Document généré le 12 oct. 2024 00:18

Revue générale de droit

L'ÉVOLUTION DU DROIT DU TRAVAIL EN FRANCE À TRAVERS LES RÉCENTES ORDONNANCES

Jean Bertolas

Volume 13, numéro 2, 1982

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1059384ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1059384ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Bertolas, J. (1982). L'ÉVOLUTION DU DROIT DU TRAVAIL EN FRANCE À TRAVERS LES RÉCENTES ORDONNANCES. *Revue générale de droit*, *13*(2), 499–520. https://doi.org/10.7202/1059384ar

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1982

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

L'ÉVOLUTION DU DROIT DU TRAVAIL EN FRANCE À TRAVERS LES RÉCENTES ORDONNANCES*

par Jean BERTOLAS**

Le droit du travail a été longtemps considéré en France comme une discipline mineure:

Désavantage qu'il tenait de sa simplicité d'origine: les problèmes qu'il posait étaient plus souvent réglés par l'équité que par l'analyse de rares dispositions législatives.

Les accords collectifs étaient plus rares encore et lorsqu'ils existaient, plus octroyés que négociés.

Le salarié ordinaire n'avait pas droit à la retraite dont ne bénéficiait que le fonctionnaire statutaire.

Les litiges enfin étaient d'importance financière modeste, à la mesure des salaires, payés de surcroît à la journée ou à la semaine.

* * *

Cette situation reflétait une France essentiellement agricole.

L'évolution industrielle progressive depuis le début du siècle et accélérée depuis 1945, la multiplication des entreprises importantes et moyennes, le souci de la hiérarchie à l'intérieur de celles-ci et le développement de la catégorie professionnelle des Cadres, la création des Organismes de Sécurité Sociale, la création des régimes de retraite des Cadres en 1947, bientôt étendus à l'ensemble des salariés, l'importance croissante des salaires et des garanties, donc des litiges, la crise qui secoue depuis quelques années l'ensemble des pays industriels, ont donné au droit du travail l'importance qu'il mérite.

---

* Conférence prononcée le 9 septembre 1982, lors de la Rentrée Solennelle des cours, à la Faculté de droit, Section de droit civil, de l'Université d'Ottawa.

** Avocat de l'Ordre des Avocats de la Cour de Paris.

Complexe, car la multiplicité des situations entraîne celle des solutions législatives, mais surtout passionnant, car il tend à s'adapter instantanément non seulement aux besoins et au progrès économique, mais aussi à la philosophie des Législatures successives. Il est à cet égard le fidèle reflet des mœurs.

* * *

La codification des textes marque une lente, mais constante progression.

Avant 1910, n'existent que des textes épars.
En 1910 est promulgué le livre 1 du Code du Travail.
Les livres 2 et 3 le sont en 1924.
Le livre 4 l'est en 1927.

Mais les textes nouveaux étaient si abondants, et le maniement du Code si malaisé que la Loi du 2 Janvier 1973, en fait, nouvelle compilation, crée un nouveau Code du Travail qui comprend trois parties:

— une partie législative, les numéros d'articles étant précédés de la lettre L,
— une partie réservée aux décrets en Conseil d'État, les numéros d'articles étant précédés de la lettre R,
— une partie réservée aux Décrets simples, portant avant chaque numéro la lettre D.

Le petit Code DALLOZ y ajoute encore 500 pages de textes non codifiés...

Reste que le droit du travail, sa spécificité et son importance singulière sur le plan de l'équilibre social ont été tôt consacrés par la création de Juridictions particulières, processus de spécialisation et de volonté de règlement de leurs litiges par les professionnels eux-mêmes, qui a amené dans un domaine différent la création des Tribunaux de Commerce.

* * *

La Loi du 21 Germinal An XI donnait compétence aux autorités de police pour régler les différends entre employeurs et salariés, solution fâcheuse.

Napoléon 1er institua le premier Conseil de Prud'Hommes à Lyon, par la *Loi du 18 Mars 1806*.

À la vérité, cette Juridiction reflétait un sens impérial de la démocratie: les salariés étaient exclus du corps des Magistrats élus, au profit de 4 Chefs

d'atelier et de 5 patrons, ces derniers étant ainsi assurés d'y avoir toujours la majorité.

La Loi du 27 Mai 1848 institua véritablement les Conseils des Prud'-Hommes, les Conseillers élus étant à parité salariés et employeurs, y compris dans la formation de jugement.

Ces Juridictions étaient créées par Décret à la demande des collectivités locales et comportaient des sections spécialisées. À défaut, le Président du Tribunal d'Instance réglait les différends du travail.

Ce même Magistrat, au cas de partage des voix des Conseillers prud'-homaux, était appelé à siéger avec eux pour permettre une majorité par le jeu des chiffres impairs, situation aujourd'hui inchangée.

La dernière réforme est toute récente: la *Loi du 18 Janvier 1979* a institué des Conseils des Prud'Hommes sur l'ensemble du territoire, en créant une nouvelle section spécialisée, celle des Cadres.

La connaissance des appels est réservée aux Cours d'Appel, où ont été créées des Chambres spécialisées, composées de Magistrats professionnels.

* * *

De ce droit évolutif, je ne vous propose que quelques images, mais précises, des récents changements qui l'ont affecté.

La part la plus importante est donnée au contrat individuel. La représentation du personnel au sein de l'Entreprise, créée par une Ordonnance déjà... du 22 Février 1945, doit être bouleversée lors de la prochaine Session législative: Il est vrai que l'Assemblée Nationale a déjà voté et imposera son point de vue au Sénat. Je m'y référerai donc mais plus brièvement.

* * *

Les contrats de travail se séparent, je devrais dire aujourd'hui «se séparaient» en deux catégories essentielles:

— contrats à durée indéterminée, les plus nombreux,
— et contrats à durée déterminée, observation faite qu'il n'était pas nécessaire qu'ils fussent constatés par écrit, les uns et les autres, sauf, pour cette seconde catégorie, difficulté de preuve.

CONTRATS À DURÉE INDÉTERMINÉE:

Les contrats à durée indéterminée étaient résiliables au gré de chacune des parties, démission ou congédiement.

Il appartenait évidemment à celle des deux parties qui rompait le contrat de respecter le délai de préavis, dit aussi délai-congé, lui-même variable

puisque dépendant des usages, des Conventions Collectives ou du contrat individuel. Depuis 1958, toutefois, la Loi prévoit un délai minimum d'un mois pour les salariés ayant une ancienneté d'au moins 6 mois continus, deux mois pour ceux ayant une ancienneté d'au moins deux années ininterrompues.

La rupture n'était pas nécessairement motivée, et n'était susceptible de justifier une indemnisation au profit du salarié que si le Juge constatait un abus de droit, caractérisé par la «légèreté blâmable ou l'intention de nuire»; notions vagues et subjectives dont l'appréciation variait selon les Juridictions, et cela d'autant plus que la preuve de l'abus était à la charge du salarié.

CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE:

Les contrats à durée déterminée étaient conclus en général de date à date, encore qu'ils pouvaient recouvrir une période non précisée dans le contrat, mais déterminée par les faits, celle par exemple «d'une saison», pratique habituelle dans l'industrie hôtelière.

Le salarié ainsi engagé, pour une durée déterminée à l'avance, bénéficiait au sein de l'Entreprise des mêmes avantages que le personnel de la première catégorie, mais n'avait droit ni au préavis, bien entendu, ni aux indemnités d'ancienneté de la Convention collective.

* * *

Ce système, purement civiliste, basé sur l'idée que le contrat de travail est un contrat non différent des autres, était contesté par ceux qui mettaient au contraire l'accent sur l'inégalité des contractants.

Le professeur Javillier peut écrire dans son traité:

> «parce qu'orienté vers le progrès social, le droit social est aussi unilatéral. C'est dire qu'il est tout entier créé en faveur des travailleurs. Certains ont dit qu'il était inégalitaire... Mais il faut préciser ce que veut dire inégalité des normes en faveur du travailleur, ce ne sont pas le plus souvent des normes qui créent ou aggravent une irrégularité, mais seulement des normes qui tentent de rétablir l'égalité dans le monde du travail!»

Les précédents législateurs ont amorcé le «changement», mot sacré depuis une dizaine d'années et qui a l'avantage d'être suffisamment imprécis pour satisfaire tous les espoirs et l'inconvénient de justifier toutes les déceptions.

Mais il est vrai qu'entre 1928 et 1973, aucune réforme du droit du licenciement n'avait été effectuée, textes et Jurisprudence étant d'une remarquable stabilité.

La crise économique et la montée du chômage entraînent une première modification.

La Loi du 13 Juillet 1973 organise la procédure de licenciement.

L'employeur doit dans un premier temps notifier au salarié, par lettre recommandée, qu'il envisage de le congédier, et par la même lettre le convoquer pour lui faire connaître verbalement ses motifs en lui précisant qu'il a le droit de se faire accompagner par un Membre de l'Entreprise.

Si la décision de l'employeur est maintenue, à l'issue de cet entretien, la notification du congédiement doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception, à l'expiration d'un délai précisé.

Sous les mêmes conditions de délai, le salarié peut demander à l'employeur par lettre recommandée avec accusé de réception, les motifs réels et sérieux du congédiement et l'employeur est tenu de les lui donner sous la même forme.

De façon non simplificatrice, la Loi prévoit que ces dispositions ne sont pas applicables dans certains cas, soit que l'Entreprise ait moins de 11 salariés, ou le salarié moins d'un an de présence (pour la nécessité de la tentative de conciliation) ou le salarié moins de 2 ans de présence (pour la réintégration possible ou l'indemnité correspondante).

L'Article L 122-14-4 dispose en effet:

> «... si ce licenciement survient pour une cause ne répondant pas eux exigences de l'Art. L 122-4-2 (cause réelle et sérieuse), le Tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'Entreprise, avec maintien de ses avantages acquis; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le Tribunal octroie au salarié une indemnité... qui ne peut être inférieure au salaire des 6 derniers mois. Le Tribunal ordonne également le remboursement par l'employeur fautif aux Organismes concernés des indemnités de chômage payées au travailleur licencié...»

Soulignons ici qu'un certain nombre de doctes commentateurs éloignés sans doute des nécessités de la vie de l'Entreprise, ont estimé que le Législateur n'était pas allé assez loin et qu'il aurait dû prévoir la nullité du congédiement.

Dans les faits, la partie du texte prévoyant la possibilité de la réintégration est devenue immédiatement caduque, le Juge ne prononçant jamais que la sanction financière.

Là encore, la cause «réelle et sérieuse» est d'appréciation subjective et j'exprime ici une opinion personnelle: la modification législative n'a pas, et ne pouvait pas, entraîner d'amélioration au niveau de l'emploi. La minoration du nombre des congédiements, toute théorique, est largement compen-

sée par l'hésitation des employeurs à engager un personnel qu'ils ne sont pas assurés de pouvoir conserver et qu'ils ne pourront licencier qu'à grand risque.

Le chômage ne naît pas d'une mauvaise organisation de la pénurie, mais de la pénurie elle-même.

La matière des contrats à durée déterminée évoluait elle aussi.

La Loi du 3 Janvier 1979 modifiait leur régime dans un but strictement économique: la lutte contre le chômage.

Monsieur le Professeur Couturier écrivait:

> «Le vœu des Législateurs de 1979, en effet, était assurément de favoriser l'utilisation du contrat de travail à durée déterminée, en vue de faciliter certaines embauches.»

Le Législateur prévoyait:

- l'exigence d'un écrit sans en faire toutefois une condition de validité,
- la possibilité de prévoir une période d'essai,
- celle de prévoir un renouvellement mais seulement pour une durée au plus égale à la période initiale.

Enfin, *la Loi du 3 Janvier 1972* incorporée aux Articles L 124-1 et suivants, organisait le travail temporaire, c'est-à-dire effectué par les salariés d'Entreprises spécialisées, vendeuses de main-d'œuvre.

Il donnait bien entendu la définition de l'Entrepreneur de travail temporaire, précisait qu'il ne pouvait être fait appel à cette catégorie de salariés que dans ces cas précis:

> «a) absence temporaire d'un salarié permanent, pendant la durée de cette absence,
> b) suspension d'un contrat de travail pendant le temps de cette suspension, sauf en cas de conflit collectif de travail,
> c) survenance de la fin d'un contrat de travail dans l'attente de l'entrée en service effectif du travailleur permanent appelé à remplacer celui dont le contrat a pris fin,
> d) existence de surcroît occasionnel d'activité,
> e) création d'activité nouvelle,
> f) travaux urgents dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir les accidents imminents, organiser les mesures de sauvetage ou réparer les insuffisances du matériel intéressant les bâtiments de l'entreprise présentant un danger pour les travailleurs.»

L'Art. L. 124-3 exigeait que le contrat fût écrit et qu'il précisât la qualification du salarié, le montant de sa rémunération et les modalités de paiement ainsi que les précisions figurant au contrat passé par l'employeur et l'utilisateur (nombre de travailleurs temporaires, qualification professionnelle), lieu, horaires et caractéristiques particulières du travail).

Le salarié avait droit, en outre de sa rémunération, à une indemnité dite de précarité d'emploi pour chaque mission, qui lui était versée à la fin de celle-ci.

Les conditions d'exécution du travail du lieu où il était occupé lui étaient applicables, mais seulement en ce qui concernait la durée du travail, le travail de nuit, le repos hebdomadaire et des jours fériés, l'hygiène et la sécurité: les avantages particuliers consentis au personnel, cantine par exemple, lui échappaient.

Enfin, l'utilisateur au cas de défaillance de l'Entreprise de travail temporaire, était substitué à cette dernière quant au paiement des salaires et des sommes dues aux Organismes sociaux.

Il ne faut pas dissimuler que ces dispositions étaient souvent utilisées dans un but égoïste.

Exemple simple:

Des Comités d'Entreprises élus par le personnel sont constitués dans toutes les Entreprises de quelque nature qu'elles soient, qui emploient au moins 50 salariés, Comités dont les pouvoirs sont relativement importants, moins cependant que la force de discussion qu'ils représentent vis-à-vis de l'Entreprise.

Il était tentant d'éviter cette sujétion, c'est-à-dire d'éviter de parvenir au chiffre fatidique, en complétant un personnel insuffisant par des travailleurs temporaires.

Il était tentant d'employer une main-d'œuvre fluctuante pour éviter la création d'un esprit revendicatif commun dans l'Entreprise; autrement dit, il était facile de dénaturer l'esprit des textes, et sans doute certaines Entreprises n'ont pas résisté à cette tentation.

* * *

C'est dans ces conditions que le Gouvernement, autorisé par *la Loi du 6 Janvier 1982,* a promulgué un certain nombre d'Ordonnances:

L'Ordonnance du 5 Février 1982 modifiant les dispositions du Code du Travail relatives au travail temporaire:

Elle se motive ainsi dans son rapport préalable au Président de la République:

> «Le développement du travail temporaire au cours des dernières années a été un des éléments importants d'éclatement de la collectivité du travail. L'impact de la crise économique depuis 1974, la dégradation de la situation de nombre d'Entreprises et l'incertitude générale quant aux perspectives à moyen terme ont profon-

dément modifié les pratiques de gestion de la main-d'œuvre et ont permis un accroissement considérable du volume du recours à l'emploi précaire, et notamment le travail temporaire.
De 1975 à 1979: Le nombre d'établissements de travail temporaire a augmenté de 58% en passant de 2.158 à 3.743. Le nombre de contrats conclus avec les utilisateurs a augmenté de 100% en passant de 1.440.800 à 2.073.000 contrats.
L'effectif moyen quotidien d'intérimaires en mission a crû de 138%, passant de 97.000 à 235.000 intérimaires.»

Et de rappeler que cette situation amène des risques importants dans trois domaines:

«*La situation de l'intérimaire:* révocable ad nutum, il ne bénéficie d'aucune des garanties sociales des travailleurs permanents. Il est sous payé... et sous qualifié...»

«*Destructuration du personnel des Entreprises:* le recours massif et de main-d'œuvre fluctuante et peu motivée représente à terme un risque sérieux d'éclatement de la collectivité de travail et de remise en cause des bases et des relations professionnelles. Utilisés comme moyen de tourner la Législation sociale, ses développements excessifs comportent des conséquences dangereuses.
Il convient d'éviter que l'insécurité de l'emploi, les ruptures dans la vie professionnelle, l'isolement dans l'Entreprise ne soient un facteur d'exclusion sociale pour certains salariés.»

«*Aggravation du chômage:* le développement du travail temporaire est fondé, non pas tant sur la création d'emplois nouveaux, que sur la transformation d'emplois permanents en emplois temporaires. Il paraît donc nécessaire de procéder à une réforme significative de son utilisation...»

Ceci étant, et les buts proposés ainsi clairement définis, la première lecture du texte ne fait pas apparaître de modification profonde.

Les cas qui permettent le recours aux travailleurs temporaires sont pratiquement les mêmes.

La principale, mais considérable nouveauté du texte réside dans la possibilité donnée à l'Inspecteur du Travail de saisir en cas de violation de certaines des règles édictées, le Président du Tribunal de Grande Instance, lequel peut ordonner la fermeture provisoire de l'entreprise de travail temporaire en infraction.

Mais en vérité, et je cite ici le Professeur Yves Chalaron de l'Université des Sciences Sociales de Grenoble:

«C'est d'une manière plus subtile que l'Ordonnance pourrait entraîner l'élimination de tout ce qui dans ce secteur n'est pas d'un rigoureux professionnalisme: par la sélection naturelle qu'imposera le progrès social. Qu'il y ait là une convergence objective entre la politique de conquête du marché des plus puissantes Entreprises de travail temporaire et l'objectif social des Pouvoirs publics, est une constatation non critique. En raréfiant la demande de travail temporaire et en alourdissant le prix de revient de ce service, le Législateur va créer des conditions

de concurrence auxquelles ne pourront résister que les Entreprises capables de performance par les prix, ou par la valeur des qualifications et spécialités qu'elles offriront.»

En outre, les dispositions de l'Ordonnance, de façon paradoxale, font glisser sur l'utilisateur les obligations qui logiquement incombaient à l'Entreprise de travail temporaire.

Le nouvel Article L 124-3 exige non seulement un contrat écrit, mais établi séparément pour chaque salarié et qu'il le soit «au plus tard dans les 2 jours ouvrables suivant la mise à disposition», obligation sanctionnée par des peines correctionnelles visant non seulement l'Entrepreneur de travail temporaire, mais aussi l'utilisateur qui n'aurait pas respecté ce délai.

Les infractions qui n'étaient sanctionnées par le texte antérieur que par des peines contraventionnelles, le sont maintenant par des peines correctionnelles.

L'éventail des infractions est élargi, une violation quelconque de l'un quelconque des aspects des règles de fond étant susceptible de constituer un délit, avec affichage à la porte de l'Entreprise utilisatrice.

Cette même sévérité se retrouve au cas de violation des règles de forme.

Enfin, et indépendamment de l'aspect pénal des sanctions, l'aspect civil n'est pas moins redoutable, puisqu'au cas de *«violation caractérisée... le salarié peut faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents au contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de la mission.»*

À cette sévérité dissuasive, s'ajoute, ainsi que je l'indiquais dès le début, une sévérité économique.

L'Art. L 124-3 fait obligation à l'Entrepreneur de travail temporaire de préciser au contrat qu'il établit à son salarié *«le montant de la rémunération que percevrait dans l'Entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification équivalente occupant le même poste de travail.»*

L'Art. L 124-4-2 prévoit que la rémunération reçue par ce salarié *«ne peut être inférieure à celle du permanent acceptant un emploi correspondant.»*

Cette obligation est coûteuse pour l'Entreprise utilistrice qui, bien entendu, supportera outre le salaire «plein» du temporaire, la marge bénéficiaire de l'entreprise de travail temporaire et le paiement des taxes, le tout tenant compte du montant des cotisations sociales.

Enfin, ce qui est justifié sur le plan de l'équité, mais qui alourdit encore le prix de revient, le temporaire bénéficiera des avantages particuliers dont

profite le personnel permanent: transport et installations collectives, notamment restauration, avec obligation par l'employeur de rembourser le Comité d'Entreprise si c'est ce dernier qui en supporte la charge.

Le nouveau texte favorise les Entreprises de travail temporaire les plus puissantes, dont la qualité des prestations compense le prix élevé: ce n'est pas la première fois qu'un Gouvernement préfère se choisir un partenaire fort, mais sur lequel il peut peser, plutôt qu'un éparpillement d'interlocuteurs moins faciles à manier.

* * *

Ces mesures sont-elles justifiées?

C'est déborder un peu du cadre juridique, mais il est loisible de penser:

— que la fraude contre laquelle s'élève le Législateur était en fin de compte assez marginale,

— que nombre d'entreprises préféreront mettre le travail «en attente» plutôt que d'embaucher à titre précaire,

— que ce texte n'envisage cette modalité du travail que comme un élément virtuel de fraude et un élément de commodité de l'employeur et oublie que de très nombreux salariés ont choisi cette voie, moins par obligation que comme un moyen de travailler en quelque sorte à la carte.

L'ORDONNACE DU 5 FÉVRIER 1982 modifiant les dispositions du Code du Travail relatives au contrat de travail à durée déterminée:

Là encore, le rapport au Président de la République énonce les chiffres et précise les buts de l'ordonnance.

Il écrit:

> «la recherche d'une diminution des coûts salariaux a conduit les Entreprises à réduire au maximum le nombre des salariés permanents et à limiter leur emploi aux fonctions considérées comme essentielles pour la pérennité et le développement de l'Entreprise.
>
> Parallèlement, le nombre d'emplois non permanents offerts, et en particulier, le nombre des contrats à durée déterminée, s'est considérablement accru.
>
> Ainsi en Avril 1980, 27% des Établissements industriels et commerciaux de plus de 10 salariés employaient des salariés sous contrat à durée déterminée et ces salariés représentaient 3% des effectifs, alors que, en AVRIL 1977, 12% seulement de ces Établissements avaient déclaré utiliser ce type de contrat, les salariés concernés représentant 1,4% de l'ensemble des effectifs.»

Les nouveaux textes posent le principe: *«le contrat de travail est conclu sans détermination de durée.»*

Toutefois, dit l'Ordonnance *«il peut comporter un terme»*, et la Loi va donner de ces cas d'exception une définition minutieuse, complétée par le Décret et la Circulaire d'application.

Changement essentiel: le contrat à durée déterminée est donc dérogatoire au droit commun, les textes et les cas d'espèce doivent être interprétés de façon restrictive.

Les textes nouveaux reprennent les hypothèses classiques, mais de façon plus limitée:

— suspension temporaire ou suspension du contrat de travail, à la condition que le salarié remplacé ne soit pas gréviste, ce qui n'était pas précisé dans le texte ancien,
— survenance d'un surcroît exceptionnel et temporaire d'activité, à la condition que cette augmentation soit véritablement exceptionnelle et ne soit pas susceptible de se reproduire, c'est-à-dire que l'Ordonnance ne retient pas comme exceptionnelle une activité en dents de scie, naturelle et prévisible.
— exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable, étrangère aux activités habituelles de l'Entreprise.

À ces trois cas d'ordre général, s'ajoutent outre divers cas particuliers, ceux qui relèvent de l'usage constant de la profession, dont le décret donne la liste pour la première fois.

— exploitations forestières,
— manutention portuaire,
— réparations navales,
— déménagements,
— hôtellerie et restauration,
— spectacles,
— actions culturelles et audiovisuelles,
— information, productions cinématographiques,
— enseignement,
— activités d'enquête et de sondage.

Les exigences de forme sont particulièrement minutieuses, le contrat non conforme étant réputé à durée indéterminée avec les conséquences qui en découlent en matière de rupture.

La durée est réglementée puisque, sauf le cas où il s'agit du remplacement provisoire d'un salarié permanent, cette durée ne peut excéder ou 6 mois, ou un an, alors que ces limitations n'existaient pas précédemment et qu'il était loisible de conclure un contrat à durée déterminée pour plusieurs années.

Les périodes d'essai et les possibilités de renouvellement sont prévues dans des conditions qui ne permettent pas de dépasser les délais maximum que j'ai indiqués et sous des conditions de forme, avec des délais de prévenance d'une complication qui contraint l'employeur à une minutie particulière.

R.G.D. (1982) vol. 13, n° 2

Enfin, et comme en ce qui concerne le travail temporaire, l'employeur devra à la fin du contrat verser une indemnité de rupture correspondant à la précarité de l'emploi, cette indemnité correspondant au minimum à 5% du total des rémunérations brutes perçues.

La cessation des relations contractuelles est également compliquée, dans la mesure où, selon les cas l'employeur doit prendre l'initiative de prévenir le salarié que le contrat ne sera pas renouvelé, ou se contentera de répondre à la demande d'information du temporaire, les délais étant aussi brefs que variables.

Ces dispositions pointilleuses, contribuent à décourager au maximum les utilisateurs du contrat à durée déterminée.

Le but est, vous le savez, de tenter de lutter contre le chômage et de procurer aux salariés concernés des emplois permanents.

Pour les mêmes raisons que celles que nous avons examinées en matière de travail temporaire, ces mesures ne paraissent pas efficaces, mais ces Ordonnances sont trop récentes pour que leur effet pratique puisse être dès maintenant apprécié.

* * *

Les deux Ordonnances ainsi synthétisées sont importantes, car elles expriment clairement le but du Gouvernement et elles modifient le droit. En fait, cinq Ordonnances ont été rendues dans la même période.

ORDONNANCE DU 16 JANVIER 1982 — DURÉE DU TRAVAIL:

Elle tend aux mêmes fins: diminuer les heures supplémentaires, c'est contraindre l'employeur à augmenter ses effectifs. C'est aussi ce qui correspond à la philosophie actuelle de la Législature qui a créé un Ministère du Temps Libre, améliorer la qualité de vie des salariés.

L'Ordonnance peut se résumer ainsi:

— elle ramène, à compter du 1er Février 1982, la durée légale du travail à 39 heures par semaine,
— elle réduit de 48 à 46 heures la durée maximale *moyenne* hebdomadaire calculée sur 12 semaines consécutives,

— elle limite à 48 heures, contre 50 heures précédemment, la durée maximale hebdomadaire absolue, la limite journalière étant de 8 heures par jour, sauf dérogation.

Il est à noter que, comme par le passé, les heures supplémentaires effectuées donnent lieu à une majoration de salaire fixée à 25% pour les 8 premières heures, 50% pour les heures suivantes.

— elle attribue à chaque entreprise un contingent d'heures supplémentaires par année civile disponible au gré de l'employeur après simple information de l'Inspection du Travail et du Comité d'Entreprise ou à défaut, des délégués du personnel. Le décret n° 82-101 du 27 Janvier 1982 fixe à 130 heures ce contingent annuel.

— elle conditionne les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent, et dans les limites des durées maximales tant hebdomadaires que sur 12 semaines consécutives, à une autorisation de l'Inspecteur du Travail après avis, s'il existe, du Comité d'Entreprise ou à défaut des délégués du personnel.

Mais un contingent d'un volume supérieur ou inférieur peut être fixé par une convention ou un accord collectif étendu. C'est ainsi que des contingents très variés ont été adoptés:

- 170 heures dans les combustibles,
- 160 heures dans la bijouterie,
- 145 heures dans le bâtiment et les travaux publics,
- 120 heures dans l'habillement,
- 100 heures dans le commerce de gros,
- 80 heures dans les ciments.

L'ordonnance permet l'institution d'horaires individualisés et prévoit en ce qui concerne le travail posté, c'est-à-dire celui des salariés travaillant de façon permanente en équipes successives selon un cycle continu, que la durée de leur travail ne devra pas dépasser 35 heures par semaine au plus tard le 31 Décembre 1983.

Un repos compensateur proportionnel aux heures supplémentaires effectuées au-delà de la 42e heure par semaine, était déjà accordé par la Législation ancienne. L'Ordonnance institue un nouveau repos compensateur obligatoire, non cumulé avec le précédent, égal à 50% des heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent de 130 heures.

Il n'est pas nécessaire d'insister sur le caractère dissuasif de cette mesure.

La même Ordonnance a également modifié le régime des congés payés en allongeant le délai de ceux-ci qui passent de 4 semaines à 5 semaines, soit un congé de 2 jours ½ ouvrables au lieu de 2 par mois de travail, sans que sa durée totale puisse excéder 30 jours ouvrables.

ORDONNANCE EN DATE DU 16 JANVIER 1982 RELATIVE AUX CONTRATS DE SOLIDARITÉ:

Elle intéresse moins le Code du Travail en fin de compte que les Ordonnances précédentes, mais elle s'intègre dans la politique du Gouvernement de lutte contre le chômage, dans la mesure où elle permet aux Entreprises de passer avec l'État des contrats dits «contrats de solidarité» dont la finalité est de favoriser l'embauche prioritaire des jeunes et des chômeurs.

Il faut distinguer 4 types de contrat de solidarité.

Deux sont régis par l'Ordonnance du 16 Janvier 1982:

I - la convention qui tend à aider à une forte réduction de la durée du travail, la rendant inférieure ou égale à 37 heures au 1er Janvier 1983, et à 36 heures au 1er Septembre 1983,

II - celle qui recherche à aider au départ en pré-retraite progressive par le moyen de la transformation d'emplois à temps plein en emplois à mi-temps tenus par des salariés volontaires âgés d'au moins 55 ans, assujettis depuis au moins 10 ans à la Sécurité Sociale, ayant appartenu une année continue ou deux années discontinues à l'Entreprise.

Les bénéficiaires recevront jusqu'à 60 ans, 30% du salaire de référence des Caisses de chômage, puis à partir de 60 ans, une retraite dont les modalités de calcul sont à déterminer, chaque préretraite supposant effectivement l'embauche d'un demandeur d'emploi.

Deux autres types non mentionnés par l'Ordonnance du 16 Janvier 1982, car leur mise en œuvre n'était pas conditionnée par les dispositions à caractères législatif:

I - les conventions d'aide au départ en pré-retraite, démission à 55 ans, le salarié se trouvant assuré de toucher 70% de son salaire, et l'employeur contraint de compenser son départ par une embauche dans le délai de 3 mois.

II - les conventions d'aide à l'embauche d'une certaine catégorie de demandeurs d'emploi, notamment les femmes.

Ces contrats incitent les Entreprises à augmenter leurs effectifs contre une diminution correspondante des charges sociales:

— prise en charge des cotisations sociales patronales des salaires du personnel embauché (au cas de réduction de l'horaire de travail),

— ou versement aux Entreprises des indemnités assedic (c'est-à-dire chômage) qu'auraient perçues les chômeurs s'ils n'avaient pas été embauchés,
— ou versement par l'État aux salariés des indemnisations prévues (30% à 70%).

L'ORDONNANCE DU 26 MARS 1982 SUR LE TRAVAIL À TEMPS PARTIEL:

Le temps manque pour commenter ce texte qui a remplacé la Loi du 28 Janvier 1981, sous le titre «travail à temps choisi».

Le Professeur Teyssier qui commente ces textes dans la revue Droit Social, rappelle les vives protestations de l'opposition d'alors, lors du vote de cette Loi, qui laissaient prévoir la modification actuelle.

Il ajoute:

> «Mais sauf à vouloir ignorer l'ensemble des réalités économiques et sociales, la marge de manœuvre offerte au réformateur était faible. Le texte promulgué au crépuscule du septennat de M. Giscard d'Estaing était, déjà, une œuvre de compromis entre la volonté de garantir la situation du préposé soumis à des horaires réduits — en lui accordant, sous réserve, dans certains cas, de «proratisation», le bénéfice des règles applicables aux travailleurs à temps complet — et la préoccupation d'encourager les entreprises à recourir à des salariés à temps partiel, en assurant la «neutralité» de cette formule au regard des charges que supportent les firms françaises.
>
> Les modifications apportées à ce dispositif ne pouvaient être radicales sous peine, à trop vouloir multiplier les garanties offertes aux travailleurs, de dissuader les employeurs d'y recourir.»

Rappelons-en simplement, à notre tour, l'essentiel:
— possibilité d'horaires réduits sous réserve de l'accord du Comité d'Entreprise ou des délégués du personnel,
— l'employeur n'est tenu, ni de pratiquer ce mode d'embauche, même si les membres du personnel le demandent, ni, au contraire, le cas échéant, de limiter le recrutement de cette catégorie de salariés, sauf décret gouvernemental,
— exigence d'un écrit,
— même situation au sein de l'entreprise que celle du personnel employé à temps complet,
— possibilité d'«heures complémentaires» par analogie avec les «heures supplémentaires du travailleur à temps complet,
— prise en compte de ce personnel, sous réserve d'un minimum d'heures, dans l'appréciation du nombre de salariés permettant la création de Comités d'entreprises et les obligations financières en découlant,

— éligibilité aux fonctions de Membre du Comité ou de délégué du personnel.

* * *

Restaient en discussion les Lois (et non plus les Ordonnances) sur ce que l'on a appelé «le droit des travailleurs».

Un seul texte est paru: la Loi du 4 Août 1982.

Il remplace la section 6 du Livre I du Code du Travail par un ensemble de textes ainsi chapeauté: «Règlement intérieur, protection des salariés et droit disciplinaire».

Le règlement intérieur est obligatoire dans les Entreprises occupant au moins 20 salariés, le champ d'application de cette mesure étant général.

L'Art. L 122-34 s'exprime ainsi:

> «le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement:
>
> — les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'Entreprise ou l'Établissement,
> — les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.»
>
> «il énonce également les dispositions relatives aux droits de la défense du salarié, tels qu'ils résultent de l'Art. 122-41 ou, le cas échéant, de la convention collective applicable».

Le règlement intérieur enfin ne peut être introduit qu'après consultation des représentants du personnel, sous leurs formes diverses et selon les cas, et bien entendu après communication à l'Inspecteur du Travail.

L'élément nouveau important est constitué par la sous-section II.

L'Art. L. 122-40 dispose en effet:

> «Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'Entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.»

L'Art. L 122-41 complète:

> «Aucune sanction ne peut être infligée au salarié sans que celui-ci soit informé dans le même temps et par écrit des griefs retenus contre lui.
>
> Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il doit convoquer le salarié en lui indiquant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une saction de même nature qui n'a pas d'incidence, immédiate

ou non, sur la présence dans l'Entreprise, la Fonction, la carrière ou la rémunération du salarié. Au cours de l'entretien, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'Entreprise: l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié. La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Elle doit être motivée et notifiée à l'intéressé..... »

Le même Article prévoit les mêmes garanties lors d'une mesure de mise à pied et au profit des salariés récents.

Il est permis d'ores et déjà de s'inquiéter d'une rédaction un peu lâche: qu'est-ce qu'un avertissement qui n'a pas d'incidence, même lointaine sur la carrière de l'intéressé.

Par définition, l'avertissement reste au dossier du salarié et sert de base, s'il est renouvelé, à l'éventuelle et future procédure de licenciement.

S'il est prudent, l'employeur par conséquent ne délivrera à un salarié aucun avertissement, sans suivre la procédure nouvelle instaurée par la Loi.

Or, l'Art. L 122-43 ajoute:

«En cas de litige, le Conseil de Prud'Hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction. L'employeur doit fournir au Conseil de Prud'Hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction. Au vu de ces éléments et de ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le Conseil de Prud'Hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Le Conseil de Prud'Hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.»

Un Avocat devrait se réjouir de ce pointillisme juridique, mais le souci de l'efficacité qui est le sien, le sens qu'il a des nécessités de la vie d'une Entreprise lui font sans doute préférer la procédure ancienne: la Juridiction prud'homale, comme la Cour d'Appel, pouvaient à tout moment, et même après rupture, apprécier la pertinence des avertissements que l'employeur avait délivrés, comme celle des protestations que le salarié avait pu former à l'époque, et en tenir compte ou non.

Le nouveau système va en réalité contraindre le salarié à engager une procédure dès qu'il recevra un avertissement ou qu'il fera l'objet d'une mesure assimilée puisque son silence vaudra nécessairement acquiescement à la sanction.

Le contraindre alors à plaider c'est analyser, approfondir, réveiller les vieilles rancunes, créer un antagonisme définitif et différer peut-être la rupture, mais la rendre inéluctable.

Même en droit, me semble-t-il, le vieil adage conserve toute sa valeur qui dit *«le mieux ennemi du bien.»*

J'ajoute que le texte prévoit, au titre VI, et sous l'intitulé *«Droit d'expression des salariés»* cette affirmation que

> «les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu et l'organisation de leur travail ainsi que sur la définition et la mise en œuvre d'actions destinées à améliorer les conditions de travail dans l'Entreprise. Les opinions émises dans le cadre du droit défini au présent titre, par les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement.»

Pour les entreprises occupant au moins 200 salariés le texte réserve aux accords négociés entre employeurs et organisations syndicales, la définition des modalités d'exercice du droit à l'expression et oblige les employeurs à engager ces négociations dans un délai de 6 mois à compter de la promulgation de la loi.

* * *

Restent en discussion les textes, approuvés par l'Assemblée Nationale, soumis au Sénat, lequel majoritairement oppositionnel, si vous me permettez cette formule, va vraisemblablement tenter de les modifier sans aucun succès.

Quoiqu'il en soit, le temps qui m'est imparti comme la circonstance que dans l'absolu il ne s'agit que de projets, m'amène à un commentaire plus bref.

PROJET RELATIF AUX DÉVELOPPEMENTS DES INSTITUTIONS REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL:

Le nouvel Article 411-1 s'exprime ainsi:

> «Les Syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits anciens, comme des intérêts matériels et moraux tant collectifs qu'individuels des personnes visées par leurs statuts.»

Les ressortissants étrangers qui ne pouvaient accéder aux fonctions d'Administration et de Direction des Syndicats que s'ils travaillaient en France depuis au moins 5 ans, délai dont étaient dispensés les ressortissants d'un État membre de la communauté économique européenne, seront dispensés de cette condition d'ancienneté.

Les mineurs pourront non seulement adhérer au Syndicat sans autorisation paternelle, mais encore accéder aux fonctions de Direction.

L'activité syndicale sera permise même dans les Entreprises occupant moins de 50 salariés.

L'Art. L 521-1 s'exprimait ainsi:

> «La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.»

La loi votée par l'Assemblée Nationale se propose d'y ajouter l'alinéa suivant:

> «Aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés, ou d'Organisations syndicales de salariés, en réparation de dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical. Ces dispositions sont applicables aux procédures en cours.»

Juriste classique, je vois là l'encouragement indirect, mais certain, aux actions violentes et je ne puis m'empêcher de rappeler cette étonnante disposition de la Loi d'amnistie qui écartait de son bénéfice... les seuls employeurs.

La loi prévoit dans des dispositions plus logiques que les salariés sous contrat à durée déterminée et les travailleurs temporaires seront pris en compte dans l'activité de l'Entreprise pour la détermination des droits sociaux.

La vie syndicale imprègne l'Entreprise: l'Art. L 412-6 autorisait la collecte des cotisations syndicales à l'intérieur des Entreprises, mais *«en dehors des temps et des locaux de travail»*.

Cette restriction est supprimée.

L'Art. L 412-7, réglementant l'affichage des communications syndicales, prévoyait que celles-ci devaient correspondre *«aux objectifs des organisations professionnelles.»*

Le nouveau texte prévoit:

> «Le contenu de ces affiches, publications et tracts est librement déterminé par l'Organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la Presse.»

C'est, si l'on se souvient du haut degré de politisation de certaines organisations syndicales en France, la politique au cœur de l'Entreprise.

L'Art. 412-9 prévoyait la possibilité pour les adhérents de chaque section syndicale de se réunir une fois par mois dans l'Entreprise.

Il sera complété ainsi:

> «Les sections syndicales peuvent inviter des personnalités syndicales extérieures à l'Entreprise à participer à des réunions organisées par elles dans les locaux qui

leur sont affectés, ou, avec l'accord du Chef d'Entreprise, dans des locaux mis à leur disposition.

Des personnalités extérieures, autres que syndicales peuvent être invitées, sous réserve de l'accord du Chef d'Entreprise, par les sections syndicales à participer à une réunion.

Les réunions prévues aux deux alinéas précédents ont lieu en dehors du temps de travail.»

La Loi augmente le nombre des délégués syndicaux, le nombre d'heures qui leur est réservé pour se livrer à leur activité syndicale et qui sont payées par l'employeur, et rend plus difficile la procédure de contestation des élections, étend de 6 à 12 mois, la protection légale des anciens délégués au cas de licenciement.

Elle augmente le pouvoir de contrôle du Comité d'Entreprise, crée le Comité de Groupe, le Groupe étant constitué par la Société dite «dominante» et ses filiales, le Comité étant composé par le Chef de l'Entreprise dominante, assisté de deux personnes de son choix et par les représentants du personnel des Entreprises constitutives.

PROJET RELATIF À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET AU RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS DU TRAVAIL:

Elle refond la matière et crée l'obligation d'une négociation annuelle sur les salaires, et au moins quinquennale en ce qui concerne les classifications.

Elle accorde aux organisations syndicales un droit de veto absolu, dans certaines conditions, aux accords d'Entreprise ou d'Établissement qu'elle n'a pas signés.

Si l'on ne savait pas qu'elle est destinée à lutter en fait contre tel syndicat, dit «à la solde» des employeurs, cette clause paraîtrait invraisemblable: elle reste choquante.

* * *

Permettez-moi de conclure après un exposé qui, pour détaillé qu'il ait paru, n'a fait qu'effleurer les modifications pour en révéler l'esprit.

Cette évolution, en fait engagée depuis près de 10 ans, n'a débuté qu'en même temps que naissait la crise économique, même si ses derniers développements sont essentiellement le fait d'une volonté politique:

— réforme du droit de licenciement: 1973
— réforme des contrats à durée déterminée: 1979

Il fallait lutter contre le chômage en diminuant le nombre des licenciements, rendus plus difficiles et plus coûteux, en favorisant l'embauche au moyen des contrats de brève durée.

— Même volonté à partir de Mai 1981, mais dont les voies sont différentes:

Le contrat à durée déterminée n'a pas créé davantage d'emploi estime-t-on: il est limité dans ses effets.

Le travail temporaire supprime des emplois permanents et permet de frauder les lois sociales: il est asphyxié.

À cette préoccupation immédiate, la lutte contre le chômage, va s'ajouter la volonté d'accorder plus de droits aux «travailleurs», observation faite qu'en France, ce mot paraît réservé aux seuls salariés, et davantage encore aux ouvriers.

Ce sont les Lois du 6 Août 1982 et celles en préparation qui vont limiter de plus en plus la liberté du Chef d'Entreprise.

Sont-elles bonnes? Sont-elles mauvaises? La réponse est politique.

La Loi vaut d'abord par la qualité du citoyen, elle suppose son adhésion et son concours.

Respectée, elle est efficace.

Mal aimée, elle ne suscite que fraudes et voies de traverse.

Au cas de prospérité, ceux qu'elle gêne s'en accommodent.

Au cas de disette, elle mécontente les uns et les autres, pour être allée trop ou pas assez loin, selon les cas.

L'équilibre de l'Entreprise n'est pas l'équilibre social et je crois que nous ne distinguons pas assez la différence entre la liberté profonde du citoyen et celle du salarié que, par contrat, il a accepté d'aliéner partiellement et pour quelques heures par jour.

Cette harmonie dans le travail obéit à d'autres contraintes et singulièrement à celle de l'efficacité: en économie; libérale ou non, c'est la richesse de l'Entreprise qui fait celle de la Nation et en fin de compte la liberté du citoyen, car il est vrai que dans une civilisation urbaine, le pauvre n'est pas libre.

Laissons le temps filtrer cette nouvelle expérience.

À la recherche de l'équilibre, l'on appuie un peu trop alternativement sur le plateau de droite, puis sur celui de gauche, mais l'amplitude des oscillations va cependant diminuer, et puis, Juristes que nous sommes, Professeurs qui créent la doctrine, Avocats qui plaidons, n'oublions pas que demeure comme un régulateur libre de son interprétation, celui dont je n'ai pas parlé: le Juge.