HAL open science

Le droit inactivé par l'accord

François Brun, Jérôme Pélisse

To cite this version:

François Brun, Jérôme Pélisse. Le droit inactivé par l'accord. Emmanuel Dockès. Au coeur des combats juridiques, Dalloz, pp.179 - 190, 2007, 9782247069866. hal-03163433

HAL Id: hal-03163433

https://sciencespo.hal.science/hal-03163433v1

Submitted on 9 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit inactivé par « l'accord »

François Brun
Sociologue, chercheur au Centre d'études de l'emploi

Jérôme Pélisse
Sociologue, maître de conférence à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, chercheur au laboratoire Analyse et Évaluation des professionnalisations, associé au Centre d'études de l'emploi

Issue de la confrontation de deux terrains d'enquête bien différents, cette contribution s'intéresse aux conditions sociales d'activation — ou plutôt d'inactivation — du droit dans le cadre des situations de travail. Antérieurement à cette coopération, Jérôme Pelisse achevait une thèse sur la mise en œuvre des 35 heures, alors que la thématique de François Brun est plutôt centrée sur l'insertion sociale et l'immigration. Toutefois, faisant face, chacun dans son domaine, aux aléas de l'application de textes de nature juridique, l'un et l'autre en sont venus à questionner le concept d'« effectivité du droit » et à découvrir, à l'occasion d'échanges de voisins de bureau, la similitude de certaines de leurs interrogations à ce sujet. Le premier mesurait l'écart entre les accords en bonne et due forme signés par les organisations professionnelles et les régulations fondées sur l'accord informel des parties (et éventuellement la domination de l'une sur l'autre) pour laisser les accords de côté. Le second avait observé les processus d'inactivation du droit du travail dans les entreprises de confection du Sentier parisien. Dans ces deux cas de figure, la question de l'effectivité se focalisait sur celle de l'activation (ou non) du droit par des acteurs qui pouvaient trouver une forme d'intérêt à s'arranger autrement. C'est de cette convergence qu'est issue une réflexion délibérément naïve de non-juristes sur les raisons de ces formes d'inactivation et, derrière ces raisons, sur la nature des rapports sociaux, qui pouvaient, dans des circonstances très diverses, conduire des partenaires à régler davantage leurs relations sur des usages « consentis », voire des accords formels, que sur le droit.

I. CONNIVENCES DANS LE SENTIER

Il est de notoriété publique (l'Inspection du travail elle-même est la dernière à s'y tromper !) que l'économie du secteur de la confection dans le Sentier parisien repose sur la banalisation des infractions au Code du travail. Dans un contexte de très forte concurrence au niveau mondial, aggravée par l'ouverture du marché aux produits chinois dans le textile et l'habillement, il ne pourrait guère en aller autrement. Les conditions économiques induites par l'organisation du travail (sous-traitance et production à domicile, large recours à une main-d'œuvre en situation irrégulière ou précarisée par des titres de séjour temporaires) ne sont pas seules en cause. Ou, du moins, ces conditions économiques sont-elles inséparables des conditions sociologiques qui les rendent imaginables[1].

Bien entendu, au premier rang de ces conditions, figure l'obligation pour les sans-papiers de se conformer aux exigences de leurs employeurs et de se contenter des rétributions qui leur sont accordées. Pourtant, à s'en tenir aux termes du Code de travail, ils ne sont pas privés de possibilité de recours. Si l'article L. 341-6 du Code du travail indique que « nul ne peut, directement ou par personne interposée, engager, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France », l'article L. 341-6-1 stipule que « l'étranger employé en violation des dispositions de l'alinéa premier de l'article L. 341-6 est assimilé, à compter de la date de son embauchage, à un travailleur régulièrement engagé en ce qui concerne les obligations de l'employeur relatives à la réglementation du travail... ». Il précise que cet étranger a *droit*, « au titre de la période d'emploi illicite », au paiement de tous les salaires qui lui sont légalement dus, donc au moins au salaire minimum de croissance (SMIC) et, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire, au minimum. L'article L. 341-6-2 prévoit, quant à lui, que les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice les actions fondées sur ces dispositions, sans même avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé (à condition qu'il n'ait pas déclaré s'y opposer), et l'article L. 341-6-3 permet aux associations de lutte contre les discriminations constituées depuis cinq ans de saisir les syndicats pour leur demander d'exercer ces actions.

On ne s'étonnera pas que, dans le climat de peur qui les environne, ces textes n'aient qu'une portée quasiment nulle en ce qui concerne des sans-papiers qui, hors de toute autre considération, craignent évidemment de s'exposer un peu plus au risque d'une reconduite à la frontière (voire aux peines d'emprisonnement prévues pour les infractions à la loi sur les conditions d'entrée et le séjour) en prétendant faire valoir leurs droits, la représentation par les syndicats ne constituant certainement pas, à leurs yeux, une garantie suffisante. Des obstacles de même nature sub-

1. Pour plus de détails, v. F. Brun, « Usages d'entreprise et inactivation du droit du travail : l'exemple du Sentier », *Quatre pages du Centre d'études de l'emploi* janvier 2002, n° 49.

sistent pour d'autres catégories d'étrangers dépourvus de titre de travail (demandeurs d'asile et titulaires d'autorisations provisoires de séjour notamment) qui, pour n'être, en principe, passibles d'aucune sanction, n'en demeurent pas moins très vulnérables, d'autant que les juges ont une certaine propension à les assimiler (surtout s'ils travaillent à domicile) à des travailleurs indépendants, dès lors condamnables au pénal. Le versant protecteur du dispositif est largement méconnu et tellement éloigné de ce que ces étrangers ont à connaître habituellement de la justice qu'il n'est pas même imaginé.

Mais la rareté des recours contre les patrons tient manifestement à d'autres causes. En réalité, même les bénéficiaires d'une autorisation de travailler se soumettent sans broncher aux conditions habituelles d'emploi dans le secteur, caractérisées en tout premier lieu par un travail payé à la pièce. Compte tenu du temps nécessaire pour réaliser le travail et des prix fixés par les donneurs d'ordre, le salaire réel que les sous-traitants peuvent payer s'avère en moyenne sensiblement inférieur à celui du SMIC horaire, surtout pour les moins rapides. En outre, les fluctuations de la demande entraînent des variations considérables de la charge de travail. C'est pourquoi, lorsqu'une commande importante arrive, l'ensemble des travailleurs de ce secteur, quels que soient leurs statuts, est prêt à travailler 16 ou 18 heures par jour, à la fois pour être dans les délais, puisque la rapidité d'exécution est la principale exigence du donneur d'ordre, et pour gagner le plus possible, tant qu'il y a du travail.

Cependant, pour que les apparences soient sauves, une feuille de paie, sur laquelle sont mentionnés des horaires et un taux salarial des plus réguliers, est remise à l'employé. Dans les périodes de basses eaux où il ne travaille pas ou peu, celui-ci rétrocède en liquide une partie de la somme qui lui a été versée par chèque ; ou bien il reçoit un virement pour un montant inférieur à celui qui est mentionné sur sa feuille de paie (parfois, il ne touche rien). Les mois où il travaille davantage (jusqu'à plus de 60 heures par semaine), il perçoit un complément en liquide. Si, d'aventure, il touche un salaire mensuel, il arrive que les cotisations patronales soient à sa charge. Les infractions au droit du travail de toute nature sont légion. Les congés payés n'existent pas. Dans la pratique, aucune règle ne préside à l'embauche ou au renvoi d'un salarié. La période d'essai illimitée a depuis longtemps été instaurée et a largement ouvert la voie aux « innovations » du contrat nouvelle embauche (CNE).

Parfaitement au courant, les services de contrôle n'interviennent qu'à la marge. Non seulement, ils manquent de moyens, mais ils savent que, dans la majorité des cas, leurs interventions toucheront les exécutants (salariés ou petits patrons sous-traitants) plutôt que les donneurs d'ordre. Ils n'ignorent pas non plus qu'en cas de mise en demeure (ou, *a fortiori*, de poursuites), les entreprises ont la ressource de disparaître pour renaître aussitôt, sous une autre raison sociale et avec un autre gérant.

Surtout, il n'est pas douteux que l'organisation du travail est parfaitement naturalisée par les patrons, mais aussi par les salariés. Nul ne se soucie de contester le fonctionnement d'un secteur dont chacun sait, si peu au fait qu'il soit des réalités

économiques, qu'il repose sur des conditions de production concurrentielles avec celles des pays du Sud.

Si les travailleurs eux-mêmes s'y résignent, le droit a peu de chances de s'appliquer. Les juristes Antoine Jeammaud et Evelyne Serverin observent que « les règles juridiques ne sont pas, pour la plupart, *self starting*. Hormis les normes instituant les pouvoirs publics, celles qui déterminent la filiation et les statuts au sein de la famille, elles ne font rien si elles ne sont mobilisées par des sujets ou agents en fonction de leurs intérêts, de leurs intentions civiques ou du zèle qu'ils déploient dans l'exercice de leurs attributions. Elles ne procurent donc pas le résultat découlant de leur application, si les acteurs ne jugent pas opportun de les mettre en mouvement ou s'entendent — très régulièrement en droit dans bien des cas — pour ne pas le faire »[2].

Or nous sommes précisément dans le cas de figure où, les agents de l'État (contrôleurs et inspecteurs du travail au premier chef) ne faisant guère preuve de « zèle », les « intentions civiques » de l'ensemble des acteurs sont également mises à mal par la forme d'extraterritorialité que confère au secteur le recours quasi exclusif à une main-d'œuvre étrangère, recrutée sur une base communautaire, qui a en outre généralement une expérience du droit guère encourageante. Venus souvent de pays où l'exercice de la citoyenneté est rarement en mesure de s'appuyer sur l'invocation du droit et où la corruption fait parfois figure de mode de régulation des rapports sociaux[3], ils se sont heurtés dès leur arrivée à une réglementation du séjour qui s'ingénie à multiplier les obstacles à leur bonne insertion dans la société et dont l'application relève de surcroît d'un « pouvoir d'appréciation » qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer de l'arbitraire. C'est ainsi qu'a pu se constituer, au cœur même de la capitale, une « infra-société » où c'est en quelque sorte une forme d'« infra-droit » qui « fait la loi » : les « intentions civiques » n'y ont pas beaucoup de place.

Quant aux « intérêts » susceptibles d'inciter à la mobilisation du droit, il n'apparaît pas que les dits « intéressés » les détectent clairement. Tout concourt au contraire à leur faire accepter les usages de la profession qui, pour n'être pas légaux, n'en sont pas moins intégrés comme autant de normes. En premier lieu, les dépassements d'horaire permettent, en augmentant les gains, de rembourser aussi rapidement que possible la probable dette de l'émigration et, dans une perspective d'avenir, de commencer à se constituer un capital afin d'être soi-même un jour « son propre patron ». Quant à l'élévation des usages au rang de normes, elle ne serait certainement pas concevable sans une compréhension qui, au-delà de l'appartenance communautaire (le courant peut également passer entre deux communautés aussi différentes que les Turcs et les Chinois) doit beaucoup à la proximité sociale des employés et de leurs patrons.

2. A. Jeammaud et E. Serverin, « Évaluer le droit », *D*.1992. Chron. 263-268
3. Nous pensons d'abord aux Chinois.

II. ACCORD ET DOMINATION

Les employeurs ont en général travaillé aux mêmes postes que leurs salariés. Ils ont souvent été eux-mêmes sans-papiers et partagent en tout cas une expérience de l'immigration, sur laquelle se fonde largement l'enfermement communautaire, qui est d'abord celle de la difficulté de l'accès aux droits (en dépit du Droit) et d'une commune altérité. Les profils sociologiques des uns et des autres sont souvent proches, l'émigration étant favorisée par la possession d'un capital social et culturel, voire financier et leur logique de migrants étant d'emblée davantage une logique de pionnier ou « d'entrepreneur » que de salarié. Le salariat apparaît souvent comme un statut transitoire plus ou moins dévalorisé au regard des attentes, et les droits du salarié apparaissent d'autant moins comme une cause à défendre que les syndicats qui pourraient la porter sont mal implantés. En revanche, l'intérêt du patron que l'on espère devenir un jour est bien compris.

Au demeurant, ce qui est aussi bien compris, c'est que le « patron », celui auquel l'employé a affaire quotidiennement, est lui-même, du fait de la « loi » implacable de la sous-traitance, dans une situation de forte dépendance, d'exposition aux risques et de précarité, notamment quand il travaille seulement pour un (ou deux) fabricant(s) qui lui impose ses prix et ses délais. Lorsqu'il endosse un statut d'indépendant, ses marges sont ainsi en réalité fixées par le donneur d'ordre qui lui verse ainsi l'équivalent d'un salaire. Aussi bien n'est-il souvent que le « gérant » salarié d'une société à responsabilité limitée (SARL) dans un secteur qui se caractérise par le taux de mortalité extrêmement élevé des entreprises.

La connivence employeurs/employés est dans ces conditions suffisamment bien assumée pour que les conflits soient **rares** et en principe réglés en interne. Le recours aux prud'hommes est **rare** et peut même être perçu comme une sorte de rupture du contrat moral s'il s'agit de demander à toucher la somme figurant sur la feuille de paie alors même que l'on sait devoir être payé à la pièce. Cela suppose évidemment que, une fois établi l'accord sur les règles, la loyauté soit partagée : même si le patron fait état de difficultés pour différer le paiement d'un salaire, il devra en fin de compte payer ce qu'il aura promis. Dès lors, le Droit ne sera pas mobilisé puisque chacun a toutes les raisons de ne pas le faire.

Pour autant, le rapport de domination entre employeur et employé ne disparaît pas totalement. On voit d'ailleurs mal, sinon, pourquoi les salariés conserveraient leur aspiration à la création d'entreprise. Être patron, c'est avoir pour l'extérieur (la famille restée au pays par exemple) un statut social, des perspectives de développement plus ou moins crédibles, la possibilité de se dire (de se croire ?) son « propre patron ». Être salarié, c'est, à des degrés divers (avec un système de contraintes plus fort pour le sans-papier et maximal pour celui qui travaille à domicile), subir plus que déterminer les termes d'un « accord » **sur les normes applicables** qui n'est jamais **par ailleurs** que la traduction d'un rapport de forces.

Les immigrés ont d'ailleurs bien d'autres occasions de le découvrir.

Objet de méfiance ou de réserve, l'immigré est souvent soupçonné de prendre le travail des ressortissants du pays d'accueil, d'être venu pour « profiter » des prestations sociales, d'être peu disposé ou incapable de « s'intégrer », voire d'être un délinquant en puissance. Il est donc fréquemment porté à faire profil bas, à viser une forme d'invisibilité ou d'effacement[4]. Cette posture paradoxale conduit à se maintenir dans les zones d'ombre où la loi n'est pas prise en compte plutôt que de revendiquer ses droits, à la lumière du droit. On préférera ainsi continuer souvent à occuper un emploi dans la confection, mais aussi le bâtiment, la restauration ou les divers services dans lesquels les atteintes au droit du travail sont constantes, plutôt que de s'inscrire aux ASSEDIC pour « toucher le chômage » : c'est aussi une question d'image. Et, de fait, un immigré qui rend des petits services en travaillant au noir, qu'il s'agisse de ménage, de garde d'enfant ou de plomberie est sans doute regardé avec plus de sympathie que l'immigré chômeur ou RMIste et en quête d'emploi... au demeurant suspect *a priori* de travail au noir !

Dans ces conditions, on peut gager que l'étranger risque de se montrer moins gourmand que le Français lorsqu'il s'agira de *s'entendre* sur un tarif, voire moins insistant pour se faire payer en temps et heure. En somme, les termes et les conditions d'application de cet accord conclu à l'écart du droit sont largement tributaires du rapport de domination plus ou moins marqué entre les parties : éclatant s'il s'agit d'un sans-papier qu'on a toujours la ressource de menacer d'une dénonciation, plus subtil s'il s'agit d'une titulaire d'une carte de dix ans qui a du mal à trouver un emploi régulier. Bien entendu, la remarque ne concerne pas que les immigrés, dont la situation offre un miroir grossissant de l'ensemble des rapports de domination qui structurent la société, tant il est évident que les conditions d'emploi que chacun sera prêt à accepter seront fonction de sa propre vulnérabilité. En l'espèce, il s'agit bien d'une soumission aux principes du « marché », encore un mot dont la polysémie, entre « accord » et « détermination par la *loi* de l'offre et de la demande » donne à réfléchir.

III. LE TEMPS DE TRAVAIL : DES SIMILARITÉS

Dans le domaine du *temps de travail*, malgré ou peut-être à cause des 35 heures, un constat similaire à celui dressé à propos des travailleurs étrangers peut être effectué. Tout d'abord parce qu'il est également connu que certains secteurs s'affranchissent, dans ce domaine-là, de la majorité, sinon de la totalité des règles censées s'appliquer : les responsables patronaux du transport routier de marchandise ont pu revendiquer publiquement, il y a une dizaine d'années, le non-respect de la loi au nom « des spécificités culturelles de la profession » et d'une organisation du secteur qui

4. V. notamment A. Sayad, *La double absence. Des illusions aux souffrances de l'immigré*, Éditions du Seuil, 1999.

rappellent les arguments évoqués pour l'économie du Sentier[5]. Certes, ce constat est plus nuancé et les situations et pratiques concernées moins dramatiques que dans le cas des travailleurs sans papiers. Mais le dépassement des durées maximales, les astreintes non reconnues, les heures supplémentaires non payées ou le non respect systématique des délais de prévenance font éclater la notion de « temps de travail », au point qu'elle en perd sa consistance et son sens, alors même que ces pratiques et cette dissolution ont, pour certains salariés, des conséquences désastreuses sur leur vie quotidienne[6].

La subordination temporelle — et c'est particulièrement vrai de nombreux ouvriers et plus encore d'ouvrières — a ainsi pu parfaitement s'accroître en même temps que se réduisait la durée du travail[7]. C'est bien le cas lorsque des salariés travaillent moins longtemps dans l'année — les pointeuses et comptes d'heures annuels l'attestent — mais restent plus longtemps à disposition de leur entreprise, sous le coup d'une commande imprévue et urgente, sans savoir quand et combien de temps ils devront travailler, pour effectuer des heures supplémentaires[8]. Celles-ci ne sont d'ailleurs plus qualifiées ni rémunérées comme telles, et cette fois tout à fait légalement dans le cadre des clauses de modulation qui se sont largement diffusées au moment du passage aux 35 heures.

Sans s'attarder ni développer un tel constat relatif au non-respect fréquent, voire systématique, de nombreuses « petites » règles de droit aux conséquences importantes sur la vie quotidienne des personnes, dans une période où le temps de travail a été au centre de l'action publique, on peut noter son caractère plus inattendu que dans le cas des travailleurs sans papiers : le passage aux 35 heures n'a-t-il pas été *négocié* — le gouvernement imposant et simultanément incitant bien plus à ces négociations qu'à un passage automatique et formel aux 35 heures qui ne désignent que la durée légale ? Le modèle idéal dessiné par la loi reposait sur des réorganisations de l'activité productive au niveau des entreprises, où il s'agissait d'échanger réduction effective du temps de travail et création d'emplois contre modération salariale, aides financières et adoption de dispositifs de flexibilité dérogatoires (modulation du temps de travail, forfait jours pour les cadres, etc.), accessibles uniquement sous condition d'accords négociés. L'un des postulats implicites de ce modèle, qui prenait la suite de nombreuses expérimentations et s'inscrivait dans une évolution plus générale de l'action publique (qu'on la nomme institutionnalisa-

5. V., P. Mauny, « Les frontières du temps de travail des agents de convoyage des transports routiers de marchandise : quant l'illégal devient la règle », communication à la 6e journée du Centre lillois d'études et de recherches sociologiques et économiques (Clersé), juin 1998.

6. Bien entendu, la dissolution de la notion de « temps de travail » n'a pas le même sens ni les mêmes conséquences pour les avocats d'affaire salariés des grandes firmes que pour les employées de sous-traitants en logistique, travaillant pourtant dans le même secteur d'activité des « services aux entreprises ».

7. V. J. Pélisse, *À la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures*, doctorat de sociologie, Université Marne-la-Vallée/CEE, 2004.

8. C'est ici une mauvaise gestion de la modulation du temps de travail, et plus précisément le non-respect des délais de prévenance, qui ouvre ce type de conséquences.

tion, procéduralisation ou contractualisation) était ainsi qu'un droit négocié par les acteurs les plus directement concernés (les salariés, via leurs représentants syndicaux ou mandatés dans leur entreprise, et les directions d'entreprise) serait plus « adapté » et donc « mieux » appliqué.

Finis les accords interprofessionnels introuvables (1978, 1984) ou inappliqués (1989, 1995) et les lois qui n'incitaient qu'une poignée d'entreprises (1982, 1993) ou guère plus (1996) à échanger réduction contre aménagement du temps de travail ! Désormais, c'est au plus près de l'activité productive que les « partenaires sociaux » allaient pouvoir, sinon devoir, s'entendre pour assurer conjointement l'amélioration de la compétitivité des entreprises, des conditions de vie et des créations d'emploi. Logiquement, cette remise à plat négociée des normes du temps de travail allait permettre de stabiliser un régime légal de la durée du travail à la fois surréglementé et dérégulé par vingt années d'actions législatives et de négociations avortées. L'inapplication quasi généralisée d'une bonne part de la réglementation, constatée au milieu des années 1990 par les inspecteurs du travail, reculerait enfin. Le développement d'un droit conventionnel, proche et ajusté aux situations productives particulières, en lieu et place (et même quand c'est sous l'impulsion) du droit législatif, lointain, tutélaire et inadapté ne permettrait-il pas d'assurer les conditions sociales de son activation ?

Force est de constater qu'il n'en a rien été dans les pratiques, tout au moins dans un certain nombre d'environnements sociaux, qu'il convient, comme pour les travailleurs sans papiers, d'explorer plus avant. Loin de nous, en effet, l'idée de généraliser par trop ce constat paradoxal d'une inactivation renforcée du droit du temps de travail à la suite des 35 heures : il est bien des ateliers, usines et bureaux, où la formalisation juridique impliquée par la négociation et la signature d'accords sur les 35 heures a *juridicisé* les relations sociales, restauré le rôle du Code du travail comme référence pour les actions, transformé des rapports quotidiens au droit en rendant d'anciennes et souvent de nouvelles règles moins lointaines aux yeux des salariés. Mais, d'une part, il est bien d'autres lieux où ce processus n'a pas eu lieu, soit qu'il n'ait pas été d'actualité pour les travailleurs, soit qu'il ait rencontré des conditions sociales trop défavorables. Et d'autre part, cette extension du droit comme référence pour les actions n'est en rien une condition suffisante pour son activation, dans une enceinte judiciaire ou non.

IV. L'IMPORTANCE DU COLLECTIF

Tentons maintenant d'approfondir ce qu'ouvre la comparaison entre travailleurs sans papiers et économie du Sentier d'une part, mise en œuvre des 35 heures et inactivation quotidienne du droit dans un certain nombre d'entreprises d'autre part. En effet, l'un des points de rencontre entre nos deux terrains — outre le contexte de l'activité de travail qui se prête bien à l'expression de rapports de force (que les rela-

tions plus ou moins marquées de domination et de soumission soient dissimulées ou régulées par des compromis et des accords) — réside dans la réflexion à laquelle ils nous conduisent sur les conditions sociales d'activation du droit. De ce point de vue, on observe qu'en ce qui concerne le contrôle du temps de travail, les *intentions civiques* ou le *zèle* des agents chargés de contrôler la réglementation ne parviennent pas mieux que dans le cas des travailleurs sans papiers à modifier les comportements (comme ils peuvent le faire pour la sécurité d'une installation qui, une fois changée, garantit davantage l'application du droit), dans la mesure où, au-delà même de la complexité croissante des contrôles, ils peinent également à faire valoir leur légitimité[9]. Qu'en est-il donc du côté des *intérêts* des parties qui, négociant les règles réduisant et aménageant la durée du travail et produisant le droit, étaient les mieux placées pour en activer la teneur normative ?

Tout comme des formes d'« accords » ont pu être repérées autour des sans-papiers et des travailleurs étrangers, il faut insister sur l'existence généralisée, dans le domaine du temps de travail, de régulations informelles, plus ou moins stabilisées sous formes de « droits internes d'entreprise » et, à nouveau, d'usages « consentis » par les uns et par les autres, qui constituent l'arrière-fond social d'une inactivation fréquente, et parfois systématique, de certaines règles juridiques. Christian Morel avait souligné la portée, il y a une trentaine d'années, de ces règles, coutumes et usages qui prenaient le relais d'un droit lointain, rigide et ancien, principalement codifié, à l'époque, par les accords de branche et les décrets de 1936. Il analysait alors « les problèmes propres à tout droit, notamment l'effet des précédents et les relations entre les usages locaux et le droit central, [donnant] à la négociation dans l'entreprise une structure spécifique »[10].

S'il peut paraître étonnant, dans le contexte des 35 heures, de retrouver un constat similaire alors que les règles sont désormais négociées au plus près et par les parties elles-mêmes, on peut cependant l'expliquer, d'une première manière, par la transformation des rapports sociaux qui y sont sous-jacents. De quelles « parties » parle-t-on en effet ? Christian Morel décrivait une « grève froide » et un jeu qui se déroulaient entre *acteurs collectifs constitués*. La situation n'est pas la même aujourd'hui bien évidemment, et pas seulement du côté des salariés (il est parfois bien difficile, y compris juridiquement, de nommer des responsables du côté patronal !). Certes, il existe bien des parties (des cadres de direction, des syndicalistes ou des salariés mandatés par un syndicat), signataires d'accords et productrices d'une légalité textuelle, mais la légitimité de ces acteurs et de ces processus de négociation — qui n'en ont parfois que le nom — est loin d'être garantie auprès des cadres intermédiaires ou des salariés qui ont ensuite à interpréter et se saisir de ces règles, dans un contexte d'individualisation plus forte et de fragilisation des collectifs de travail.

---

9. V., J. Pélisse, « Inspecteurs et jeux d'acteurs : les avatars du contrôle du temps de travail depuis les années 70 », *in* J.-P. Le Crom (dir.), *Les acteurs dans l'histoire du droit du travail*, PU Rennes, 2004, **p. ???.**

10. V., C. Morel, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc*. 1979, n° 7-8, **p. ???** et *La grève froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal*, Éditions Octarès, 1994 [1980].

De ce point de vue, la situation des travailleurs sans papiers n'apparaît plus que comme un cas limite dans lequel l'inactivation du droit, y compris au plan individuel, est renforcée, en dehors de toute autre considération, par leur difficulté à faire admettre la légitimité des collectifs qui portent leurs demandes : les associations (ou les syndicats) ne peuvent faire au mieux que les représenter ; tandis que les *collectifs* de sans-papiers proprement dits doivent sans cesse reconquérir par la lutte (manifestations, grèves de la faim, etc.) la reconnaissance d'une légitimité, dont le rapport avec la légalité est pour le moins flou : c'est ainsi que les négociations entre parties donnent lieu à des scènes surréalistes, quand, à l'entrée d'une préfecture ou du ministère de l'Intérieur, les soutiens français doivent montrer une pièce d'identité, alors que les délégués des sans-papiers passent… sans papiers.

V. RÈGLES SOCIALES ET RÈGLES JURIDIQUES

Au-delà des difficultés de réalisation de cette première condition — l'existence d'un contexte vécu et perçu comme *collectif* par la partie qui *aurait intérêt* à l'activation du droit[11] — une autre raison peut être avancée pour expliquer la mise à l'écart du droit (d'autres pourraient l'être comme la méconnaissance). « Exploser » son compteur d'heures, venir travailler tous les matins pendant ses quinze jours de congés, ne pas se plaindre d'une semaine haute de 44 heures annoncée le lundi midi en raison d'une commande imprévue, accepter de faire des heures non comptabilisées et non payées, représentent autant de pratiques finalement supportées parce qu'elles renvoient les salariés à ce qui leur apparaît plus ou moins conforme à leurs intérêts : améliorer ses revenus ; éviter une charge de travail jugée insurmontable au retour des « vacances » ; sauver son emploi, dont on imagine qu'il dépend de la satisfaction permanente et totale du client ; montrer son investissement dans le travail, voire revendiquer une position sociale en ne comptant pas ses heures. Bref, on entre dans un jeu social, inscrit dans un donnant/donnant, certes asymétrique, mais où les intérêts sont calculés au détriment du droit lui-même. La référence que constituent les règles juridiques est remplacée par d'autres règles, sociales, qui se construisent dans les angles morts ou même en dehors du droit, à partir de connivences fondées sur le partage d'expériences communes ou la légitimité de relations hiérarchiques, dans le cadre de trajectoires et de contextes professionnels qui sont indissociables de rapports à l'emploi et au travail, au temps et au droit lui-même[12].

---

11. Les recours individuels faisant suite à un licenciement, où le recours au droit ne sert qu'à « vidanger » une relation déjà finie, ne sont donc pas au centre, ici, de cette « condition » en matière d'activation du droit… même si ces recours individuels prennent en réalité très souvent place dans des contextes collectifs.

12. V., D. Cru qui étudie les idéologies défensives de métier contribuant au refus des mesures légales de sécurité chez certains ouvriers du bâtiment (« Les règles du métier », *in* C. Desjours, *Plaisir et souffrance dans le travail*, AOCIP, 1987, p. ???). V. aussi J. Pélisse, « Consciences du temps et consciences du droit chez des salariés à 35 heures », *Droit et société* 2003, n° 53, p. ???.

Mais y-a-t-il vraiment lieu de distinguer règles juridiques et règles sociales ? Comme le souligne Jens Thoemmes : « il n'y a pas d'un côté l'ordre juridique formel et abstrait dans un univers pacifié, et de l'autre l'ordre social concret et contradictoire connotant un univers conflictuel. La règle juridique est bien le théâtre de disputes ; avant d'être une règle, elle constitue l'enjeu où l'emporte l'une ou l'autre des rationalités en présence [...]. Plutôt que de distinguer la composante juridique de la composante sociale de la norme, il faut accorder une attention extrême aux acteurs, à leurs projets, à leur mode d'action, aux régulations qu'ils suscitent comme aux manières de "faire" ou de "défaire" le temps de travail en situation »[13].

*
* *

Qu'il s'agisse des sans-papiers ou du temps de travail des salariés, ces acteurs, avec leur diversité, leurs intérêts et leurs antagonismes, reviennent au centre du propos. Ce n'est pas un hasard pour qui veut comprendre comment des « accords » et des usages « consentis » peuvent contribuer à mettre à l'écart ou à inactiver, plus ou moins complètement, le droit, cet horizon ambigu, simultanément constitutif et instrumental, à la fois outil général de description et de qualification des rapports sociaux et arme sociale susceptible de régler leur teneur conflictuelle. L'acteur étatique n'est d'ailleurs pas oublié de la scène — comment pourrait-il l'être tant le droit est d'abord et avant tout le langage de l'État ? — comme on l'a rappelé en évoquant les difficultés du *zèle* ou des *intentions civiques* que ses mandants (mais pas seulement eux) ont en charge de porter, au-delà des *intérêts* des parties, et qui pourraient déclencher l'activation du droit. Il est donc paradoxal que *le droit*, censé légitimement garantir *des droits*, ne soit pas nécessairement activé, quel que soit l'intérêt apparent des parties. Face aux irrationalités multiples et croissantes que rencontre, exprime, voire accroît lui-même, ce *droit* — la complexité formelle des règles du temps de travail et la situation dramatique des travailleurs sans papiers l'attestent — la vieille tension entre légalité et légitimité — que Max Weber pensait résoudre par le développement d'un droit légal-rationnel — n'est-elle pas en voie de réactivation ?

Si l'on peut penser que les maîtres du jeu y trouvent leur compte, dans la mesure où l'inactivation du droit les aide à perpétuer une domination que limiterait l'accès aux droits des dominés, il est quand même frappant que ces derniers n'utilisent pas davantage cette arme. L'explication selon laquelle ce serait précisément leur position qui ne leur permet pas d'y avoir recours, pour toutes sortes de raisons (financières, culturelles, voire juridiques), ne nous paraît pas suffisante. Il faut bien admettre que la soumission à un ensemble de règles habituelles qui incarnent une légitimité construite contre la loi (ou en dehors d'elle) peut, en quelque sorte,

13. J. Thoemmes, « La construction du temps de travail : normes sociales ou normes juridiques ? », *Droit et société* 1999, n° 41, p. 32.

être naturalisée. Les rapports qui s'instaurent perdurent alors, parce que, faute d'être rigoureusement *normée*, la situation apparaît *normale* ou dans *l'ordre* des choses. En fin de compte, le droit ne serait pas convoqué lorsque prévaut l'impression que, chacun faisant à sa place ce qu'il à faire, chacun est, tout simplement, dans *son* droit.