d'emplois.

Cependant, il est proposé de compenser cette précarité nouvelle par une « sécurisation des parcours professionnels », laquelle serait un composé d'indemnisation du chômage plus généreuse, d'amélioration de la formation continue et de renforcement du service public de l'emploi. Effectivement, si la « sécurisation des parcours professionnels » est importante et la réduction du droit du licenciement modérée, les salariés pourraient bien, finalement, y gagner quelque chose. L'« échange » serait tout à fait négociable et c'est au demeurant en ces termes que se déroulent les

## **Quels termes de l'échange ?**

négociations interprofessionnelles actuelles. Cette présentation en termes d'échange est, pourtant, assez trompeuse. La sécurisation des parcours professionnels suppose un accroissement de la dépense publique. Et sa contrepartie est l'accroissement des prélèvements obligatoires. Il s'agit d'un choix de société. Le citoyen paie plus, mais en contrepartie il bénéficie d'une plus grande sécurité professionnelle. Tels sont les termes réels de l'échange. En revanche, le droit de rompre plus facilement les contrats de travail est accordé aux employeurs sans aucune contrepartie de leur part. Il n'est pas « échangé ».

Telle est la principale falsification réalisée par le néologisme « flexicurité ». En fusionnant la flexibilité (de l'emploi) et la sécurité (des parcours professionnels), il présente les deux réformes comme indissociables, l'une étant la contrepartie de l'autre. Or tel n'est pas le cas. La précarité de l'emploi serait accordée aux employeurs sans aucune contrepartie de leur part. Elle serait simplement rendue plus supportable grâce à une dépense publique plus généreuse, basée sur une hausse des prélèvements obligatoires.

L'évolution la plus marquante du droit du travail depuis une vingtaine d'années est d'apparence technique : c'est l'affaiblissement du caractère obligatoire de ses règles. Au début des années 1980, celles-ci étaient reconnues comme pleinement impératives. Il n'était bien entendu pas interdit aux conventions collectives ou aux contrats d'accorder plus aux salariés. Les règles du droit du travail étaient des minima en deçà desquels il était interdit de descendre. Ces solutions traditionnelles ont subi des exceptions, de plus en plus nombreuses et généralisées, sous l'influence d'un discours appuyé sur deux arguments :

- Selon le premier, les sujets de droit doivent, autant qu'il est possible, forger eux-mêmes les règles qui les gouvernent. Le respect de l'autonomie des personnes est une valeur essentielle en démocratie. Par conséquent, lorsque les parties s'accordent pour écarter une règle, il serait absurde de la leur imposer contre leur volonté. Au nom de cette « autonomie », le pouvoir restrictif des conventions de branche, puis des conventions d'entreprise, a été puissamment défendu. Il s'agissait alors d'« autonomie collective ». L'argument est plus direct encore lorsqu'il vise l'« autonomie individuelle », et prône la suprématie du contrat individuel.

- Selon le second argument, chaque situation particulière est différente (ce qui est incontestable). L'application des mêmes solutions partout, pour tous, nie ces différences. Les principes légaux doivent donc être adaptés à chaque situation concrète. L'argument vaut pour les conventions de branche, mais aussi pour les conventions d'entreprise (chaque entreprise est différente). Et il vaut tout autant pour prôner la destruction par contrat individuel (chaque situation individuelle est particulière).

Ces deux arguments conduisent aux mêmes conclusions. La source du droit la plus proche du terrain et des volontés individuelles doit l'emporter. La convention collective doit l'emporter sur la loi. La convention d'entreprise doit pouvoir déroger aux conventions de branche. Et, finalement, le contrat individuel devrait avoir le dernier mot.

Depuis une vingtaine d'années, le droit s'approche constamment de ces solutions. Actuellement, les conventions collectives peuvent déroger à des pans entiers du Code du travail. Depuis la loi du 4 mai 2004, le principe est qu'une convention d'entreprise peut détruire les avantages prévus par convention de branche. En droit français, le contrat individuel de travail reste en dehors du mouvement. Il ne peut toujours pas annuler les protections légales ou conventionnelles. Mais cette faculté est ouverte ailleurs. Les salariés anglais peuvent ainsi dépasser les durées maximales du travail

imposées par les directives européennes, si leur contrat le prévoit (20 % des Britanniques travaillent régulièrement plus de 48 heures par semaine). Et, en Australie, depuis la réforme dite des *Workchoices*, de mars 2006, les contrats individuels peuvent écarter l'essentiel des protections légales.

Mais les arguments qui ont permis ces évolutions sont très fragiles. Le premier, celui de l'autonomie, ne vaut qu'entre égaux. Or se rapprocher de la volonté des intéressés, en droit du travail, c'est aussi se rapprocher du pouvoir patronal. Les employeurs ont une influence plus directe sur le contenu des conventions collectives que sur le contenu de la loi. Parmi les différentes sortes de conventions collectives, c'est dans la négociation entreprise par entreprise que leur domination a le plus de chance de pouvoir s'exprimer : il est plus facile dans l'entreprise que dans la branche de menacer de licenciement les proches des négociateurs, sinon les négociateurs eux-mêmes. Et, bien entendu, le pouvoir de l'employeur s'exprime plus commodément encore dans la négociation des contrats individuels de travail. Le déséquilibre est ici le plus grand entre celui qui détient l'emploi et celui qui recherche un emploi. C'est au demeurant parce que ce dés-

## **A quel niveau édicter la règle ?**

équilibre est intense et général qu'un droit du travail protecteur est utile. Ainsi, faire descendre le niveau d'édition de la règle, c'est la soumettre davantage au bon vou-

loir des employeurs. Le premier argument réussit la prouesse de défendre l'accroissement du pouvoir au nom de son contraire « l'autonomie ».

Le second argument prône le respect des particularités. Il pointe une difficulté réelle. Générales et abstraites, les règles de droit ont pour nécessaire faiblesse de ne pas pouvoir prendre en compte toute la complexité des situations concrètes. Mais la difficulté n'est pas propre au droit du travail. Elle existe pour l'ensemble du droit étatique, depuis la prohibition du vol, jusqu'aux règles du mariage. Pour l'affronter, la méthode la plus traditionnelle consiste à laisser des marges d'interprétation aux juges, lesquels pourront faire varier l'impact de la règle en fonction des cas concrets. Une autre solution est de laisser aux intéressés des possibilités d'adaptation. C'est au demeurant ce qui était prévu dans la construction traditionnelle de la législation du travail : loin de tout régler, celle-ci laissait aux employeurs toutes possibilités d'organiser de manière particulière leur gestion du personnel, pourvu qu'ils respectent les protections minimales édictées par la loi.

En revanche, dès qu'il s'agit d'écarter ces protections, la question n'est plus simplement celle du respect des situations particulières. Ouvrir aux conventions collectives la faculté de déroger au plafond des 10 heures par

jour, ce n'est pas seulement permettre de meilleures prises en compte des « particularités », c'est aussi permettre aux employeurs en situation de force dans la négociation, d'ordonner aux salariés de travailler 12 heures par jour. C'est accroître leur pouvoir. On peut comprendre que l'accord du syndicat puisse, dans certains cas, apparaître comme une garantie. Mais la force de négociation de l'employeur ne doit pas être négligée. Or, plus l'employeur peut influencer sur le contenu des règles qui limitent son pouvoir, et moins ces limites sont réelles. Le respect des situations particulières cache alors la revendication d'un pouvoir patronal élargi.

Il est parfaitement possible de prôner une destruction, totale ou partielle du droit du travail. Il est aussi possible de préférer le maintien ou l'accroissement de certaines protections. Encore faut-il que les discours trompeurs soient dévoilés et que puisse être posée la véritable question dont dépend l'avenir du droit du travail : dans une société comme la nôtre, avec ses données économiques et sociales, est-il préférable que les pouvoirs accordés juridiquement aux employeurs soient accrus, maintenus, ou réduits ?

EMMANUEL DOCKÈS