

LIBRES PROPOS

par Emmanuel DOCKÈS

Professeur à l'université de Dijon

Prochains « <u>Libres propos</u> » novembre : P.-Y. Verkindt décembre : J.-E. Ray

Le stroboscope législatif

Le stroboscope est un appareil qui émet de brefs éclairs lumineux, à intervalles très rapides. Utilisé en boîte de nuit, il donne une perception saccadée, déformée du mouvement des danseurs. Son utilisation mal contrôlée peut déclencher des crises d'épilepsie.

Il semble lointain, doux, presque irréel, ce temps merveilleux où la doctrine ulcérée se plaignait d'avoir, sur un même sujet, jusqu'à une loi tous les quatre ou cinq ans. La partie législative du Code du travail consacrée à la réglementation du temps de travail a été modifiée par huit lois ou ordonnances en moins de 12 mois (1), le tout s'étant bien entendu accompagné d'une pluie de décrets. Et, si l'on en croit le Gouvernement, le mouvement était encore un peu poussif. Le 28 juin 2005, M. de Villepin, dans une intervention à l'Assemblée nationale sur le projet de loi d'habilitation des ordonnances sur l'emploi, a été très net. « J'ai fait ce choix (des ordonnances) pour une raison simple: l'urgence. Nous ne pouvons plus attendre (...). Nous avons consacré beaucoup de temps et d'énergie aux analyses et aux réflexions: nous devons désormais entrer dans le temps de l'action... » (2). Le législateur semblait avoir fait la preuve de ses capacités à produire vite et beaucoup. Le Parlement a même démontré qu'une fois lancé, il était capable de légiférer dans un même domaine, sur un rythme mensuel ou bimensuel. Le couperet tombe: il est encore trop lent. Il faut désormais calculer en jours: une centaine de ces jours doit suffire à réaliser un programme législatif et à en mesurer les effets. Le rythme effréné des flashes juridiques a donc dû s'accélérer encore. Alors que les juilletistes et les aoûtistes se croisaient sur les routes de France, les autorités publiques étaient comme survoltées. Entre le 24 juillet et le 2 août, le seul droit du travail a été « enrichi » par six lois, six ordonnances, et 15 décrets d'application. Peut-être un nouveau record? Dans la traditionnelle inflation des textes de droit, une étape supplémentaire est franchie. Les lumières du droit se hachent, comme prises dans un mouvement stroboscopique.

Ce déferlement de textes pourrait faire croire à un dérèglement de la machine législative, à un emballement,

à une folie. Il n'en est rien. Ce qui de loin semble chaotique prend tout son sens observé de plus près. Il ne s'agit pas de tremblements convulsifs, mais de raison. C'est bien au développement d'un nouvel art législatif que l'observateur du droit du travail assiste, à l'apparition d'une méthode. Et cette méthode, que l'on peut qualifier de « stroboscopique », se révèle d'une efficacité telle qu'il apparaît bien utopique de penser qu'elle n'est qu'un épiphénomène passager.

Le premier intérêt de la méthode stroboscopique appartient aux ressorts de la communication. Nous vivons une époque qui valorise grandement le dynamisme. Il nous faut des hommes politiques réactifs, emportés par l'instant présent. C'est cette demande qu'un Nicolas Sarkozy a comprise. Et c'est sur ce terrain, que Dominique de Villepin entend bien le concurrencer. Face aux difficultés de la société actuelle, il est nécessaire de montrer que les pouvoirs publics agissent, qu'ils agissent vite et beaucoup. De ce point de vue, il est bien évident qu'une grande loi, mûrement réfléchie, vaut moins qu'une dizaine de petites lois faites dans l'urgence. Conçue pour apparaître au journal télévisé et pour y délivrer un message, la loi prend alors la fonction d'un spot publicitaire. Et c'est en toute logique qu'elle est assénée de manière répétée, cadencée.

De nouveaux contrats de travail spéciaux aidés ou dérogatoires sont pour cette raison constamment créés. Aux contrats « initiative-emploi », « emploi-solidarité », « local d'orientation », « vendanges », « de retour à l'emploi », « d'accès à l'emploi », « emploi consolidé », « de conversion », « de professionnalisation », ou « d'insertion-revenu minimum d'activité » se sont ajoutés, rien qu'au cours de l'année 2005, les contrats « d'accompagnement dans l'emploi », « d'avenir », « d'insertion dans la vie sociale », « de mission à l'exportation »

(1) Lois du 4 mai 2004, du 30 juin 2004, du 18 janvier 2005, du 11 février 2005, du 23 février 2005 et du 31 mars 2005; ordonnances du 24 juin 2004 et du 12 novembre 2004. L'an-

née 2003 avait déjà connu trois lois sur la question (lois du 17 janvier 2003, du 1^{er} août 2003 et du 21 août 2003).

(2) JO AN, 2005, p. 4015.

et « de volontariat de solidarité internationale ». Le dernier né est le contrat « nouvelles embauches » du 2 août 2005. Les communiquants de Matignon nous préparent-ils déjà un contrat de « joyeuses fêtes » pour Noël ?

Une autre solution pour montrer de l'agitation consiste à modifier fréquemment les contrats spéciaux existants. Le « contrat d'avenir » de janvier dernier vient d'être modifié par la loi du 26 juillet 2005 relative aux services à la personne, et par deux décrets du 2 août 2005. Très peu coûteux pour l'employeur, il présentait l'avantage pour le salarié d'être relativement stable, puisque conclu pour une durée de deux ans. Cette durée pourra désormais être divisée par quatre, sous certaines conditions (3). Le « contrat d'avenir » garantissait un avenir de deux ans. Il ne garantira plus qu'un avenir de six mois. Au rythme où vont les choses, peut-être qu'en février prochain il apparaîtra qu'un mois et demi d'avenir, c'est déjà beaucoup ? Quoi qu'il en soit, toute agitation persistante dans la modification ou dans la création de nouveaux contrats aidés permettra de montrer à quel point le Gouvernement est préoccupé par la persistance du chômage. Et c'est sans doute là l'essentiel.

La méthode stroboscopique permet aussi de masquer au moins en partie le contenu réel de l'action législative. Le stroboscope, sur la durée, provoque des éblouissements. La cadence infernale de la production de textes permet d'épuiser n'importe quel observateur, même diligent. De nombreuses micro-réformes destinées à satisfaire tel ou tel intérêt particulier pourront ainsi passer totalement inaperçues, si ce n'est des destinataires directs du petit cadeau en question. Par exemple, la loi du 15 décembre 2004 a pu permettre de faire échapper à la qualification de salaire, et donc aux cotisations sociales, une part de la rémunération des sportifs professionnels les mieux payés (4). Et les contribuables sont priés de compenser, via le budget de l'État, la perte que cette exonération fait subir aux caisses de Sécurité sociale. C'est ainsi encore qu'au détour d'un texte, le législateur peut faire rétro-agir une disposition légale nouvelle ayant pour objet de favoriser l'exclusion du salariat des conducteurs de transports scolaires en milieu rural (5)...

Mais le principal intérêt de la méthode stroboscopique est proprement politique. Plutôt que d'adopter une réforme en une fois, il est souvent plus habile de l'adopter en une dizaine de fois. C'est ainsi que sont, de nos jours, menées les privatisations (on change d'abord les statuts de l'entreprise publique, puis on ouvre le capital à une petite minorité d'actionnaires privés, on accroît un peu cette petite part, etc.). C'est encore par ce biais que la destruction de la réforme des 35 heures a pu être réalisée. Un retour abrupt aux 39 heures hebdomadaires

aurait provoqué de vives résistances. Il a donc été jugé préférable de procéder par petites étapes successives. Le coût des heures supplémentaires a été réduit, le nombre d'heures supplémentaires susceptibles d'être ordonnées par l'employeur a été accru, certains temps anciennement qualifiés de temps de travail ont été requalifiés en temps libres, un jour férié a été supprimé, les possibilités d'adopter un calcul en « forfait-jours » ont été accrues, etc. Aucune de ces réformes ne remettait seule en cause les 35 heures. Cumulées, elles ont fait beaucoup plus qu'opérer un retour au point de départ.

La méthode stroboscopique permet ainsi de réduire les possibles résistances. Les opposants au projet doivent mobiliser contre le dernier des petits pas en discussion. Et, pour peu que l'on soit déjà habitué au petit pas précédemment effectué, et pour peu que l'on fasse abstraction de celui qui suivra, ce petit pas semble souvent relativement anodin. Découper une réforme en petits morceaux, c'est obliger les opposants à un difficile travail d'explication, de reconstruction. Cela peut même permettre de décourager ces opposants (défaits sur le premier petit pas, ils le sont encore sur le deuxième, puis sur le troisième...). Épuisé par le stroboscope, l'opposant finit par fermer les yeux.

Plusieurs réformes essentielles, par méthode stroboscopique, sont aujourd'hui en cours. Un bref aperçu de l'avalanche de textes subie dans la torpeur de l'été permet de donner une idée des grandes orientations actuelles. Elles ne manquent pas d'élégance.

Une formation dynamique

Pour former les jeunes, le Gouvernement a eu une idée, assez brillante, il faut le reconnaître. Plus viril que l'éducateur spécialisé, plus concret que formateur pour adulte, voici le sergent-chef. Élèves en difficulté : garde à vous, à vos rangs fixe ! L'armée est désormais directement chargée de vous insérer dans les entreprises privées (6). Et, que tous soient rassurés, aucun inspecteur du travail d'aucune sorte ne viendra troubler la saine vie collective : le contrôle de l'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail de ces nouveaux centres de formation sera confié en exclusivité au contrôle général des armées (7). Et on nous promet un « encadrement confié à d'anciens militaires ayant l'expérience de l'autorité et du dépassement de soi, y compris dans des situations difficiles... » (8) : tout un programme !

Du travail pour les jeunes

Pour trouver de l'emploi aux jeunes, une solution vraiment innovante a été trouvée : les exclure du

(3) Art. L. 322-4-11 avant dernier alinéa nouveau.

(4) La rémunération versée au-delà du double du montant du plafond de la Sécurité sociale (lequel est fixé à 2516 € mensuels en 2005) pourra, selon cette loi, être exonérée de toute cotisation sociale, dans la limite de 30 % de son montant total.

(5) Art. 63 de la loi du 23 février 2005.

(6) Ordonnance n° 2005-883 du 2 août 2005 relative à la mise en place au sein des institutions de la défense d'un dispositif d'accompagnement à l'insertion sociale et professionnelle des jeunes en difficulté. Le rapport au président de la Répu-

blique relatif à cette ordonnance (JO 3 août 2005 page 12669) en résume bien l'esprit : « le projet éducatif proposé ne permet pas d'envisager un statut relevant du Code du travail, notamment du fait de l'exigence de vie en internat ou des contraintes particulières en matière de discipline. Il ne justifie pas, pour autant, d'attribuer un statut militaire aux stagiaires compte tenu de la finalité du projet orientée exclusivement vers l'emploi civil et l'entreprise ».

(7) Art. 6 de l'ordonnance précitée.

(8) Cf. le rapport précité.

décompte des effectifs. Désormais, le jeune de moins de vingt-six ans comptera pour rien dans le calcul des seuils (9). On peut imaginer une entreprise composée majoritairement de jeunes de moins de vingt-six ans, dans la restauration ou les centres d'appels par exemple. Sous réserve des dispositions transitoires, une telle entreprise pourra compter une centaine de salariés sans être tenue d'avoir un comité d'entreprise. Elle pourra aussi organiser le licenciement en bloc de 80 personnes sans mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi, etc. Le travail salarié accordait au mineur de moins de 18 ans un accès anticipé à une capacité juridique plus large. Désormais, il faudra enseigner qu'en accédant au travail, le jeune majeur cesse d'être une personne juridique pleine: il ne compte plus comme un véritable adulte. Cette discrimination selon l'âge pourrait être invalidée, par le Conseil constitutionnel ou écartée par les tribunaux de droit commun (10). Affaire à suivre...

Enfin libres (de licencier)!

Se rapprocher à tout prix du temps béni, où l'employeur pouvait licencier sans aucune contrainte législative, voilà une nouvelle idée fixe du législateur. Les lois du 3 janvier 2003 et du 18 janvier 2005 attaquaient principalement la procédure des grands licenciements collectifs. Ce sont aujourd'hui les protections des petits licenciements qui sont visées au travers du contrat de « nouvelles embauches » (11). Ha! Pouvoir enfin licencier par simple lettre recommandée avec accusé de réception, sans avoir à regarder le salarié en face lors d'un entretien préalable et sans prendre la peine de lui donner un quelconque motif! Les enchaînements indéfinis de petits contrats à durée déterminée d'une semaine sont illicites? Ce n'est plus un problème! Si l'on en croit le Gouvernement, désormais c'est tous les jours que l'on pourra décider de ne pas renouveler le contrat « nouvelles embauches »! Ce rêve n'est encore accessible qu'aux entreprises d'au plus vingt salariés véritablement adultes (12). Et, en théorie, il n'est réalisable qu'à l'encontre des salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté. Mais le législateur a prévu qu'en cas de rupture d'un contrat « nouvelles embauches » avant le délai de deux ans, il suffit d'attendre trois mois et l'on peut conclure un nouveau contrat « nouvelles embauches » avec le même salarié (13). La précarité peut ainsi être pérennisée: il suffit de laisser aux sala-

riés trois mois de vacances entre deux contrats de deux ans (moins un jour), le temps pour les salariés de se remettre de leurs émotions. Un jour, peut-être verra-t-on des salariés embauchés depuis plus de vingt ans et toujours en « nouvelles embauches »?

Évidemment, il n'est pas certain qu'un tel espoir soit totalement crédible. La Cour de cassation reconnaîtra certainement que la rupture d'un contrat nouvelles embauches peut être abusive (14). Et elle pourrait requalifier en contrat à durée indéterminée de droit commun une succession frauduleuse de contrats de nouvelles embauches. Pour qu'enfin la sécurité juridique (des employeurs) règne, sans doute faudra-t-il un jour en venir à interdire aux salariés d'agir en justice! (15).

Remettre la France au travail

Les lois de 1900, 1902, et 1904 ont réduit le temps de travail quotidien respectivement à 11 heures, à 10 heures 30 puis à 10 heures par jour. La convention internationale n° 1 de l'OIT, de 1919 (la toute première!) est même allée jusqu'à préconiser une réduction de cette durée quotidienne à huit heures par jour en principe et à neuf heures par jour si une convention collective en convient. Ces ingérences dans le champ de la liberté contractuelle ont quelque chose de choquant. Pourquoi diantre interdire à un ouvrier de travailler douze heures par jour, s'il y consent?

Il est aujourd'hui devenu possible, grâce au « forfait-jours » de l'article L. 121-15-3, III du Code du travail, d'aller dans cette direction. Avec l'aide d'une convention collective, ce texte permet d'adopter un rythme de travail de 12h20 par jour, 218 jours dans l'année. Cela fait des semaines de pointe à 74 heures de travail. Sur 47 semaines, on obtient 57,2 heures de travail par semaine en moyenne (16). Et, le tout sans payer une seule heure supplémentaire. Les 57 heures payées 35! Cette brillante technique, nous la devons à la loi Aubry du 19 janvier 2000. Il va de soi que la majorité actuelle a été séduite par une telle innovation riche de promesses. La loi Aubry n'avait ouvert cette possibilité que pour quelques cadres. Il ne restait plus à la majorité actuelle qu'à l'étendre, par flashes successifs. Elle l'a fait d'abord légèrement, prudemment, par la loi du 17 janvier 2003. Enhardie par l'absence de réactions, elle s'est laissée aller plus franchement, avec la loi du

(9) Art. L. 620-10 al 5 nouveau, ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005.

(10) L'article L. 620-10 alinéa 5 nouveau pourrait être invalidé par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il sera amené à statuer sur la loi de validation des ordonnances, au nom du principe d'égalité. Il pourrait aussi être écarté par les juridictions civiles, au nom, notamment, de l'art. 2.2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

(11) Cf. l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches ».

(12) I.e. de plus de 26 ans, cf. note 9 *supra*.

(13) Art. 2, 3° alinéa 5 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005.

(14) La jurisprudence sur l'abus du droit de licencier d'avant la loi du 13 juillet 1973 devrait retrouver ici un nouveau champ d'application. Sur cette jurisprudence, cf. J. PÉLISSIER,

A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2004, n° 100, pp. 373 et s.

(15) Au crédit du législateur, on notera qu'il a compris cette nécessité et qu'il a fait un petit pas dans cette direction: il a pensé à réduire le temps de prescription de toute contestation portant sur la rupture. Le délai est encore bien long, puisqu'il est de douze mois (art. 4, II, 3° al. 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005). Mais peut-être n'est-ce qu'un début?

(16) Le temps de repos minimum de 11 heures par jour, prévu par l'article L. 220-1 C. trav. reste applicable. Le temps de repos de vingt minutes toutes les six heures de l'art. L. 200-2 C. trav. est lui aussi applicable, bien qu'il ne soit pas expressément visé par l'art. L. 212-15-3 C. trav. sur le forfait-jours (interprétation dictée par la directive 2003/88/CE). Pour travailler plus de 12 heures, il faut donc deux pauses. Il faut encore rappeler que les articles L. 221-2 et L. 221-4, qui restent applicables, prévoient un repos hebdomadaire obligatoire de 35 heures par semaine.

31 mars 2005. Cette loi prévoit notamment qu'il est possible de travailler encore plus. Pour les heures travaillées au-delà des 57 heures par semaine de moyenne, il faudra simplement, payer un « supplément de rémunération » (17) : il n'est pas même nécessaire d'aller jusqu'à payer ces heures au taux majoré des heures supplémentaires. Les employeurs qui sont prêt à accorder ce « supplément de rémunération » pourront obtenir 74 heures de travail par semaine, en moyenne sur l'année. Voilà qui ouvre des horizons qui n'ont plus grand chose à envier au système chinois.

La loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a encore permis de franchir une nouvelle étape. Elle ouvre de manière importante la possibilité de recourir à ce système dit du « forfait-jours ». Si la convention collective en convient, ce régime pourra désormais être étendu « aux salariés non-cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées » (18). Pour que tous les salariés ne tombent pas dans cette trappe, l'interprète devra se raccrocher de toutes ses forces à ces « responsabilités » et à cette durée qui « ne peut être prédéterminée ». Mais jusqu'à quand ces fragiles branches tiendront-elles ? Le droit européen ne permet guère de freiner le mouvement (19). Il ne restera bientôt plus qu'à invoquer le droit à « la limitation raisonnable de la durée du travail » que prévoit l'article 7 d, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

Et tant d'autres choses encore...

Les avancées de l'été sont trop nombreuses pour pouvoir toutes être visées ici. Les annuaires législatifs se sont enrichis de centaines de pages palpitantes. Et s'il devient bien difficile de tout percevoir, l'œil reste fasciné par tant d'abondantes couleurs. On se contentera donc

d'ajouter quelques images, quelques derniers éclats de lumière.

Les avantages sociaux et fiscaux liés à l'intéressement, jusqu'ici réservés aux salariés, pourront bénéficier aux chefs d'entreprise (20) et l'emploi de domestiques a été nettement facilité (21). Il est rassurant de voir que les légitimes attentes de certaines catégories sociales ont l'oreille attentive des pouvoirs publics. Il a encore été décidé que les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise seront désormais élus tous les quatre ans, ce qui permettra de les couper davantage de leur base (22). La loi du 26 juillet 2005 a créé le « chèque emploi-service universel » (23). Et, à peine cette loi a-t-elle été adoptée que cette universalité de papier a été contredite par l'ordonnance n° 2005-903 du 2 août 2005, laquelle a créé un chèque-emploi concurrent, le « chèque-emploi pour les très petites entreprises ». Ce dernier chèque permettra aux entreprises ayant au plus cinq salariés véritablement adultes (24), de ne plus respecter ni leurs obligations relatives à la forme du contrat à durée déterminée, ni leurs obligations relatives à la forme du contrat de travail temps partiel, ni même celles relatives aux bulletins de paie (25). Ce qui offre des possibilités de flexibilité et de travail dissimulé vraiment nouvelles.

La méthode stroboscopique ne concerne donc pas des réformes de détail. Elle n'est ni un bégaïement ni un tremblement. Elle ne se résume pas non plus à une simple technique publicitaire. Utilisée avec constance et ténacité, elle a déjà permis la destruction de pans entiers du droit du travail. Et le rythme semble toujours plus rapide.

Le stroboscope est un appareil connu pour déclencher des convulsions chez les épileptiques. On peut penser que la méthode stroboscopique finira par déclencher de tels mouvements incontrôlés au sein du corps social ■

(17) Il est encore possible de ne rien payer tout de suite et d'abonder un compte épargne temps (art. L. 121-15-3, III préc.), possibilité qui était déjà ouverte par la loi du 19 janvier 2000.

(18) Art 212-15-3, III, al. 3 nouveau.

(19) La directive du 4 novembre 2003 prévoit une durée maximale du travail de 48 heures par semaine en moyenne (article 6 b), mais l'article 22 de la directive permet aux salariés de renoncer individuellement à cette protection. Malgré une timide tentative de la part du Parlement européen, les modifications en cours de cette directive ne devraient guère permettre de réduire substantiellement ce droit de renonciation (« d'opt out ») individuel (cf. la proposition amendée de la Commission du 31 mai 2005, COM(2005) 246 final).

(20) Art. L. 441-1 alinéa six nouveau du Code du travail, issu de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie.

(21) Loi du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne, préc.

(22) Article 96 de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

(23) Art. L. 129-5 nouveau du Code du travail, issu de la loi du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

(24) I.e. de plus de 26 ans... Il faut s'y habituer.

(25) Art. L. 133-5-5 alinéa 5 nouveau issu de l'ordonnance n° 2005-903 du 2 août 2005 créant un chèque-emploi pour les très petites entreprises : « L'employeur qui utilise ce service (i.e. le chèque en question) est réputé satisfaire aux obligations prévues par les articles L. 121-1, L. 122-3-1 (forme du contrat à durée déterminée), L. 122-16 (certificat de travail) et L. 212-4-3 (forme du contrat à temps partiel) du Code du travail par la remise au salarié des éléments du chèque-emploi qui lui sont destinés. À partir des informations dont il dispose, l'organisme habilité délivre à l'employeur, pour remise au salarié, un bulletin de paie qui est réputé remplir les conditions prévues à l'article L. 143-3 du Code du travail ». Les obligations en matière de bulletin de paie sont « réputées », c'est-à-dire supposées remplies... Il fallait oser l'écrire. Et il faut espérer que cette présomption de conformité sera jugée réfragable.