



La légitimité limitée du 'dialogue social' comme mode d'action publique

Jérôme Pélisse

► To cite this version:

Jérôme Pélisse. La légitimité limitée du 'dialogue social' comme mode d'action publique : Analyses autour des 35 heures et de leur "échec". Laurent Duclos; Guy Groux; Olivier Mériaux. Les nouvelles dimensions du politique. Relations professionnelles et régulations sociales, LGDJ Lextenso éditions, pp.231 - 246, 2009, 9782275028224. hal-03459892

HAL Id: hal-03459892

<https://sciencespo.hal.science/hal-03459892>

Submitted on 13 Apr 2022

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NoDerivatives 4.0 International License

La légitimité limitée du dialogue social comme mode d'action publique.

Analyses autour des 35 heures et de leur « échec »*

Si le niveau européen représente aujourd'hui une voie d'accès privilégiée pour étudier la légitimité du dialogue social comme instrument d'une politique publique ou comme espace de production d'un droit social européen, rien n'interdit de s'interroger, dans le cadre d'une action publique purement nationale – et ô combien décriée pour cette raison – sur les manières dont peuvent s'articuler démocratie sociale et démocratie politique. Au contraire même : la réduction légale de la durée du travail initiée en France à la fin des années 90 représente une politique publique au cœur des interrogations de cet ouvrage. Le processus enclenché par la décision du gouvernement Jospin le 10 octobre 1997, et son actualité toujours renouvelée, n'appelle-t-il pas à une réflexion sur les vertus et les limites du dialogue social comme instrument d'une action publique négociée ?

Une interrogation particulière structurera ici le propos : celle de la *légitimité* de ce « dialogue social » comme mode d'action publique. Le recours à la négociation, dans le cas des lois Aubry, était en effet censé garantir l'efficacité et la légitimation d'une action publique décidée d'en haut. Car, plutôt que d'appliquer simplement une nouvelle durée légale, il s'agissait d'en négocier les modalités, et, par là d'en garantir et d'en légitimer son appropriation par les acteurs. Mais le ressort légitimant la réduction de la durée légale réside-t-elle dans le fait qu'elle soit négociée ? La négociation assure-t-elle, pour les différents acteurs, une légitimité supérieure à celle qui consiste à se mettre en conformité avec des règles légales décidées par la puissance publique ? Au-delà, la légitimité d'un processus négociée, qui porte avant tout sur les *procédures* de construction des normes, assure-t-elle leur légitimité *substantielle* et leur application ?

Expliquer la décision politique prise par le gouvernement Jospin en octobre 1997 (I), analyser le processus législatif, du premier texte de loi voté en 1998 (II) au second en 2000 (IV), en passant par les stratégies qu'a suscité la période de négociation intermédiaire (III) et proposer enfin des hypothèses sur l'illégitimation de l'action publique considérée par beaucoup comme l'une des dimensions explicatives du résultat des élections du 21 avril 2002 au soir (V), constitueront les moments de cette réflexion. On soulignera alors la légitimité limitée du dialogue social comme mode d'action publique, et la reconfiguration du droit et ses

* Jérôme Pélisse, MCF à l'Université de Reims, membre du laboratoire AEP, associé à l'IDHE Cachan.

effets, entre légalisation des pratiques et légitimation de valeurs managériales, qui a accompagné le cycle législatif initié en 1997 et toujours ouvert aujourd'hui.

Méthodologie et terrains empiriques

Issu d'une thèse de sociologie soutenue en 2004¹, cette contribution se fonde empiriquement sur six années d'étude des processus de réduction du temps de travail. Les processus de négociation puis de mises en œuvre des accords ont été étudiés dans une douzaine d'entreprises de taille (de 28 salariés à 4000), secteurs d'activité (de l'appareillage électrique au transport, en passant par la logistique ou la comptabilité d'exploitation d'agricole), et localisations variées, ayant signé des accords de réduction du temps de travail (accords dits Aubry I) en 1998 ou début 1999. Cette phase évaluative a été complétée notamment par l'analyse de la production de la loi, des modes de contrôles du temps de travail ou des contestations d'accords 35h.

1. D'une mise sur l'agenda permanente à une décision autoritaire du politique

La mise sur l'agenda des 35 heures en France débute près de vingt ans avant les lois Aubry. Dès 1978 en effet, alors que les syndicats (notamment la CFDT) revendiquent une réduction de la durée du travail créatrice d'emploi et le patronat un aménagement et une flexibilisation de l'organisation des temps de travail, le gouvernement impulse une première grande négociation interprofessionnelle sur ce thème². Débouchant tardivement et dans un contexte particulier sur un accord interprofessionnel en 1981, ces négociations portent autant *sur* le cadre légal que *dans* le cadre légal³. Elles contribuent à ouvrir le régime juridique du temps de travail jusqu'ici encadré uniquement par l'Etat et ses décrets. Ainsi, les lois Auroux de 1982, reprenant cet accord interprofessionnel, créent des contingents d'heures supplémentaires qui ne requièrent plus l'autorisation de l'inspection du travail mais aussi des facultés de dérogation qui permettent aux partenaires sociaux de se doter de règles moins favorables que la loi, en particulier via des accords de modulation⁴. Cependant, dès la mi-1982, le mouvement de négociations que souhaitaient impulser cet accord interprofessionnel et les ordonnances de février diminuant la durée légale à 39h se bloque autour de la question

¹ Jérôme PELISSE, *A la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures*, Doctorat de sociologie, Université Marne la Vallée, décembre 2004.

² Voir Jacques FREYSSINET, *Le temps de travail en miettes*, Paris, Les Editions Ouvrières / l'Atelier, 1997.

³ Selon l'expression d'Alain SUPIOT, « La réduction conventionnelle de la durée du travail », *Droit social* n°6, 1981.

⁴ Inventée en 1982, complexifiée en 1987 et 1993 avant d'être unifiée par la seconde loi Aubry, la modulation est un dispositif qui doit être négocié au niveau de l'entreprise et éventuellement de la branche, et qui permet à l'employeur de faire varier collectivement les durées hebdomadaires de travail sans imputer ni majorer les heures effectuées au-delà de la durée légale sur le contingent conventionnel d'heures supplémentaires, à condition qu'en fin de période de référence (le plus souvent l'année), la durée hebdomadaire moyenne ne dépasse pas la durée légale.

de la compensation salariale. S'ouvre alors une période de tensions et de balancement constant, au gré des négociations et d'une législation toujours plus complexe et touffue, scandée, tous les deux ou trois ans, par de nouveaux dispositifs incitant à la réduction du temps de travail et/ou autorisant son aménagement⁵. Simultanément le temps partiel se développe et, suite à la loi Séguin de 1987, le niveau où sont édictées les règles se déplace des branches aux entreprises.

La réduction collective de la durée du travail opère un retour médiatique au milieu des années 90 qui se traduit dans l'action publique à travers l'article 39 de la loi quinquennale de 1993, puis la loi Robien en 1996⁶. Les partenaires sociaux ne sont pas non plus inactifs durant ces années : en 1989, plusieurs d'entre eux signent un accord interprofessionnel sur le sujet, de même qu'en 1995, à une majorité plus forte puisque seule la CGT refuse de le signer. La mise sur l'agenda quasi constante de la RTT s'est cependant accompagnée de son échec tout aussi permanent, qu'il s'agisse des dispositifs publics ou des négociations de branches incitant les entreprises à réduire la durée du travail. Les lois de 1993 et, dans une moindre mesure, 1996, tout comme les accords de 1989 et 1995, en sont des exemples frappants, même si en matière de flexibilité, l'échec est moins patent⁷.

Dans un contexte de chômage très élevé (plus de 12%), de panne des négociations et de démarrage très lent du dispositif Robien, l'arrivée surprise de la gauche au pouvoir en juin 1997 ouvre une conjoncture politique relativement « fluide », qui rend probable une nouvelle intervention gouvernementale ou parlementaire dans ce domaine. Celle-ci s'inscrit néanmoins dans un contexte particulier, que rappelle le Directeur des Relations du Travail de l'époque :

« Ce qui a été déterminant, c'est la volonté du premier ministre de tenir ses engagements. (...) [Cette] volonté d'imposer une réforme sur les 35 heures s'inscrit dans un climat de revanche ou de réhabilitation du choix politique face aux pesanteurs technocratiques et aux déterminismes économiques. C'est l'affirmation que le politique peut tracer une voie, et y rester fidèle (...). On ne peut pas bien comprendre ce qui s'est passé ensuite, début octobre, la fameuse conférence de Matignon, la rupture avec le CNPF, sans avoir cette grille au fond très politique, au sens de la place du politique par rapport à un certain complexe économique et social » (entretien, 9 octobre 2002)⁸.

⁵ Voir Catherine BLOCH-LONDON et Pierre BOISARD, « L'aménagement et la réduction du temps de travail », *Données sociales*, La documentation française, 1998.

⁶ Ces deux dispositifs résultent d'ailleurs d'initiatives parlementaires montrant comment le retour de la réduction collective du temps de travail comme moyen de lutte contre le sous-emploi résulte d'une pression démocratique, plus que technocratique, portée par les députés, y compris de droite.

⁷ Même si la modulation n'est que très peu adoptée par les entreprises, la flexibilité s'est largement développée dans les décennies 80 et 90, principalement de manière illégale (non paiements d'heures supplémentaires par exemple), ou via la durée des contrats de travail (temps partiels imposés, CDD, intérim).

⁸ Malgré le risque de reconstruction qui lui est attaché, la réflexivité et la liberté de ton de l'ancien Directeur des Relations du Travail ont fait de cet entretien une source précieuse pour l'analyse.

2. La première loi Aubry, entre injonction et incitation

Cette volonté politique se manifeste par le maniement d'un outil peu usité : la durée légale du travail, qui viserait à contraindre autoritairement les employeurs à lutter contre le chômage, en prenant acte du blocage constant des négociations depuis vingt ans. L'étude attentive de la première loi Aubry montre que cette idée de contrainte doit être relativisée, dans un domaine où les partenaires sociaux ont acquis des libertés significatives pour fixer eux-mêmes leurs propres règles. En 1998, le cadre juridique qu'établit la loi est incitatif même s'il fixe à terme une échéance impérative. En outre, il est bien plus ouvert et ambigu que ce que le sens commun en a retenu, comme le montre l'évolution de la notion de durée du travail effectif : malgré les tentatives de parlementaires de gauche auxquelles s'est opposé le gouvernement, elle sort en effet pratiquement inchangée du processus législatif⁹. En autorisant une déconnection entre temps soumis à limitation légale et temps rémunéré, et en laissant par là une marge de jeu importante aux négociateurs dans la manière de compter le temps de travail, les règles de droit imposant le passage des 39h aux 35h ouvrent la possibilité de le faire... sans réduire d'autant la durée du travail. Il suffit de changer la définition des temps effectivement travaillés (par exemple en « sortant » les temps de pause ou les jours fériés du temps de travail effectif) pour que les salariés puissent s'entendre dire qu'ils travaillaient déjà 36 ou 37h, et qu'en conséquence, ils ne doivent réduire leur durée du travail hebdomadaire que d'une ou deux heures pour se conformer à la nouvelle durée légale. En outre, la durée légale n'est qu'un seuil : aucune entreprise n'est contrainte de réduire la durée effective, mais seulement de payer des heures supplémentaires à un tarif majoré au-delà de la nouvelle durée légale¹⁰. La contrainte impliquée par la loi du 13 juin 1998 est donc toute relative et ambiguë.

Par sa construction en deux temps (une loi incitative qui fixe une nouvelle durée légale à une échéance rapprochée et une loi balai qui établira le nouveau régime légal en tenant compte des négociations intermédiaires) et à « double détente » (une loi qui manie le registre légal impératif mais qui enjoint de négocier pour s'appliquer), la réaffirmation du politique n'est donc en rien un retour à l'étatisme qui, déjà, ne marquait plus l'action socialiste du début

⁹ Voir Pierre BOISARD, « Genèse et transformation de la notion durée de travail effectif », *Document du travail CEE* n°36, 2005.

¹⁰ L'existence de contingents légaux d'heures supplémentaires oblige a priori les employeurs à diminuer la durée effective moyenne annuelle de travail... sauf si ces contingents sont relevés significativement, ce qu'obtiendront souvent les organisations patronales lors des négociations de branche. En outre, ces contingents légaux ou conventionnels sont peu respectés et mal contrôlés par les inspecteurs du travail, en raison des difficultés à établir des PV dans ce domaine, des faibles sanctions prononcées par les tribunaux ou des arrangements fréquents entre employeurs et salariés à ce sujet. Voir Jérôme PELISSE, « Inspecteurs et jeux d'acteurs. Les avatars du contrôle du temps de travail depuis les années 70 », in Jean Pierre LE CROM (sous la dir.), *Les acteurs dans l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004.

des années 80 en matière de temps de travail. Car l'action publique décidée en 1997 s'inscrit bien dans la continuité du changement de référentiel qu'une petite équipe, autour de B. Bruhnes et d'experts proches de la deuxième gauche, avait impulsé en 1981, mais qu'ils avaient échoué à faire adopter par la majorité de gauche en 1982. Ce référentiel « solidariste » plutôt que « progressiste », pour reprendre les catégories forgées par P. Mathiot¹¹, repose sur des *procédures* - la négociation de branche et mieux d'entreprise, c'est-à-dire la construction de compromis locaux – et des *éléments substantiels* identifiées dès la fin des années 70 dans les instances du Plan et ensuite affinées par des économistes. Réduction franche des durées travaillées et aménagement flexible des temps de travail devaient ainsi permettre, en étant associés à une baisse des salaires réels (par diminution, gels ou modération salariale) et des gains de productivité obtenus par une réorganisation des entreprises, une création d'emploi maximale et durable. L'Etat devait également contribuer à la construction de ces compromis en rétrocédant les économies qu'il réaliserait avec la baisse massive du chômage qui devait en résulter, sous forme d'aides financières aux entreprises adoptant ce modèle vertueux¹².

Il s'agissait donc d'impulser un mouvement, plus que d'appliquer simplement une nouvelle norme décidée d'en haut. C'est bien plus une injonction à se pencher *de manière négociée* sur le problème de la création d'emploi via une réflexion sur l'organisation du temps de travail, qu'une contrainte obligeant les entreprises à diminuer effectivement leur durée du travail qu'organise la loi en juin 1998. Pour autant, l'instrumentalisation du dialogue social par le gouvernement est patente. Le dispositif incitatif entend guider la manière dont les acteurs doivent réfléchir à la question pour assurer un maximum de création d'emplois. Son architecture (obligation de diminuer *effectivement* la durée du travail de 10% à *mode de calcul constant* et d'embaucher *au moins 6% des effectifs* dans le cadre d'un *accord collectif* pour pouvoir toucher les aides financières de l'Etat), et la mise en place d'un vaste dispositif d'appui conseil, censé garantir une mise en conformité organisationnelle autant que juridique avec la nouvelle durée légale, construisent un véritable « chenal » dans lequel doivent se tenir les négociations et la nature des échanges entre les acteurs des entreprises¹³. Cependant, les stratégies des acteurs, et en particulier du patronat, vont briser partiellement la cohérence de cette action publique, esquissant une ré-articulation profonde des liens entre relations professionnelles et politiques publiques.

¹¹ Pierre MATHIOT, *Les acteurs de la politique de l'emploi (1981-1993)*, Paris, L'Harmattan, 2000.

¹² Voir Laurent DUCLOS, « La négociation du temps de travail » in Henri ROUILLAULT (sous la présidence), *Réduction du temps de travail : les enseignements de l'observation*, Rapport du Commissariat Général au Plan, la Documentation française, 2001.

¹³ *Idem*.

3. Stratégies et interactions autour du droit (1998-2000)

L'annonce, le 10 octobre 1997, d'une réduction légale de la durée du travail à 35 heures, provoque une onde de choc. Au-delà de la démission du représentant du CNPF, moins d'une semaine après, la principale organisation patronale entame une véritable mue, au sein de laquelle la lutte contre les 35 heures tient une place essentielle et se déploie sur deux niveaux.

Le premier consiste à dénoncer et délégitimer systématiquement la loi, en la transformant en un carcan obligatoire et autoritaire, « une loi ringarde d'inspiration administrative, politique et partisane » avance le représentant du MEDEF, lors d'une manifestation qui rassemble 25 à 30 000 chefs d'entreprise¹⁴. Or, « des myriades de journaux professionnels, de sites web, de colloques, de manifestations, de conseils d'experts en tout genre fournissent des interprétations et « filtrent » ce que la loi est et comment elle s'applique aux organisations. Ces sources précisent ce que signifient se mettre en conformité avec la loi et quelles menaces elle fait peser sur les organisations »¹⁵. Dans le cas des 35 heures, cette représentation d'un « impératif catégorique » qu'imposerait autoritairement la loi « prend » médiatiquement et socialement bien au-delà des cercles patronaux. Durée légale et durée effective, incitation et injonction sont rarement distinguées tandis que la pluralité des actions possibles qu'ouvre le cadre juridique est peu soulignée. Les organisations syndicales et le gouvernement y ont aussi intérêt pour que les entreprises, en anticipant les 35 heures, légitiment et contribuent à la réussite du processus. L'Etat n'est d'ailleurs pas absent de ce travail de configuration symbolique de l'environnement légal, mobilisant l'administration déconcentrée, déléguant ses représentants dans des colloques, ouvrant des numéros verts et finançant une coûteuse campagne de communication autour des 35h. Et il ne reste pas non plus inactif face à la stratégie patronale, renouvelant notamment la procédure d'extension des accords de branche contestés que signent le patronat pour contourner la réduction du temps de travail¹⁶.

En effet, du côté patronal, une seconde stratégie de contournement et de résistance à la loi s'ouvre parallèlement. Elle consiste à déplacer le niveau d'affrontement au niveau des

¹⁴ Cité dans *L'Humanité*, 5 octobre 1999.

¹⁵ Lauren B. EDELMAN, *Law at Work: An Institutional Approach to Civil Rights*, Unpublished Draft, 2003.

¹⁶ En particulier en rendant illégales certaines clauses de ces accords de branche tout en acceptant l'extension pour d'autres, invitant les acteurs à renégocier les clauses litigieuses.

branches, en s'appuyant sur les divisions syndicales (parfois internes¹⁷) et la mutation que les deux grandes centrales ont engagé précédemment (cas de la CFDT) ou engagé timidement à cette occasion (cas de la CGT) dans leurs rapports au droit. Comme l'indique un conseiller confédéral du secteur revendicatif de la CGT,

« Les 35h ont coïncidé avec une évolution marquée vers une reconquête de la négociation collective, comme conquête de droits. Elles ont été les travaux pratiques de cette nouvelle démarche pour la CGT qui consiste à se réapproprier le droit en s'impliquant fortement dans les négociations » (entretien, 22 janvier 2003)¹⁸.

Du côté patronal, si la démarche idéologique de l'accord de la métallurgie, signé dès juillet 1998 et qui vide littéralement la loi de son contenu, n'est pas partagée par toutes les branches, elle joue un rôle structurant. La multiplication inattendue de ces accords de branche et d'accords d'entreprise non aidés, initiée par le patronat, peut s'analyser comme un moyen juridique *et* organisationnel pour peser sur le futur environnement légal, tout en se démarquant du modèle économique contenu dans le dispositif incitatif¹⁹. Ainsi, d'une négociation d'entreprise échangeant RTT et emploi (pour les salariés), gels salariaux, réorganisations du travail, gains de productivité et aides (pour les employeurs), on passe souvent, dans les accords de branche, à l'échange d'une RTT moindre, accompagnée d'une absence de gels ou de modération salariale, contre la possibilité accrue de flexibiliser les horaires et les durées. Ce cadrage juridico-organisationnel concerne d'ailleurs bien le *futur* environnement légal : la plupart de ces accords de branche ne prévoient de prendre effet qu'*après* la seconde loi. Il ne s'agit donc pas d'inciter les entreprises à anticiper la réduction légale. Mais « en créant et en formalisant des politiques internes qui se rapprochent du cœur de la légalité, qu'elles soient procédurales ou substantielles, ces organisations visent à devancer et à déplacer les interventions des autorités légales publiques », c'est-à-dire à légaliser leurs pratiques mais aussi à « internaliser » le droit²⁰. Ainsi, après une phase d'opposition frontale,

¹⁷ La signature de l'accord RTT de la métallurgie par FO en juillet 1998 peut ainsi s'expliquer par des lignes différentes entre la confédération et la fédération de ce secteur.

¹⁸ La CGT signe 16 accords de branche sur la centaine signée dans l'année qui suit la loi Aubry I, ce qui est peu mais très nouveau. Pour la CFDT, après un investissement important dans l'action *judiciaire* dans les années 70 puis sur le terrain *législatif* dans les années 80, c'est la *négociation collective*, productrice de droits, qui prend une place centrale dans la stratégie de la confédération.

¹⁹ « Presque aucun des grands groupes n'a procédé par accord aidé. La grande majorité, entre les deux lois comme avec la seconde, a commencé par mettre à plat la durée annuelle du travail effectif et à en sortir certains jours de congés d'usage et certaines pauses. La RTT jusqu'à 35h peut alors être d'environ 5% » décrit Bernard Brunhes (in ROUILLAUT, *op.cit.*).

²⁰ Lauren B. EDELMAN, Marc C. SUCHMAN, « When the « Haves » Hold Court : Speculations on the Organizational Internalization of Law », *Law and Society Review*, vol. 33, n°4, 1999.

« plusieurs syndicats patronaux de branche se sont emparés de la négociation afin d’influer, non sur la norme des 35 heures, mais sur des éléments constitutifs : temps de travail effectif, heures supplémentaires, temps de travail des cadres et sur les dispositifs dérogatoires d’aménagement du temps de travail comme la modulation »²¹.

Sans reprendre cette démonstration, ni l’étude précise de chacun de ses enjeux et des clauses les plus souvent adoptées par les négociateurs, il apparaît que ces stratégies ont partiellement reconfiguré la dynamique de co-production des normes engagée par la première loi Aubry. L’évolution des manières dont les entreprises sont passées aux 35 heures éclaire par exemple la place réservée au dialogue social par les employeurs.

De moins en moins de négociations locales

En 1998, le législateur a étendu l’innovation procédurale prévue dans l’accord interprofessionnel d’octobre 1995 via le mandatement. Il permet aux entreprises dépourvues de délégués syndicaux de signer des accords et de bénéficier des aides. Mais de nombreux accords de branches signés en 1998-1999 ont contourné l’incitation à négocier des accords d’entreprise, grâce à l’accès direct, qui permet aux entreprises d’adopter l’accord de branche *sans* négocier elles-mêmes, tout en touchant les aides. Cette ouverture se traduit dans les modes de passage aux 35 heures, comme on peut le voir dans le tableau suivant :

Répartition des entreprises passées à 35h par mode d’accès et par date, selon le nombre de salariés²²

	Avant 2000		En 2000		En 2001	
	20 salariés ou moins	plus de 20 salariés	20 salariés ou moins	plus de 20 salariés	20 salariés ou moins	plus de 20 salariés
Accords d’entreprise	58,6	89,1	45,1	76,5	15,6	60,1
Applications directes d’accords de branche	41,4	10,9	54,9	23,5	84,4	39,9

Source : Base des déclarations d’allègement de cotisations sociales, MES-DARES

L’incitation, sinon l’obligation de négocier au plus près des configurations productives, est ainsi progressivement contournés par les entreprises au profit de passages aux 35 heures construits en rapport avec les logiques des accords de branche, dont on a vu l’éloignement par rapport au modèle économique porté par la loi. Cette évolution montre aussi, comme l’ont découvert plusieurs études, que le problème des 35 heures, pour les petits entrepreneurs notamment, est avant tout idéologique et non organisationnel, et porte plus sur l’obligation de négocier que sur l’incitation à diminuer et à aménager la durée du travail.

²¹ Catherine BLOCH-LONDON, « Les normes de temps de travail à l’épreuve des négociations », *Travail et Emploi* n°83, 2000.

²² Rappel : les entreprises de moins de vingt salariés ne sont concernées par l’injonction (la baisse de la durée légale) qu’à partir de 2002.

Les processus nationaux et locaux de production des règles conventionnelles ont ainsi fait l'objet de stratégies et de véritables batailles : des « coups » ont été échangés et des compromis inventés sur un ensemble de champs juridiques aussi divers que la notion de temps de travail effectif, le régime des cadres, l'accès aux aides publiques ou les procédures de négociation. S'il est clair que la seconde loi « a entériné des éléments constitutifs de ces normes issues des accords collectifs » (C. Bloch-London, *op.cit.*), on ne peut pas pour autant parler de victoire patronale. Car, même largement issues des négociations, c'est la loi elle-même qui a établi ces normes, ce qui a permis au gouvernement de mettre en avant la dimension protectrice et la nécessaire cohérence du droit. La seconde loi a ainsi moralisé le temps partiel, renforcé l'obligation de légitimité des signataires (en instaurant le principe de l'accord majoritaire), ou empêché les stratégies les plus grossières de contournement de la réduction effective du temps de travail (via les temps de formation notamment). Il reste que les négociations ont fortement pesé sur le contenu de cette seconde loi, en constituant des *répertoires juridiques* pour le législateur, contribuant à *cadrer* l'action publique et le nouveau régime légal du temps de travail qui l'incarne²³.

4. La seconde loi Aubry : inflation, instrumentalisation et légèreté des règles

Alors que le Directeur des relations du travail espère, en 1998, simplifier le droit du temps de travail, le texte de la seconde loi Aubry traduit une véritable inflation des règles. Outre le processus parlementaire, qui procède par adjonction et équilibrage, c'est aussi pour des raisons juridiques que la seconde loi a multiplié les règles : il s'agit de garder la main face à une jurisprudence dont le pouvoir s'accroît et de faire face à la « prolifération insistante du réel », c'est-à-dire d'anticiper la diversité des situations et de verrouiller les qualifications juridiques dont elles peuvent faire l'objet²⁴. Instrumentalisé par le politique, devenu objet d'une politique de l'emploi plus que principe protecteur et organisateur, simultanément sur-réglémenté juridiquement et dérégulé pratiquement, le régime du temps de travail repose alors sur des bases fragiles, aboutissant à une insoutenable légèreté des règles.

²³ Sur ces notions, voir Daniel CEFAÏ, « Les cadres de l'action collective. Définitions et problèmes », in CEFAÏ et TROM (dir.), *Les formes de l'action collective*, Paris, Ed. de l'EHESS, 2001 ; Pascale LABORIER, « Historicités et sociologie de l'action publique », in LABORIER et TROM (dir.), *Historicités de l'action publique*, Paris, PUF, 2003.

²⁴ Laurent DUCLOS, *op.cit.*

Cette expression renvoie tout d'abord au mode de production des normes qui a finalement présidé à l'établissement de la seconde loi²⁵. Sans revenir sur l'exercice délicat dont elle relève (reprenant certaines innovations des partenaires sociaux, refusant ou en encadrant d'autres – temps de formation, forfaits jours, plafond de la modulation, durée légale annuelle, etc. -), il est clair en effet, que l'invalidation partielle de cette seconde loi par le Conseil constitutionnel, le 13 janvier 2000, renforce considérablement la légitimité des règles issues des négociations collectives menées en 1998 et 1999²⁶. Cette décision appuie la démarche des employeurs qui ont signé des accords avec des organisations syndicales minoritaires pour peser sur le processus de co-production des normes entre le législatif et la négociation sociale. Le risque est alors « de glisser vers une stricte relation de contrat entre salariés et employeurs, aujourd'hui inadaptée à une situation marquée par la forte subordination de l'un à l'autre, qui ne peut aboutir qu'à un compromis fragile, dont les règles seraient d'une insoutenable légèreté » avance C. Gavini. Si une analyse serrée de la décision du Conseil constitutionnel montre qu'elle n'appuie pas directement le projet de « nouvelle constitution sociale » lancé par le MEDEF au même moment²⁷, elle n'en légitime pas moins la recherche d'une nouvelle articulation entre sources de droit. Et de fait, les syndicats acceptent d'entamer, quelques semaines plus tard, des négociations dont le but est, pour une part, de s'émanciper contractuellement de la loi, de « procéduraliser le partenariat social »²⁸ et de borner notablement le rôle de l'Etat dans divers domaines (assurance – chômage, retraites, médecine du travail ou formation professionnelle). Ainsi, d'une instrumentalisation du dialogue social par la loi, le processus a abouti à stimuler une démarche en tout point inverse, ravivant comme jamais la volonté d'autonomie normative des partenaires sociaux, sinon le souhait de certains d'entre eux d'instrumentaliser en quelque sorte la loi *par* le dialogue social.

Cette production juridique et institutionnelle implique, au niveau local, de nouvelles pratiques (par exemple l'octroi de jours de repos supplémentaires au titre des 35 heures) mais pas forcément. Mettre en conformité l'organisation au droit a pu prendre la forme d'un

²⁵ Voir Christine GAVINI, « La décision du Conseil constitutionnel : l'insoutenable légèreté des règles », *Libération*, 18 janvier 2000.

²⁶ Le Conseil constitutionnel invalide notamment les dispositions de la loi Aubry II « plus sévère » que la loi Aubry I, qui aboutissent à rendre illégales certaines clauses des accords conclus pour mettre en oeuvre la première loi (une durée annuelle négociée à 1645 heures que la seconde loi limite à 1600 heures par exemple).

²⁷ Voir Marie Laure MORIN, « Le Conseil constitutionnel avec le MEDEF ? », Archives Reinet, <http://listes.cru.fr/www/arc/reinet>, 2000.

²⁸ Laurent DUCLOS et Olivier MERIAUX, « La refondation sociale, entre émancipation contractuelle et procéduralisation », *La Lettre du GIP-MIS* n°8, 2001.

habillage juridique nouveau de pratiques anciennes, par exemple autour du mode de décompte du temps de travail ou de formes de flexibilité (avec notamment la modulation qui permet de légaliser la non majoration d'heures supplémentaires). Cette juridicisation a cependant une double face : elle légalise les organisations – contribuant à une extension de la référence pour les actions que constitue le droit et les garanties qu'il apporte – mais elle contribue aussi à « *managerializer* le droit », c'est à dire à le mettre au service de logiques d'efficience et de rationalité propres aux organisations²⁹. Cette instrumentalisation sous-tendait certes le modèle économique promu par l'action publique, mais sa mise en œuvre a pu être bien différente de celle qu'attendaient ses promoteurs. Dans un grand nombre d'entreprise, la logique de création d'emploi a été occultée ou recouverte par une logique juridique, où le développement de droits internes a été mis au service, soit d'une absence de changements et/ou de création d'emplois, soit d'une modernisation des entreprises passant par un développement accentué de la flexibilité de la production qui n'a pas tenu forcément toutes les promesses de la RTT, en particulier pour les salariés. Bref, c'est paradoxalement une « reconquête patronale des règles »³⁰ qui s'est souvent opérée lors des négociations 35h, montrant comment l'instrumentalisation du dialogue social par l'action publique a pu se retourner contre certains des objectifs même de cette action publique.

En passant du mode de production des règles à leur application, l'idée d'une insoutenable légèreté des règles peut être approfondie. Celle-ci renvoie aussi à un problème de légitimité et d'effectivité du droit. En effet,

« Le droit de la durée du travail est devenu d'un maniement extrêmement difficile pour les acteurs. Pour déterminer la norme applicable à telle ou telle situation, il faut combiner ce que dit la loi, la jurisprudence de la loi, qui peut bouger, l'accord de branche, l'accord d'entreprise et comment tous les deux s'articulent... La détermination même de la norme devient un problème, nécessite un travail, un investissement ! Il y a un processus assez pervers pour l'efficience et l'efficacité du droit, donc pour sa crédibilité. Car plus la norme est nébuleuse et complexe, plus sa répression devient illégitime » (le directeur des relations du travail).

La légitimité même de la règle juridique est atteinte lorsque sa complexité est telle qu'il devient beaucoup plus facile, pour les acteurs, de faire comme si elle n'existait pas (voire de le penser), plutôt que de l'intégrer comme un cadre ou un motif pour leurs actions.

²⁹ Lauren B. EDELMAN, Sally RIGGS FULLER, Iona MARA-DRITA, « Diversity Rhetoric and Managerialization of Law », *American Journal of Sociology*, 106:6, 2001.

³⁰ Christian MOREL, *La grève froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal*, Toulouse, Octarès, 1994 [1980].

L'illégitimité de la seconde loi, et plus largement de la réforme des 35h, est cependant loin de n'être que juridique et explicable par un texte touffu et normalisateur. En effet, la décentralisation du mode de production des normes a pu au contraire faire des règles et du droit interne d'entreprise des références davantage mobilisées par les acteurs, en particulier parce qu'ils ont contribué à les produire et à les adapter à leurs activités. Ce n'est qu'en s'appuyant ici sur des enquêtes dans les entreprises sur les modes d'existence de la légalité ordinaire qui y règne qu'on pourrait conclure à une illégitimité grandissante du droit qu'aurait impliqué - ou non - le processus législatif engagé autour des 35h.

5. Illégitimations de l'action publique et négociations

Sans pénétrer, pour répondre à cette question, dans la multitude des univers singuliers des entreprises qui ont négocié et mis en œuvre les 35 heures³¹, plusieurs registres permettent de comprendre la progressive illégitimation de l'action publique en la matière. Deux d'entre eux ne seront que mentionnés – le contexte économique qui se retourne à partir du second semestre 2001, et les effets inégalitaires des 35 heures en matière de rémunérations, de flexibilité, de conditions de travail³² –, tandis que deux autres seront davantage développés.

D'un point de vue politique, la seconde loi Aubry change en effet *le sens* de l'action publique initiée par la première. Pas tant en traduisant une hypothétique victoire patronale, mais en abandonnant, dans ses dispositifs et dans le discours politique qui l'accompagne, ce qui lui donnait sa signification première, c'est-à-dire la création d'emplois. Ainsi, pour toucher les aides publiques, il suffit désormais de négocier un accord, sans engagement minimal en la matière ni constance du mode de calcul du temps de travail lors de sa diminution. Le directeur des relations du travail a particulièrement insisté sur la dimension symbolique de cette réorientation :

« Quand on revoit le fil des événements, dans le discours gouvernemental, il y a un infléchissement qui se produit quelque part en 99. Dans son discours en première lecture sur la deuxième loi, Martine Aubry parle du bricolage, des courses, inscrivant la philosophie du projet dans une vision sociétale. Après elle rectifie le tir, remet en avant l'emploi. Mais tout de même... (...) Car la finalité emploi, c'est elle qui donne du sens, c'est le ressort qui a fonctionné dans la négociation et dans les têtes des acteurs. (...) Elle jouait un rôle fédérateur, permettait de surmonter des contradictions, à un certain nombre de délégués syndicaux de faire le travail, sans se trahir, de conviction, de pédagogie (...). Dans l'illusion lyrique de la reprise - rappelez

³¹ Voir PELISSE, *op.cit.* pour une telle étude auprès d'une dizaine d'entreprise, entre 1998 et 2003.

³² Voir PELISSE, *op.cit.*, ou Marc Antoine ESTRADE et Valérie ULRICH, « La réorganisation des temps travaillés et les 35h : un renforcement de la segmentation du marché du travail », *Travail et Emploi* n°92, 2002.

vous, le plein emploi n'était plus inatteignable disait-on -, l'élan collectif qui avait porté la première phase, au delà de la genèse assez politique des 35 heures, a commencé à se déliter. Or j'ai toujours pensé qu'il fallait donner du sens, c'est-à-dire une forme de légitimité. Ce qui donnait du sens, c'est l'emploi, et on a perdu le sens en passant aux 35 heures en soi ».

Cette dimension et cette direction symbolique était d'autant plus importante que la réforme, d'une part ne s'imposait pas stricto sensu à l'un des acteurs mais exigeait un *engagement réciproque* de part et d'autre par l'intermédiaire de négociations et de compromis, et d'autre part concerne une dimension – le temps – aux implications structurantes, mais éminemment variables, dans la vie des organisations, des salariés et de la société.

Sans ce « carburant politique » qu'est l'emploi, la logique *négociée* de la réduction du temps de travail a donc perdu ses vertus pour une partie des acteurs, fondant en quelque sorte une illégitimation procédurale. N'est-ce pas ce que signale la hausse de la conflictualité en 2000, au moment où les entreprises doivent réagir à la nouvelle norme légale ? Si les 35 heures sont négociées, bien plus qu'imposées comme les 40 heures de 1936 l'ont été³³, et si les deux parties doivent en tirer des avantages, les 35 heures ne sont pas conçues et vécues par les salariés comme un « acquis social » à mettre au crédit de décisions politiques³⁴. Objets d'un troc plus que de compromis lorsque le sens qui dépassait cette seule logique d'échange donnant – donnant disparaît, le socle soutenant la réforme se fragilise : ce qui la rendait légitime, c'est-à-dire le fait que les acteurs devaient s'entendre au nom d'un objectif commun (l'emploi), est même peut-être ce qui la rend illégitime, lorsque le contexte change et que cet objectif s'évanouit. Et cette illégitimation liée au caractère négociée des 35 heures concerne autant les salariés, qui constatent un décalage entre leurs attentes, des accords souvent déséquilibrés en raison des faiblesses et des divisions syndicales, et leur mise en œuvre mis au service des logiques de production, que les employeurs – notamment les petits patrons – qui refusent une institutionnalisation de la négociation dans des structures dont ils se considèrent les seules maîtres.

³³ Du moins dans les représentations tant, en réalité, cette dernière législation a été bien plus négociée que ce que l'on pense habituellement, comme le montre Alain CHATRIOT, « Débats internationaux, rupture politique et négociations sociales, le bond en avant des 40 heures, 1932-1938 » in Patrick FRIDENSON et Bénédicte REYNAUD (dir.), *La France et le temps de travail, 1814 – 2004*, Paris, Odile Jacob, 2004.

³⁴ A l'inverse, elles le deviennent en étant constamment attaquées comme c'est le cas depuis l'automne 2002, au point que le président de la République lui-même les évoque comme « un acquis social » le 14 juillet 2004.

6. Conclusion

« Les 35 heures » ont donc mis en mouvement l'ensemble des institutions de la société salariale, suscitant une conflictualité multiforme et une extension de la négociation sociale comme mode de régulation des activités de travail, stimulant des niveaux de production des règles encore peu usités jusqu'ici, malgré les ouvertures constantes du cadre juridique apportées depuis vingt ans. Ou plutôt – car l'entreprise a toujours été le théâtre de coutumes, usages, droits internes aux liens plus ou moins lâches avec le droit de l'Etat ou des conventions collectives – cette réforme a contribué à juridiciser les relations de travail, à étendre une formalisation négociée des règles et par là une rationalisation matérielle du droit du temps de travail. Celui-ci sert en effet des objectifs et des intérêts qui lui sont largement externes et qui ont bien évolué au fil du temps : d'une réglementation visant à protéger la santé du travailleur, il est devenu un instrument de défense de l'emploi – la première loi Aubry en a été le symbole –, avant, depuis le nouveau siècle, d'être promu outil de modernisation des entreprises au service d'exigences de flexibilité naturalisées par une grande partie des acteurs.

C'est bien d'ailleurs ce dernier objectif qui a été au fondement d'une inversion quasi-totale de l'action publique dès l'automne 2002. Gelant le processus, mettant fin aux mécanismes incitatifs et accentuant la possibilité déléguée aux acteurs privés de produire des normes dérogatoires en la matière, l'action publique a remis en avant la flexibilité des règles. Elle a aussi remis sur le devant de la scène une constante économique de la politique libérale de l'emploi, partiellement éclipsée par la RTT (qui l'avait conservée malgré tout pour les emplois « non qualifiés ») : l'abaissement du coût du travail. Mais si cette politique devait profiter aux rémunérations, dont l'évolution a été écornée par les 35 heures, elle semble avoir pris au-delà des espérances du gouvernement, confronté aux menaces de délocalisation et à des « compromis » mêlant toujours emploi et durée du travail... mais en *augmentant* la seconde pour, paraît-il, sauver les premiers.

Ce que signalent ces tentatives médiatisées pendant l'été 2004, c'est bien que les 35 heures ont considérablement légitimé et accru une tendance à l'auto-réglementation de l'entreprise. Certes, ce processus s'est opéré par le droit lui-même, qui avait accumulé et superposé depuis quinze ans les possibilités de dérogation, tout en les encadrant plus ou moins fermement, imposant notamment le fait qu'elles devaient être *négociées*, et par là, contribuer à l'équilibre des intérêts. Mais ce que montre l'étude attentive des négociations visant à appliquer la loi, c'est que cet équilibre est loin d'être assuré par ce processus de production du

droit, en particulier parce que c'est toujours l'acteur dominant – branches patronales ou directions d'entreprise – qui a l'initiative. La négociation est de plus en plus un outil au service des intérêts managériaux et de l'internalisation organisationnelle du droit, « *un instrument qui fait du droit non pas une fatalité mais qui, bien utilisé, peut créer de la valeur ajoutée pour les entreprises* » explique un avocat spécialisé à la clientèle d'employeurs (entretien, 11 juillet 2002).

La réduction du temps de travail a pu alors être vidée de son contenu aux yeux des salariés, se transformant en baisse de rémunération, en passages aux 35 heures ne réduisant pas les temps passés dans l'entreprise, en intensification du travail génératrice de fatigue, renforçant parfois paradoxalement la subordination des salariés. Elle a pu s'accompagner de conséquences en tous points inverses, libérant des temps personnels et familiaux, renforçant une efficacité valorisante de son travail, une polyvalence et une autonomie créatrices de solidarité professionnelle. Pour autant, dans la plupart des cas, les objectifs de l'organisation ont primé : c'est en fonction de ceux-ci qu'ont été décidés le nombre d'embauches, construites les modalités RTT, les réorganisations du travail, l'équilibre économique du processus. Appelée par la loi elle-même, ce processus de *managerialization* du droit traduit la prééminence de certains objectifs et de certaines valeurs sur d'autres. Celles de l'organisation, de l'efficience, de la productivité, de la rationalité économique ou financière plus que celle de la solidarité envers les demandeurs d'emploi, de la qualité du travail, du temps pour soi et du temps pour les autres. Légitimant ces valeurs, remplaçant, colonisant ou absorbant les secondes au service des premières, ce processus construit des cadres cognitifs qui font du droit un espace de négociation où s'échangent des concessions et se construisent des compromis internes aux organisations, plus qu'un ensemble de références qui orientent les actions, dessinent des directions, tracent des projets collectifs qui dépassent ceux de l'organisation. Nul doute cependant que les multiples acteurs qui entourent et configurent l'action publique – des tribunaux aux agents de l'Etat chargés de contrôler sa mise en oeuvre, des employeurs et des syndicalistes qui en produisent les règles secondaires à l'encadrement et aux salariés qui les mettent en oeuvre au quotidien – développent des logiques différentes, qui font des relations professionnelles et de leur articulation avec l'action publique le creuset conflictuel d'une démocratisation nécessairement et indissociablement procédurale *et* substantielle, politique *et* sociale.