

CONNAISSANCE² DE L'EMPLOI

LE 4 PAGES DU **CENTRE D'ÉTUDES DE L'EMPLOI**, AVRIL 2004

EDITO

Deux principes du rapport de Michel de Virville en guident les principales propositions. D'une part, le droit du travail doit être plus simple, afin de permettre une plus grande effectivité et une plus grande efficacité économique. D'autre part, les places respectives de la loi et de la négociation sont à définir plus clairement, le rôle de la loi devant reculer au profit de celui de la négociation collective décentralisée, afin de permettre une meilleure prise en compte des spécificités sectorielles ou locales.

On peut remarquer qu'accroître la décentralisation n'est pas nécessairement la garantie d'une simplification des règles. Et signaler de plus qu'une condition minimale à la négociation est l'existence de négociateurs et leur volonté de négocier... existence et volonté qui sont variables selon les secteurs et les entreprises.

Dans ce deuxième numéro de Connaissance de l'emploi, Christian Bessy analyse l'intérêt du rapport et en souligne une limite : il ne faut pas trop attendre du droit.

Pierre Ralle

Refonder le contrat de travail : les limites du droit

CHRISTIAN BESSY

Centre d'études de l'emploi

Le rapport remis récemment par Michel de Virville fournit des pistes pour réformer le code du travail afin de rendre celui-ci plus efficace (cf. références et encadré). Le souci de pragmatisme du rapport est louable et nombre de ses propositions sont à même d'alimenter le débat sur les problèmes posés aux employeurs et aux salariés dans les relations de travail. À travers la simplification et la clarification du code du travail préconisées, c'est la sécurité juridique de la relation d'emploi qui est clairement recherchée. Encore faut-il que cette sécurisation se fasse au profit des deux parties impliquées. Par ailleurs, le rapport considère que le droit du travail doit favoriser l'efficacité de l'entreprise. Ce point est discutable. Certes, le droit du travail influence, par sa production de repères formels de coordination, l'organisation des entreprises. Mais il ne peut garantir que les formes d'échange les plus prévisibles, et donc n'avoir qu'un effet économique limité.

L'application du droit du travail est-elle seulement une affaire de simplicité ?

Les auteurs constatent que, du fait de son caractère complexe et changeant, le droit du travail est mal appliqué. Cette complexité et cette instabilité proviennent de la multiplicité des sources du droit mais surtout de leur articulation difficile. Deux de ces sources sont particulièrement visées comme facteurs de complexité et d'incertitude : la loi et la jurisprudence. La loi, par la profusion des textes mais aussi par le fait que les règles produites sont trop abstraites ou, au contraire, trop détaillées. Quant à la jurisprudence, au-delà de sa lenteur, c'est son caractère incompréhensible par les non spécialistes qui est dénoncé, tout autant que ses retournements réguliers et leur caractère rétro-actif.

Selon le rapport, la complexité entretenue entre la loi et la jurisprudence a laissé peu de place à la négociation collective et n'a pas permis la différenciation des règles suivant les secteurs et les catégories d'entreprises. Cette décentralisation insuffisante est alors pointée comme la principale source du manque d'effectivité du droit du travail, en particulier dans les PME. Ce manque d'effectivité contribuerait à mobiliser l'appareil judiciaire afin de renforcer la protection des salariés, conduisant ainsi à une sorte de concurrence entre le législateur et le juge dans la production de la règle de droit. Il en résulterait une obscurité de la règle qui, pour l'employeur, est source de désorganisation et, pour les salariés, une « incitation à la judiciarisation aux dépens du dialogue social et de la recherche amiable de solutions efficaces » (p. 13).

Pour négocier, il faut des négociateurs

Dans le raisonnement déployé par les auteurs, la faiblesse de la négociation collective serait principalement due au poids des sources législatives et réglementaires. Or, il y a bien d'autres facteurs expliquant cette faiblesse et en particulier le fait qu'un bon nombre d'employeurs, notamment dans les PME, s'opposent à la mise en place d'instances représentatives du personnel et à la présence de syndicats, ce qui a des conséquences sur la représentation nationale. Ce type d'opposition est pointé par le rapport mais il est relativisé par l'idée que les règles concernant le fonctionnement des instances représentatives du personnel ne sont pas claires et que leur application entraîne des procédures trop lourdes. Désireux de favoriser le dialogue social, les auteurs sont conduits à proposer des mesures visant à clarifier ces règles et alléger les procédures (p. 45). Toutefois, ce qu'ils ne prennent pas en compte c'est que l'absence d'instances de représentation du personnel contribue fortement au manque d'application des règles de droit, ces instances

constituant un appui décisif de l'intervention de l'inspection du travail (Bessy et alii, 1995). Ils omettent l'ensemble des dispositifs de médiation qui permettent au droit d'opérer, au profit d'un raisonnement qui met l'accent sur la décentralisation de l'élaboration des règles de droit. Cette perspective procédurale favoriserait certainement un meilleur ajustement des règles aux exigences empiriques de chaque situation, mais elle n'est pas garantie de leur application. Les auteurs en ont, d'une certaine façon, conscience lorsqu'ils recommandent (pp. 61-62) d'améliorer l'efficacité de l'intervention de l'inspection du travail et de développer, au-delà du contrôle et de la sanction, son rôle de prévention et d'aide à l'élaboration des normes.

Les salariés seraient-ils trop procéduriers ?

Imputer le processus de « judiciarisation » (le recours systématique au juge en cas de litige) aux seuls représentants des salariés est très réducteur. D'une part, c'est souvent leur seule possibilité de recours en raison de leur manque de pouvoir de négociation. Les employeurs ont de leur côté le privilège de la décision exécutoire qui fait autorité tant que le juge ne la remet pas en question. D'autre part, les employeurs participent indirectement à cette judiciarisation en instrumentalisant le droit en leur faveur. Bien qu'ils soient très peu à l'origine des décisions de recours devant le conseil de prud'hommes, ils ne sont pas les derniers à faire un usage stratégique du droit et à anticiper systématiquement les litiges en multipliant les garanties juridiques autour de leur décision¹.

1. Une bonne illustration en est donnée par l'introduction dans les contrats de travail de « clauses de flexibilité », c'est-à-dire de toutes les mentions du style « sans que cela entraîne une modification du contrat de travail » accompagnant l'attribution de fonctions et la définition du lieu de travail. Sur l'étude des clauses du contrat de travail, voir Bernardi et alii (2003).

Certes, un droit plus compréhensible et prévisible devrait améliorer la sécurité juridique de la relation de travail. Cependant, une grande part des propositions du rapport peut se lire comme la volonté de sécuriser les décisions des employeurs, pour les rendre juridiquement inattaquables, à l'encontre de la protection des salariés. Au-delà du fait que « la sécurité risque de changer de camp », pour reprendre l'expression de Lyon-Caen et Masse-Dessen (2004), il est à souligner que la focalisation sur les problèmes de sécurité juridique risque de privilégier les repères de coordination les plus formels au détriment des garanties informelles nécessaires à la coopération économique dans la relation de travail.

Vers des contrats de travail plus formels

Cet encouragement à un plus grand formalisme se retrouve dans les propositions qui visent l'encadrement

contractuel de la relation de travail. Les auteurs estiment, d'une part, que le contenu exact du contrat de travail et le régime juridique auquel il obéit n'ont jamais été clairement définis et, d'autre part, que de très nombreux salariés ne disposent pas d'un contrat écrit précisant véritablement les engagements contractuels. Cette double incertitude ne porte pas à conséquence dans une configuration où les termes de la relation de travail et leur évolution sont régis par un statut collectif et où le contrat lui-même se limite à l'acte d'embauche. Elle est, par contre, plus problématique dans une configuration où les carrières des salariés sont moins linéaires, plus individualisées et basées sur la mobilité intra ou inter-entreprise. Il devient alors nécessaire que les engagements des parties soient plus explicites et surtout que leur évolution soit prévue.

La question de la modification du contrat de travail devient centrale et c'est dans ce sens que la Cour de cassation a été amenée, au cours de ces dernières années, à distinguer la modification du contrat du simple changement des conditions de travail, les clauses contractuelles des clauses informatives. Cet effort jurisprudentiel n'a cependant pas supprimé toutes les incertitudes. Mais plus encore, pour les auteurs, la nature jurisprudentielle du régime de la modification du contrat de travail a pour conséquence fâcheuse de rendre ce régime évolutif et peu compréhensible par les intéressés.

Les auteurs préconisent de rendre obligatoire, par la loi, la formalisation par écrit du contrat, ce qui permettrait au salarié de connaître les engagements contractuels auxquels il souscrit, et d'accompagner ce contrat d'un document l'informant des règles non contractuelles qui s'appliquent dans l'entreprise. Ils conseillent également que la loi définisse les éléments devant obligatoirement figurer dans le contrat (nature du contrat, qualification, rémunération garantie, secteur géographique et durée du travail) et renvoient à la négociation collective le soin d'élaborer des contrats types. Au-delà de l'adjonction de certaines clauses particulières (non-concurrence, mobilité...), toutes les autres mentions seraient considérées comme informatives.

On peut effectivement penser que la définition de repères formels par la loi ou la convention collective, en par-

ticulier en matière de distinction des différents types de clauses, limiterait la place du juge concernant la qualification des changements décidés par l'employeur et affectant la relation de travail. Mais cela ne résoudrait pas tous les problèmes de litige quant à la modification du contrat et n'enlèverait donc pas toute prérogative au juge dans l'interprétation du contrat écrit. On peut faire le même type de critique lorsque le rapport suggère que la loi reprenne les critères jurisprudentiels de caractérisation du salariat afin que la frontière entre celui-ci et le travail indépendant soit plus nette.

Les limites du contrat de projet

C'est aussi pour lutter contre les inconvénients du recours aux travailleurs indépendants que le rapport propose de créer une nouvelle forme de contrat qui faciliterait le recrutement de cadres ou d'« experts » participant à des projets déterminés. Le « contrat de projet » encouragerait l'embauche sur des échéances plus longues que ne le permettent le contrat à durée déterminée ou la mission d'intérim. Les auteurs prennent bien soin de préciser que des garanties devront être trouvées, afin que ce type de contrat ne serve effectivement qu'à satisfaire des besoins non permanents des entreprises et qu'il soit accompagné de mesures de formation et d'accompagnement lors de la recherche d'un nouvel emploi. L'idée de la satisfaction de besoins non permanents peut se concevoir dans le cadre d'une organisation qui met en œuvre des projets ponctuels. Par contre, cette idée a peu de sens lorsque les entreprises adoptent systématiquement un mode d'organisation du travail par projets afin de rendre plus flexible l'allocation des ressources humaines. Dans ce second type de configuration, on voit mal comment la formation et l'accompagnement lors de la recherche d'un nouvel emploi pourraient être pris en charge par l'entreprise, alors que ce qui est recherché est la minimisation des coûts salariaux.

La définition et la mise en place d'un tel contrat devraient poser la question, plus large, de l'organisation d'un « marché de professionnels » qui rendrait possible non seulement la mutualisation des dépenses de formation et de placement, mais aussi la construction d'un système de qualification des travailleurs facilitant la mobilité au sein de la profession. Toutefois, cette question n'est pas évoquée par le rapport. Tout au plus, est mentionnée l'idée que les modalités de recours au « contrat de projet » devraient être négociées au préalable dans le cadre d'un accord collectif de branche étendu.

UN RAPPORT PRAGMATIQUE

Le rapport de la commission présidée par Michel de Virville a été rendu public le 15 janvier 2004. Michel de Virville avait été mandaté par le ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité pour réunir une commission de praticiens et d'experts chargés de réfléchir aux moyens de promouvoir un droit du travail plus clair, plus sûr et plus efficace. Le rapport de la commission doit servir de support aux discussions entre gouvernement et partenaires sociaux dans le cadre de l'élaboration de la loi de « mobilisation pour l'emploi », demandée par le chef de l'État. Il comporte cinquante propositions visant à résoudre les difficultés liées à la structure même du droit du travail et à avancer des solutions aux problèmes les plus communément rencontrés par les salariés et les employeurs dans leurs relations individuelles ou collectives de travail.

Ne pas trop attendre du droit

Les auteurs laissent penser que la définition de repères formels de coordination plus clairs améliorerait de façon substantielle le fonctionnement des entreprises. Certes, celle-ci pourrait accroître la sécurité juridique des employeurs et leur donner un plus grand pouvoir de direction, mais favorisera-t-elle les relations de coopération avec les salariés et, plus largement, les processus d'adaptation et d'innovation ? Cela serait attendre beaucoup du droit. Car, si le droit a un contenu organisationnel par les pouvoirs qu'il fixe, les procédures qu'il prévoit, le contenu organisationnel comprend aussi des règles d'interaction qui n'ont pas de conséquences juridiques. Le droit ne vise pas à codifier les engagements coopératifs eux-mêmes, soumis à la tolérance mutuelle, mais seulement à fournir des repères pour régler les litiges entre les agents qui considèrent précisément cette tolérance rompue, les conventions implicites non respectées. Il sert avant tout de référence obligée à toutes les actions pour lesquelles les agents anticipent, en s'y engageant, la possibilité de litiges. Mais ces litiges ne peuvent pas être tous prévisibles *a priori*, sinon dans un univers de travail parfaitement stable.

En guise de conclusion, on peut proposer une interprétation expliquant à la fois toutes les vertus que les auteurs accordent au droit et leur volonté de favoriser systématiquement les accords négociés comme principale source du droit, à condition que leurs signataires représentent bien les intérêts de chaque partie.

D'une certaine façon, les auteurs épousent la fiction chère à certains économistes qui modélisent les contrats comme un ensemble de règles de comportement assurant la convergence des intérêts individuels. Plus la négociation est décentralisée, plus les accords témoi-

gnent de l'équilibre des intérêts des parties à la relation de travail, et plus ils seront respectés. C'est l'approche contractuelle du droit qui est consacrée et pour laquelle toute intervention du législateur ne peut être que perturbatrice. Au niveau collectif, la loi ne devrait pas remettre en cause les accords issus de la négociation. Au niveau interindividuel, il ne faudrait pas décourager les parties de rompre leur relation par consentement mutuel. Même l'intervention du juge est suspectée car ce dernier peut remettre en cause ces accords contractuels. De là, dans le rapport, toute cette rhétorique de la clarification, de la simplification, bref de la transparence du droit du travail, les acteurs étant considérés comme des réformateurs qui, chacun à l'égal de l'autre et à la vue de ses intérêts, participeraient à l'élaboration du lien social.

Cette relation supposée de transparence dans laquelle seraient placés les acteurs à l'égard de leur institution et dont ils seraient en permanence les architectes est critiquable. D'une part, parce que cette situation d'égalité entre les parties est peu réaliste en matière de relation de travail. D'autre part, parce qu'elle conduit à une représentation de cette relation dont les tenants et les aboutissants sont complètement prévisibles, y compris les litiges éventuels. Ces situations, réglées par les repères formels du droit, sont non seulement peu propices à l'ajustement mutuel et à l'innovation, mais elles risquent également d'être peu à l'avantage des salariés.

Cet article s'appuie sur les résultats d'une recherche portant sur l'encadrement contractuel de la relation de travail, recherche financée par l'appel d'offre ACI Travail (action concertée incitative sur le travail) du ministère de la Recherche (Bernardi et alii, 2003), ainsi que sur une étude en cours financée par la Dares (Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques) du ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité.

références

Bernardi M., Bessy C., Chaserant C., Eymard-Duvernay F., Marchal E., 2003, *Stratégies contractuelles et gestion de la relation de travail. Pré-enquête sur la constitution d'une base de données de contrats de travail*, Appel d'offre ACI Travail pour le ministère de la Recherche, Rapport de recherche du CEE, n° 11.

Bessy C., Eymard-Duvernay F., Gomel B., Simonin B., 1995, « Les politiques publiques de l'emploi : le rôle des acteurs locaux », in *Les politiques publiques de l'emploi et leurs acteurs*, PUF, Cahiers du Centre d'études de l'emploi, n° 34.

Lyon-Caen A., Masse-Dessen H., 2004, « Droit du travail : la sécurité change de camp », *Le Monde*, 13 février.

de Virville M., 2004, *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, janvier.

Les actualités du Centre d'études de l'emploi sont en ligne sur le site www.cee-recherche.fr

La lettre électronique « Infos flash » vous informe régulièrement des principales activités du Centre d'études de l'emploi et vous signale ses dernières publications

Pour la recevoir par mail vous pouvez vous inscrire sur la page d'accueil du site

CENTRE D'ETUDES DE L'EMPLOI

29, promenade Michel Simon
93166 Noisy-le-Grand Cedex
Téléphone : 01 45 92 68 00
Télécopie : 01 49 31 02 44
Mèl : cee@mail.enpc.fr
<http://www.cee-recherche.fr>

Directeur de publication : P. Ralle
Rédacteur en chef : M.-M. Vennat
Maquette : M. Ferré
Imprimerie : Louis-Jean
C.P.P.A.P. : 3070 ADEP
Dépôt légal : 239 - avril 2004
ISSN en cours