

LA DÉROGATION EN DROIT DU TRAVAIL : D'UNE HISTOIRE À SES USAGES

SÉMINAIRE INSTITUT DU TRAVAIL DE TOULOUSE

2 DÉCEMBRE 2021

Jérôme Pélisse

Professeur de sociologie à Sciences Po Paris
Centre de Sociologie des Organisations (CSO, CNRS)

La dérogation en temps de Covid ?

La dérogation, un instrument juridique dans l'histoire et selon ses usages (Cahier du CHATEFP 23 - https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/chatefp_-_cahier_23_janvier_2020.pdf ; *Revue de droit du travail*, 2019 ; thèse sur la mise en œuvre des 35h, 2004).

- 1) Pourquoi s'intéresser aux dérogations ? Ou encore d'où vient cette technique juridique et quels sont ces enjeux ?**
- 2) De la dérogation à la supplétivité : le règne du tout conventionnel ?**
- 3) Une journée d'étude : des questions diverses, des contributions sur des sujets variés, trois principaux constats**

1) Pourquoi s'intéresser aux dérogations : d'où vient cette idée d'étudier cette technique juridique ?

Car c'est quoi la dérogation en droit du travail pour vous ?

www.wooclap.com/DEROGATION

De fait, il faut distinguer deux types de dérogations :

- celles qu'autorisent substantiellement et directement la loi (et qui accompagnent depuis le 19^{ième} siècle la plupart des lois, principalement dans le domaine du temps de travail)
- Celles qu'autorisent également les lois, mais de manière procédurales et pour écarter le principe de faveur sous conditions d'accords collectifs, introduites en 1982 et qui concernent jusqu'en 2017, la aussi quasi exclusivement le temps de travail.

J'ai rencontré les secondes en étudiant les négociations et accords 35h, entre 1998 et 2003. En particulier en constatant la diffusion de ces accords dérogatoires de branche et d'entreprise.

Ainsi, derrière la baisse de la durée légale (critiquée comme autoritaire et uniforme), se jouent des négociations et la production de règles bien différentes... grâce à l'instrument qu'est la dérogation

DEUX EXEMPLES D'ACCORDS DE BRANCHE (1999)



La réforme s'adressait néanmoins d'abord aux entreprises plutôt qu'aux branches

Au-delà d'une grande diversité de règles dans les accords, **la moitié des accords 35h** en 1999 et en 2000 (soit plus de 70 000 accords) comporte un dispositif **dérogatoire** instaurant une **modulation ou annualisation du temps de travail**.

Et la loi sur les 35h est bien mal nommée : on devrait plutôt l'appeler la loi sur les 1600h

On identifie ici **un usage massif de la dérogation**, qui modifie les rapports de force lors des négociations.

Une rapide histoire de cet instrument juridique original est utile à rappeler alors :

- **1982**, introduction par la gauche d'un dispositif dérogatoire très encadré (modulation de type I)
- **Un échec répété toutefois des négociations interprofessionnelles sur la flexibilité** (1984) et des incitations aux négociations de branche par l'État (1978 ; 1981 ; 1987 ; 1989 ; 1995) ;
- **Une tendance à décentraliser ces négociations de plus en plus vers l'entreprise** (modulation de type II, en 1987, puis de type III en 1993)... avec en parallèle une montée des illégalismes en matière de temps de travail.
- **Néanmoins, des dispositifs dérogatoires assez ou très peu utilisés jusqu'aux 35h** qui s'accompagnent à l'inverse de leur diffusion massive.
- Ces dérogations concernent d'autres dispositifs (travail de nuit, équipes de suppléance dans l'industrie ; forfait jours pour les cadres autonomes ; temps partiel, etc.)

Au final, **la complexité du Code du travail** résulte notamment de la multiplication des dérogations possibles qu'organisent les lois, **toujours sous conditions d'accords collectifs**.

Surtout, l'extension progressive de ces dérogations, accélérée lors des 35h, transforme la logique de la négociation collective : **d'une logique d'acquisition à une logique « donnant-donnant »**. Car ce que permet fondamentalement la dérogation, c'est de s'abstraire, pour les acteurs, du **principe de faveur**.

L'élargissement, la diffusion et la décentralisation des accords dérogatoires (jusqu'au contrat de travail, sur quelques points précis, en 2008 par exemple) contribuent à une **auto-réglementation patronale**, sinon une **féodalisation des relations de travail** (Supiot).

Deux conséquences de ce processus :

- Une **surréglementation** qui s'accompagne – sinon permet, via la diffusion des dérogations -, **une dérégulation du temps de travail** (Ray, 1994 ; Pélisse, 2000).
- Une **représentativité syndicale** indispensable pour assurer la légitimité des règles et qui devient problématique :
 - la loi Aubry II impose donc la nécessité d'accords majoritaires ou de validation par référendum en 2000...
 - avant qu'un ANI puis la loi de 2008 ne transforme le cadre de la représentativité...
 - et que la loi Travail en 2016 n'impose l'accord majoritaire (ou un référendum gagné à initiative syndicale représentant au moins 30% du corps électoral) 6

2) De la dérogation à la supplétivité : le règne du tout conventionnel ?

Faire reculer le principe de faveur via la multiplication des dérogations « libérerait » les négociations. Surtout, en changerait les paramètres et le sens. Trois étapes principales :

- **Les négociations 35h**
- **Leur détricotage** « stroboscopique » (assouplissement par petites touches), puis **enterrement**, qui passe notamment par **la loi Fillon (2004) qui inverse la hiérarchie des normes... mais en droit plus qu'en pratique** : très peu d'entreprises se saisissent effectivement de ces lois ; puis **les lois Tepe (2007) et sur la représentativité (2008**, accompagné d'un volet temps de travail).
- **Et enfin et surtout avec la loi Travail (2016)** qui fait sauter le verrou de la branche encore inclus dans la loi Fillon, et vise à faciliter cette appropriation par les entreprises des facultés d'inversion de la hiérarchie des normes permise par la loi elle-même
- **... et les Ordonnances Macron (2017)**, « loi travail puissance 10 » (selon l'expression d'E. Macron) qui étend cette logique supplétive (plus que dérogatoire) en réorganisant le Code du travail en trois blocs : ordre public social ; ordre conventionnel de branche ; liberté totale... mais dont le détail montre que **la négociation collective y reste encadrée.**

Selon Combrexelle, « il ne s'agit pas de donner à un accord la possibilité de déroger à la loi, il s'agit de définir ce qui relève de la loi, des accords collectifs et du contrat de travail, en fixant de façon la plus claire possible les champs respectifs de l'ordre public et de la négociation »

LES TROIS BLOCS ET LE PRINCIPE DE SUPPLÉTIVITÉ (2017)

Blocs	Signification
-------	---------------

Le code du travail fait la liste de toutes les dispositions qui lui sont propres et qui sont du ressort des accords de branche.

Bloc 1 Les accords de branche sur ces différentes thématiques s'imposent aux entreprises. Des accords d'entreprise ou d'établissement peuvent négocier sur ces thèmes, mais sous réserve que cela aboutisse à des dispositions au moins aussi favorables.

Bloc 2 Les branches ont la possibilité de se saisir de 4 thématiques, et de s'imposer aux accords d'entreprise.
À la différence du bloc 1, les branches n'ont pas l'obligation de se saisir des 4 thèmes proposés.

Bloc 3 Se retrouvent dans ce bloc, toutes les matières qui ne sont pas présentes dans les blocs 1 et 2. Ces dispositions relèvent des seuls accords d'entreprise. Ils ont alors **une liberté « totale », sous réserve du respect des dispositions légales.**

Blocs	Contenus
Bloc 1	<p>Se retrouvent dans ce bloc, les 13 thématiques suivantes :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Les salaires minima hiérarchiques ; 2. Les classifications ; 3 et 4. La mutualisation des fonds de financement du paritarisme et de ceux de la formation professionnelle 5. Les garanties collectives complémentaires (en gros, mutuelles) ; 6. La durée du travail : <i>régime d'équivalence, définition travailleur de nuit (fixation nombre d'heures minimales), temps partiel (durée minimale, taux majoration heures complémentaires, avenant temporaire augmentation durée du travail), organisation du temps de travail sur une durée supérieure à la semaine et à une année ;</i> 7. Les mesures relatives aux contrats <u>CDD</u> ou temporaire (<i>durée, renouvellement, délai de carence...</i>) ; 8. Les mesures relatives au <u>CDI</u> de chantier ; 9. L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; 10. Les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai du contrat CDI ; 11, 12 et 13 : à propos des contrats de travail intérimaires ou portés.
Bloc 2	<ol style="list-style-type: none"> 1. La prévention de l'exposition aux facteurs de pénibilité ; 2. L'insertion et le maintien dans l'emploi des salariés handicapés 3. Les conditions de désignation des délégués syndicaux (seuil d'effectif, nombre, parcours syndical) 4. Les primes pour travaux dangereux ou insalubres.
Bloc 3	<p>Tous les thèmes qui ne relèvent pas des blocs 1 et 2. Par exemples :</p> <ul style="list-style-type: none"> •Les primes versées aux salariés (hors travaux dangereux) ; •Les indemnités de rupture ; •La durée du préavis en cas de rupture du contrat de travail •Ou encore les règles de prise de congés : https://www.youtube.com/watch?v= W59-rraZqM

Malgré cet encadrement et ces limitations, il reste que le principe de faveur est bien inversé entre branche et entreprise, posant la question de possibles pratiques de dumping social et remettant en cause le rôle des branches dans la régulation de la concurrence (ex : la fixation du taux de majoration des heures supp.)

Accord d'ENTREPRISE > Accord de BRANCHE

Le Principe

C'est l'accord d'entreprise qui prime sur l'accord de branche (ou tout accord couvrant un champ plus large) :

- même s'il est plus défavorable...
- peu importe sa date de conclusion (même si l'accord de branche est antérieur).

Accord de BRANCHE > Accord d'ENTREPRISE

L'exception

Dans certaines matières limitativement énumérées par le code du travail (13 + possiblement 4), l'accord de branche prime sur l'accord d'entreprise.

Au final, dans les relations entre loi, branches et accords d'entreprise, la supplétivité a remplacé la dérogation... qui disparaît en quelque sorte victime de son succès.

DÉROGATION, SUPPLÉTIVITÉ

D. Roux-Rossi (2019) : « Les deux systèmes ont la même finalité : remettre l'élaboration de la norme applicable dans l'entreprise aux acteurs de terrain qui peuvent s'affranchir de certaines contraintes de la loi et permettre une adaptabilité du droit aux nécessités et contraintes de l'entreprise. **Néanmoins, ces notions ne se confondent pas totalement.** Dans le cadre de la supplétivité, la loi impérative disparaît là où s'ouvre le champ de la négociation alors qu'en présence d'un accord dérogatoire, certaines règles sont écartées ou modifiées par l'accord mais la loi survit ».

C. Wolmark (2019) : « **Les règles ont globalement peu changé ; en revanche leur présentation a été bouleversée.** Avant la loi travail, une disposition, un article portait le principe et la règle spéciale qui dérogeait au dit principe. La règle dérogatoire faisait figure d'exception et comme toute exception, en droit, elle devait être cantonnée [*et justifiée, ajoute le sociologue*]. La nouvelle présentation en 3 rubriques – ordre public, champ de la négociation, règle supplétive – porte des effets symboliques importants.

- Tout d'abord, **la loi peut faire figure de repoussoir : elle constitue la menace qui plane sur l'échec des négociations. Elle ne constitue plus un repère.** Affleure ainsi une nouvelle fonction de la loi en droit du travail.
- Ensuite, le **Code se présente davantage comme un manuel pour négociateurs** que comme le lieu de choix, ou de préférences collectives, exprimant des valeurs. (...)
- Enfin, cette **présentation occulte totalement l'existence du principe de faveur**, alors même que ce principe demeure applicable en de nombreux endroits ».

Au final, la victoire de la dérogation signe sa disparition au profit de la supplétivité

Plusieurs cas offrent à réflexions

- **Historiquement lointain mais intéressant** : *Le comité des Houillères et les dérogations (1887-1913)* (Aurélie Philippe) et *L'exemple des 8h et le rôle des règlements d'administration publiques en 1919* (Laure Machu) = **des dérogations consubstantielles aux réglementations sur le temps de travail**, demandées et obtenues par le patronat qui réussit à enrôler l'Etat, mais aussi variées et reconnues partiellement légitimes par les ouvriers (dérogations permanentes et temporaires), toujours accordées par l'Etat via des règlements d'application publique (RAP) ou des décrets.
- **Sectoriellement, de manière plus contemporaine** : *Droit, non droit et dérogation dans le cinéma français* (Alexis Zarka) ou l'histoire d'un secteur traversé depuis le début par des dérogations multiples, aux significations variables entre les années 1930, 1950 et 2010, dont l'adoption est parfois vue comme **une victoire syndicale** pour formaliser des règles. Mais aussi *Les 12h à l'hôpital dans les années 2000* (Fanny Vincent) : d'exception et de plafond dans un décret de 2001, la journée de 12h devient un instrument de gestion pour rationaliser l'hôpital et une norme, souhaitée par de nombreux soignants malgré des syndicats réticents.
- **Autour de certains dispositifs** : de la DUP (Mathilde Caron) aux temps partiels (Dominique Roux-Rossi) où les chercheuses montrent **comment, sous influence patronale, la dérogation devient la règle**.
- ... en passant par **le travail du dimanche** (Pauline Grimaud, thèse en cours) **sinon les représentants de proximité**, ouverts aux seules règles conventionnelles (Pélisse et Wolmark, 2021)

1) La dérogation, une notion à pluraliser

2) Des justifications qui président aux dérogations variées et sources de malentendus :

- demander souplesse et adaptations dans l'application d'un principe juridique voté dans une loi (que peuvent reconnaître les syndicats) ;
- faire entrer des usages (plus ou moins consensuels) dans la loi ;
- équilibrer dans la loi principes de protection des salariés et de garantie des libertés d'entreprendre ;
- Avancer l'idée que la loi sera d'autant mieux appliquée qu'elle sera souple (voire peu contraignante) ;
- adapter la loi à des environnements économiques changeants ou des contraintes financières plus serrées ;
- contourner la loi en la vidant de son contenu via des dérogations extensives (stratégie typiquement patronale)

3) Des techniques dérogatoires qui évoluent :

- **des RAP début 20^{ième}** ... qui doivent se référer aux accords entre patrons et ouvriers à partir de 1919 – ie, l'Etat renvoie la fabrication des dérogations aux mains des partenaires sociaux, tout en gardant la main...
- **... aux accords dérogatoires post 1982** – qui ne font plus que compléter la loi mais donnent le pouvoir dans des domaines précis aux partenaires sociaux de faire autrement (et moins bien) que la loi
- **... jusqu'à la suppléativité** des lois Fillon puis Travail et Ordonnances Macron.

4) Des usages parfois intensifs, qui transforment les dérogations en la règle et vident la loi de son contenu ; parfois rares voire inexistants, qui restent dans le droit et ne s'appliquent pas ou plus tard

CONCLUSION

La dérogation, entre passe-droit et passe du droit

La victoire de la dérogation, qui aboutit à sa disparition paradoxale au profit de la supplétivité, **témoigne d'un rapport complexe entre loi et négociation collective** :

- les nouvelles règles (issues des ordonnances de 2017) favorisent la tendance législative à ouvrir plus large le champ de la dérogation éventuellement défavorable à la loi, sans que l'on puisse savoir exactement si c'est parce que l'acteur est davantage légitime que la dérogation se diffuse ou si c'est parce que la dérogation se diffuse que le besoin législatif s'est fait sentir de renforcer la légitimité de l'acteur syndical.
- « **Il y a quelque chose de paradoxal** dans ce lien entre légitimité de la norme conventionnelle et possibilité de réduire les droits légaux des salariés par cette norme, puisque l'on donne ainsi à l'acteur syndical la possibilité de contrevenir aux intérêts des personnes qu'il représente » (Cyril Wolmark, 2019)

Au final, la dérogation puis la supplétivité contribuent à « **responsabiliser** » les **syndicalistes**... dans des contextes de pouvoir, d'expertise, de disponibilité et de rapports de force toutefois et toujours très asymétriques, à ne jamais oublier

La dérogation et vous : quelles expériences ?

BONUS : QUELQUES ÉLÉMENTS SUR LE CONTRÔLE DU DROIT DU TRAVAIL EN TEMPS DE COVID : DES DÉROGATIONS PRATIQUES JUSQU'AU « FAR WEST » ?

Un début d'enquête auprès d'inspecteurs du travail autour d'une question :
quelles mobilisations et usages du droit en temps de Covid ?

- Du côté des salariés : des empêchements pratiques rédhibitoires
- Du côté des employeurs : le « Far West » ?
- Du côté des inspecteurs et de leurs pratiques :
 - Anticiper en rappelant les règles applicables (des courriers...)
 - Contrôler les aides publiques (sous contraintes)
 - Contrôler à distance et sur place pour tenter de faire améliorer la prévention des risques de contamination
 - Mais des obstacles juridiques : la covid, un risque classée biologique très tardivement ; obligations générales de santé sécurité et recommandations qui relèvent de la soft law... inégalement contournés (ex dans le commerce)
 - Un exemple : contrôler un transporteur sur Roissy après une alerte et un mort et dont les visites montrent de fortes insuffisances : lettres, mise en demeure, référé ou comment l'inspection s'impose... mais au bout de 8 mois.