

La dérogation, le droit et le travail (19^{ème}-21^{ème} siècle)

Appel à communications pour une journée d'étude (21 septembre 2018, Paris)

Commission scientifique du Comité d'Histoire des Administrations chargées du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle - CHATEFP

Dans le cadre des activités initiées par la Commission scientifique du CHATEFP, a été proposée l'organisation d'une journée d'étude autour d'une notion – la dérogation – objet de vives controverses récemment, notamment en lien avec la loi Travail et la contestation dont elle a fait l'objet en 2016. Un éclairage historique a été jugé intéressant pour mieux comprendre les tensions, mais aussi les principes, mécanismes, pratiques et jugements auxquels donnait lieu la notion de dérogation en droit du travail. Partant de l'intérêt de croiser perspectives historiques, juridiques, sociologiques, politiques, voire économiques, cet appel à communication entend initier des réflexions sur les fondements juridiques (Bocquillon, 1999 ; Renaud, 2007) mais aussi les significations, les justifications et les usages de la dérogation en droit du travail, en les replaçant dans leurs contextes historiques.

La dérogation apparaît en effet comme une technique aussi ancienne que le droit du travail ou presque : dès la loi du 18 novembre 1814, quand la monarchie instaure le repos obligatoire les dimanches et les jours fériés, de nombreuses exceptions sont prévues. Les lois sur le temps de travail en particulier ménageront systématiquement une place à la dérogation, la loi de 1919 sur les 8h en étant un exemple particulièrement probant, comme le rapporte P. Fridenson (2004). Une nouvelle technique de dérogation semble d'ailleurs s'inventer dans ce domaine en 1982, en permettant aux acteurs de branche (puis d'entreprise) de déroger eux-mêmes sous conditions d'accords collectifs à certaines dispositions législatives. Pourquoi les législateurs ont-ils inventé cet outil juridique ? Comment a-t-il été conçu, a-t-il évolué, en droit ? Comment les juges ont-ils fait avec cette notion, et a-t-elle été contestée (sur son principe ou à propos de telle ou telle manière de l'appliquer) ? Quels usages, enfin, de la dérogation, du point de vue des pouvoirs publics et des législateurs qui la prévoient autant que des acteurs à qui elle s'adresse ? Sa présence dans les textes réglementaires ne garantit en effet en rien sa mobilisation par les acteurs patronaux et syndicaux, comme le montre, à l'autre bout de la période, dans les années 2000, l'absence quasi totale d'usages de la dérogation dans les accords de branche qui pouvaient la prévoir, telle que le permettait la loi Fillon de 2004 (Mériaux, 2008) ? En remontant du 19^{ème} siècle jusqu'aux débats récents qui ont entouré l'article 2 du projet de la loi Travail en 2016 ou les projets d'ordonnance Macron en 2017 et en proposant d'examiner les significations, les usages et les controverses auxquels la dérogation a donné lieu, c'est ainsi un retour sociohistorique sur une notion et un outil juridique qui pourront être explorés dans cette journée d'étude.

L'appel à communications propose d'interroger aussi bien les origines et les significations de la notion de dérogation en droit du travail, que les fonctions qu'elle peut recouvrir ou les usages auxquels elle a donné lieu (1). Une attention particulière pourra être portée aux acteurs qui l'instaurent, s'en saisissent, la manipulent ou la critiquent (2), ainsi qu'à certains domaines dans lesquels la dérogation a été manifestement un principe de gouvernement et pas qu'une exception singulière (3) et à certains moments historiques, où elle a été plus particulièrement employée (4).

1. Déroger en droit du travail : une notion plurielle ?

La notion de dérogation en droit (du travail) n'a en effet rien d'évident. Elle s'institue bien souvent en même temps que l'énoncé de la norme de droit, signifiant une forme de résistance du réel face à la généralité, l'abstraction et l'universalité qui caractérisent la règle de droit (Jeammaud, 1990). Prévues sous la forme d'exceptions – temporelles (on laisse un délai avant que la norme ne s'applique pleinement), géographiques (tel ou tel territoire), professionnelles (telles ou telles activités ou secteurs), statutaires (telles ou telles catégories de travailleurs ou travailleuses), etc. -, la dérogation affirme en même temps une norme et aménage son exécution et sa portée. Elle peut signifier des choses contraires : constituer un moyen de ne pas appliquer la loi ou le décret ; ou se concevoir comme un moyen de faire en sorte que la loi soit appliquée dans le maximum de cas, tout en reconnaissant qu'il y a des endroits où elle ne le peut pas. Principe de contournement ou principe de réalité, les objectifs de la dérogation peuvent être pluriels, cette ambivalence pouvant même cohabiter dans une même loi qui institue des espaces pour qu'on déroge à elle-même, ou à d'autres lois. Sans repartir d'une conception du droit du travail qui en fait, dans sa totalité, une exception au droit civil (Supiot, 1994) et en restant dans le domaine des relations de travail (tout en intégrant de ce point de vue les relations de travail au sein des fonctions publiques ou des entreprises à statut), quels objectifs visent les dérogations ? Quelles fonctions sont recherchées et quels usages s'associent à cet outil juridique qui prévoit, explicitement ou implicitement, de déroger aux règles communes, aux normes générales, aux principes qui ordonnent les règles du travail ? L'interrogation sur ce plan, tout en s'ancrant dans la recherche juridique, vise à ne pas s'y cantonner. Elle pourra donner lieu à des travaux sur les raisons et les justifications (juridiques, économiques, sociologiques, etc.) qu'emploient les légistes et les producteurs de règles quand ils prévoient des dérogations ; sur les processus (lobbying, argumentations, controverses par exemples) et les décisions (juridiques, politiques) qui aboutissent à ces dérogations ; sur les formes concrètes et matérielles (articles dans des lois, décrets, circulaires, accords de branche ou d'entreprise, etc.), voire stylistiques (tournures) que prennent ces dérogations.

2. Qui déroge et comment déroge-t-on ?

Un deuxième axe de réflexion porte sur les acteurs qui produisent, utilisent, se réfèrent, contestent la dérogation et sur les formes que prennent ces dérogations. Est-ce l'État qui institue ces dérogations, et derrière lui la multitude d'acteurs qui peuvent l'incarner, du chef du gouvernement à l'inspecteur du travail en charge de faire respecter le Code du travail, en passant par les hauts-fonctionnaires, les parlementaires, etc. ? Quels acteurs ont imaginé cette technique juridique originale : juristes, parlementaires, acteurs de la nébuleuse réformatrice identifiée par C. Topalov au début du 20^{ème} siècle ; patronat et organisations patronales au lendemain de la première guerre mondiale qui altèrent le principe d'obligation par le versement d'une pénalité compensatrice (quota d'invalides, formation des apprentis), ou hauts-fonctionnaires et chargés d'études travaillant au Plan dans les années 1970 ? Les origines de ces dérogations s'ancrent-elles dans des réflexions sinon des institutions internationales ? Au-delà du droit national, quid des dérogations dans les directives ou les textes normatifs européens ? Enfin, pour quels acteurs autorise-t-on ces dérogations : chefs d'entreprise uniquement, ou l'État les institue-t-il pour ses propres fonctionnaires, dans une dynamique de « passe-droit » qui peuvent s'associer à des « passes » du droit (que pourrait justement représenter la dérogation), pour reprendre des notions avancées par P. Le Bouhris et P. Lascoumes (1996) et utilisées par Péglise (2005) ? Si les décrets d'application des lois de 1936, puis les décrets-lois de 1938, ont instauré de multiples dérogations issues des négociations qui ont précédé l'édiction de ces textes réglementaires pris branche par branche en matière de temps de travail et de conventions collectives, c'est bien l'autorité étatique qui

avait édictées ou permises ces adaptations, contournements, ajustements. Cette autorité elle-même est d'ailleurs à déconstruire ou préciser : ainsi, dans le cadre de la loi de 1919 par exemple, ce sont des règlements d'administration publique, établis en Conseil d'Etat, qui précisent les modalités d'application de la loi branche par branche et les dérogations éventuelles. Et si le Conseil d'Etat est tenu de se référer aux conventions ou aux accords, il peut ne pas en reproduire le contenu, le contrôle qu'il assure ainsi étant ce qui permet le vote de la loi par le Sénat, alors que celui-ci modifie dans un sens très libéral la loi de 1919 (Rudishhauser, 2017). A l'autre bout de l'échelle, cette autorité comprend aussi les inspecteurs du travail, dont on pourra interroger les pratiques en la matière. Quelles réponses apportent-ils aux sollicitations des chefs d'entreprise dont ils sont l'objet, notamment en matière d'heures supplémentaires ? Plus largement, à qui la dérogation est accordée et quels sont les usages et les pratiques du point de vue de celui à qui la dérogation est attribuée autant que du point de vue de celui qui l'accorde ?

Pour autant, le mécanisme instauré en 1982 dans le cadre des lois Auroux semble avoir modifié le sens des dérogations jusqu'ici instaurées dans les lois : elles autorisent en effet, dans des conditions initialement très précises et strictes (qui se sont considérablement étendues et assouplies ensuite jusqu'à aujourd'hui) les acteurs eux-mêmes à prévoir ces dérogations, sous conditions d'accord collectif. C'est ici la forme que prennent ces dérogations qui évolue et doit être interrogée. La loi Travail de 2016 ne constitue-t-elle pas de ce point de vue moins une révolution que l'aboutissement d'une logique d'extension des dérogations, dont la multiplication, en complexifiant à l'excès le Code du travail avait déjà réalisé pour une part l'inversion de la hiérarchie des normes, déjà prévue dans la loi Fillon de 2004 en réalité, et qu'elle facilite et remet sur le devant de la scène ? C'est alors non seulement qui déroge (l'Etat, les juges, les employeurs, les négociateurs patronaux et syndicaux dans les branches ou les entreprises), comment et sous quelles formes, mais aussi à quoi déroge-t-on sur lequel il faut interroger.

3. A quoi déroge-t-on ?

Un troisième ensemble de questions porte sur le domaine de ces dérogations en droit du travail. Le temps de travail a, depuis les origines et très régulièrement, été le domaine majeur dans lequel des dérogations ont été prises ou autorisées. Mais il n'est pas le seul et recenser les autres domaines (salaires ; cotisations sociales pour certaines catégories de salariés – jeunes, handicapés, etc. ; formation professionnelle ; sécurité et santé au travail ; etc.) et d'autres logiques (selon la taille des entreprises, les branches selon leurs secteurs d'activité, etc.) permettra d'étudier si les mécanismes, les fonctions, les usages de la dérogation y ont le même sens ou pas. Le principe même de la dérogation s'y joue-t-il de manière identique ? Les enjeux qu'elle recouvre sont-ils similaires ? Comment se concilient ces dérogations et les principes généraux du droit ? Le mouvement de « re-féodalisation » qu'analyse A. Supiot (2000) en la matière est-il pertinent, circonscrit, en extension ? Comment y participent les dérogations ?

4. Périodisations possibles et contextualisations nécessaires

Une dernière dimension sera abordée par les communications quant aux contextes historiques (mais aussi économiques, sociaux, politiques) dans lesquels prennent places ces dérogations : à quels moments se développent-elles (ou pas) ? Dans quels contextes sont-elles inventées et utilisées (ou non) ? Des périodisations peuvent-elles être proposées, tant du côté d'une analyse

proprement juridique des processus d'extension (ou de reflux) des dérogations, que des enjeux qu'ils soulèvent dans telle ou telle période, ou en lien avec un tel ou tel événement ? Les périodes de guerre par exemple (la première comme la seconde) sont ainsi sans doute des contextes qui colorent le sens et les visées qui président à l'adoption de dérogations, tout comme les moments de crises économiques, dans les moments où elles se déclenchent et avec les contraintes qu'elles imposent alors, ou lors de leur extension dans la durée qui signale le basculement de régimes de production (fordiste et reposant sur l'industrie) à d'autres (mondialisés et tertiarisés) par exemple. De ce point de vue, la révolution numérique et les transformations des activités et rapports de travail en cours, si annoncées, augurent-elles un déplacement des épreuves, des outils et des cadres juridiques promus par certains et critiqués par d'autres au profit d'une extension de la logique de dérogation que pourrait symboliser la loi El Khomry et les projets annoncés par le nouveau président de la République ?

Références

- Boquillon F., 1999, *La dérogation en droit du travail*, Thèse de droit, Université Strasbourg III.
- Fridenson P., 2004, « La multiplicité des processus de réduction de la durée du travail de 1814 à 1932 : négociations, luttes, textes et pratiques », in Fridenson P. et Reynaud B (dir.), *La France et le temps de travail, 1814-2004*, Odile Jacob.
- Jemmaud A., 1990, *La règle de droit comme modèle*, Chronique Dalloz
- Le Bouhris et P. Lascoumes, 1996, « Des passe-droits aux passes du droit. La mise en œuvre sociojuridique de l'action publique », *Droit et société* n°32 (1), 51-73.
- Mériaux O., Kerbourc'h J.Y, Seiler C., 2008, « Evaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises », *Document d'Etude DARES* n°140, 58 p.
- Pélisse J., 2005, « Experts et faussaires du temps de travail ? Les avocats et les 35h », *Revue européenne d'Histoire et société* n°16.
- Renaud S., 2007, *Droit civil des contrats et droit du contrat de travail : Contribution à l'étude de la dérogation au droit commun*, Thèse de droit, Université Paris 2
- Rudishhauser S., 2017, « From the 8-Hour Day to the 40-Hour Week: Legitimization Discourses of Labour Legislation between the Wars in France and Belgium », *Politics and Governance*, vol.5 (1), 6-14.
- Supiot A., 1994, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF.
- Supiot A., 2001, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA* n°43, 51-58.

Comité d'organisation : Jérôme PÉLISSE (professeur de sociologie, Sciences Po Paris) ; Patrick FRIDENSON (directeur d'études, EHESS); Agnès JEANNET, présidente du CHATEFP ; Jean-Pierre LE CROM (directeur de recherche CNRS) ; Laure MACHU (maîtresse de conférences en histoire, Université Paris Nanterre) ; Catherine OMNES (professeure d'histoire émérite, Université Versailles Saint-Quentin en Yvelines) ; Cyril WOLMARK (professeur de droit, Université Paris Nanterre).

Les projets de communication doivent être envoyés avant le 2 mars 2018 par voie électronique à l'adresse suivante : comite.histoire@travail.gouv.fr. Ils proposeront un texte d'une longueur de 3000 signes maximum (espaces compris), rédigé en français, comprenant un titre, une indication des sources et des méthodes, ainsi qu'une brève présentation du ou des auteurs et de ses travaux. Une réponse sera apportée aux propositions de communications avant le 30 mars 2018. La journée aura lieu le 21 septembre 2018 à Paris