

La flexibilité de la cravache

Emmanuel Dockès, Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre, CEJEC

L'intitulé de ce colloque invite à prendre la « *flexibilité* » au sérieux. Ce qui, dans le contexte du droit du travail, s'avère chose difficile. La « *flexibilité* » n'est pas un mot du droit, retrouvé comme tel dans des énoncés normatifs. Elle n'appartient pas plus aux sciences sociales. Elle prétend nous faire échapper à la « *rigidité* » inconfortable de nos cadres normatifs. Elle suggère l'extension des possibles et fait respirer quelques parfums empruntés à l'idée de liberté. Mais attention, plus qu'à notre intellect, elle parle à nos sens, amateurs de matelas et de hamacs flexibles. Elle n'est pas un concept, pas même une notion. La « *flexibilité* » est un mot de communicant, une image publicitaire.

L'étudier demande dès lors un effort de dévoilement, de traduction. Gotlib a caricaturé un client de restaurant, ravi de commander avec gourmandise un « *Prince des mer dans sa sauce des fruits de la Provence* », mais déçu de voir arriver, dans son assiette, une sardine à l'huile. L'objet de ce colloque aura été de se demander quel genre de sardine était cachée derrière ce prince des mers qu'est la flexibilité. Ce dévoilement opéré, la flexibilité devient pleinement compatible avec la revendication, a priori antinomique, de sécurité. La « *sécurité juridique* », la « *sécurité des parcours professionnels* » et même l'apparement très rigide exigence de « *sécurité physique et mentale des personnes* » sont devenues, par torsion successive du sens des mots, les alliées paradoxales de la quête de flexibilité. Se confirme alors le sens brutal qui se cache derrière ce mot, prétendument doux et souple, qu'est la « *flexibilité* ».

1- FLEXIBILITÉ

La « *flexibilité* » est apparue dans le discours revendicatif patronal au début des années 1980 (V. Forest et M. Julien, *supra*). Devenue discours politique et juridique dominant (voir notamment, B. Géniaut, *supra*), elle a produit, en une trentaine d'années, de très profondes mutations du droit du travail. Elle fut le nom donné à la possibilité de ne plus compter les heures supplémentaires toutes les semaines, ni tous les mois, et même de ne plus compter du tout les heures de travail pour se contenter de compter les jours. La flexibilité a signifié le droit pour l'employeur de faire unilatéralement varier les horaires de travail, la possibilité de faire davantage travailler les salariés,

notamment le dimanche, de les licencier avec une procédure de licenciement accélérée ou de les embaucher sous contrats précaires. Elle a permis de nommer et de légitimer toutes sortes de techniques contractuelles d'accroissement du pouvoir patronal (L. Gratton, *supra*). Mais le plus important effet de la « *flexibilité* » a sans doute été de transformer profondément l'agencement des sources du droit.

Il suffit de rappeler l'affaiblissement de la loi et l'essor corrélatif des conventions collectives et l'affaiblissement des conventions de branches face aux conventions d'entreprises. « *Flexibilité* » rime alors avec « *dérogabilité* » (F. Canut, *supra*) et « *supplétivité* » (Frossard, *supra*). Les normes protectrices d'ordre public ne sont plus guère destinées qu'aux petites entreprises incapables d'organiser des négociations collectives de renonciation. L'idée même de norme obligatoire passe pour un carcan infernal, avantageusement remplacé par la mise en place de lois simplement « *incitatives* » (P. -E. Berthier, *supra*). Le goût du flexible a ainsi permis d'inverser partiellement la hiérarchie traditionnelle des normes. *Small is beautiful* (le petit est beau). Au nom de la flexibilité, on préférera la convention de branche à la loi, la convention d'entreprise à la convention de branche, le contrat individuel à la convention d'entreprise et le pouvoir unilatéral au contrat... En clair, plus le pouvoir patronal pèse sur la norme et plus celle-ci est dite « *flexible* ». Revendication de flexibilité et revendication de pouvoir deviennent alors synonymes. Tout ce qui accroît le pouvoir est qualifié de nouvelle « *flexibilité* ». Réciproquement, tout encadrement, toute limitation de ce pouvoir est qualifié de « *rigidité* ». Transposé dans l'univers constitutionnel, ce glissement conduirait à dire que le despotisme est un régime très flexible, très souple, alors que la démocratie, avec son État de droit, est terriblement rigide.

La tendance autoritaire qui se cache derrière la flexibilité permet de mieux comprendre comment la sécurité, qui véhicule pourtant une image aux antipodes de la souplesse, s'associe avec la flexibilité.

2- FLEXIBILITÉ ET SÉCURITÉ JURIDIQUE

La sécurité juridique est une valeur qui exige un droit intelligible, aux effets prévisibles

(cf. not. CE, rapp. 2006, p. 281 et s. et N. Molfessis, *ibid.* p. 391). Elle défend donc l'existence de règles claires, à la marge d'interprétation réduite, aux effets automatiques, quasi-mécaniques. Réciproquement, le recours aux standards ou à la sagesse du juge, à l'interprétation *in concreto* ou aux mécanismes correcteurs du droit semblent être autant de menaces pour la sécurité juridique. L'adaptabilité ou si l'on préfère la « *flexibilité* » du droit semble ainsi opposée à l'idée de sécurité juridique.

Pourtant le patronat revendique à la fois plus de flexibilité et plus de sécurité juridique. Et cette simultanéité n'est ni une maladresse, ni une contradiction. Il s'agit plutôt d'une manière assez particulière de comprendre l'idée de « *sécurité juridique* ». Celle-ci ne vise plus alors ni la sécurité juridique de l'emploi, ni la sécurité juridique des salariés quand à l'organisation de leur temps de travail, ni la sécurité juridique dont devraient bénéficier les grévistes lorsqu'ils exercent leur droit fondamental... En langage patronal, l'expression « *sécurité juridique* » vise la réduction voire la suppression du risque, pour les employeurs, d'être juridiquement sanctionné. Est une mesure de « *sécurité juridique* » tout ce qui réduit ce « *risque juridique* ». Dès lors, les voies de la « *sécurité juridique* » ne sont plus seulement, ni même principalement, des réductions de l'incertitude du droit. Pour réduire le risque juridique subi par les employeurs, il est aussi possible de réduire l'accès au juge des salariés, les sanctions encourues en cas de violation de la loi ou, plus simplement, les obligations juridiques des employeurs. Flexibilité et sécurité juridique se rejoignent alors dans une commune recherche de réduction des contraintes que le droit peut faire peser sur les employeurs.

Cette assimilation sémantique entre « *sécurité juridique* » et protection des employeurs contre le droit et la justice a connu quelques grands succès. La loi du 14 juin 2013 prétendument relative à la « *sécurisation de l'emploi* » avait, selon l'exposé de ses motifs, pour « *enjeu central* » la « *sécurité juridique* ». Ce qu'elle réalisa en abaissant les délais accordés pour agir en justice ou en créant une procédure administrative qui retarde et rend très difficile toute contestation de la motivation des grands licenciements collectifs. Selon le Gouvernement, qui s'en félicite, cette loi aurait fait tomber le taux de contestation judiciaire des plans de sauvegarde de l'emploi de 20 à 30 % à moins de 5 %. L'éloignement du juge est ainsi compris comme un gain de sécurité juridique. Avec un tel glissement sémantique, on peut dire qu'une réduction du nombre de radars routiers renforcerait la « *sécurité juridique* » des automobilistes ou qu'une prescription rapide des délits

renforcerait la « *sécurité juridique* » des délinquants. Plus caricatural encore était peut-être l'article 24 de l'ANI du 11 janvier 2013 intitulé « *sécurité juridique des relations de travail* ». Cet article préconise l'abandon d'une règle pourtant simple, automatique et dotée d'une grande sécurité juridique : la règle jurisprudentielle qui sanctionne comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé sans lettre de licenciement ou sans indication suffisamment précise du motif de licenciement. Sous l'intitulé « *sécurité juridique* », l'article 24 de l'ANI visait à supprimer certaines sanctions, importantes, par des sanctions légères ou symboliques. La « *sécurité juridique* » est ici utilisée comme synonyme de réduction des sanctions encourues par les employeurs qui violent la loi. Suivant ce modèle, il serait possible de réclamer une baisse des sanctions encourues en cas de fraude fiscale, au nom de la sécurité juridique des fraudeurs.

On pourrait se demander comment ce glissement sémantique, qui ailleurs choque, a pu devenir si banal en droit du travail qu'il y est consacré par un accord national interprofessionnel. Mais ce qui importe ici est de constater que, dans ce contexte travailliste, la « *sécurité juridique* » a fini par rejoindre presque parfaitement la revendication de « *flexibilité* ». Dans un cas comme dans l'autre, la revendication est celle d'une réduction des contraintes juridiques, soit par réduction de l'encadrement juridique du pouvoir, soit par réduction des sanctions encourues en cas de violation de la loi, soit encore par multiplication des obstacles mis à la saisine du juge par des salariés lésés.

Flexibilité et sécurité juridique, ainsi conçues, font bon ménage. La « *sécurité des parcours professionnels* » est elle aussi fort bien accouplée à la « *flexibilité* ». Au point qu'elles ont fini par ne plus faire qu'un mot, celui de « *Flexicurité* ».

3- FLEXICURITÉ

La flexicurité est un mot valise qui cache une petite escroquerie linguistique qu'il convient de dévoiler rapidement. Elle prétend incarner un échange : la flexibilisation de l'emploi contre la sécurisation des parcours professionnels. Or cet échange n'en est pas un. La réduction de l'encadrement du droit du licenciement est accordée au patronat sans qu'il lui soit demandé de contrepartie. En revanche, la meilleure sécurité des parcours professionnels, qui suppose de nouveaux droits à la formation et une indemnisation généreuse du chômage, a un coût financier. Ces droits coûteux trouvent leur nécessaire contrepartie dans de nouveaux prélèvements obligatoires, soit en

principe dans de nouvelles cotisations sociales. Ce synallagmatisme assurantiel, comprenant la socialisation d'une part des revenus du travail peut apparaître (ou non) comme souhaitable. La duperie que véhicule la « flexicurité » consiste à présenter comme indissociable, au point de ne plus faire qu'un seul mot, meilleure assurance et accroissement du risque. On demande aux salariés d'abandonner leurs protections en matière de licenciement, en « échange » du droit pour eux de payer plus cher une meilleure assurance. « Si vous voulez avoir le droit de mieux vous assurer contre les risques d'une instabilité de votre emploi, leur dit-on ; nous vous demandons de bien vouloir accepter d'accroître cette instabilité. » La flexicurité est donc encore la revendication d'un pouvoir moins encadré, déguisée cette fois en soi-disant « échange ».

4- FLEXIBILITÉ ET SÉCURITÉ DES PERSONNES

Plus intéressant, est le choc entre sécurité des personnes et flexibilité. La flexibilité ne cesse de conquérir de nouveaux territoires en matière de temps de travail, de mobilité professionnelle, géographique, d'emploi... mais cet essor semble avoir une limite : dès que la question de la sécurité physique et morale des personnes est en cause, la tendance n'est plus à la flexibilité. Il n'est pas question d'édulcorer les obligations de sécurité de l'employeur, ni d'en réduire l'effectivité ou les sanctions. Bien au contraire. Alors que la flexibilité et l'affaiblissement des protections juridiques gagnaient presque tous les autres domaines du droit du travail, les obligations de sécurité imposées aux employeurs n'ont cessé de se renforcer. Les obligations générales relatives à la sécurité physique sont issues de la loi du 31 décembre 1991 dans le Code du travail (issue de *Dir. n° 89/39, 12 juin 1989*), l'obligation de préserver de la santé mentale des salarié et la prohibition du harcèlement moral datent de la loi du 17 janvier 2002. L'invention fracassante de l'obligation de sécurité de résultat imposée à l'employeur date des arrêtés amiante du 28 février 2002. Et depuis, cette obligation n'a cessé de conquérir de nouveaux territoires, de nouvelles influences. L'obligation de prévention de la pénibilité du travail date de la loi du 9 novembre 2010 (*C. trav., art. L. 4121-1*). Ce sont aujourd'hui des pans entiers des rapports de travail qui sont sous influence de la problématique de la sécurité, bien au-delà de ce qui était seulement imaginable il y a vingt ans (voir notamment *Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964 P, Groupe Mornay*, qui ordonne la consultation obligatoire du CHSCT

avant la mise en place d'entretiens annuels d'évaluation). Mis en vis-à-vis de l'avalanche de lois qui dans les années 1990 et 2000 ont abattu les protections relatives au temps de travail, le contraste est frappant.

Ces deux mouvements opposés ont bien quelque chose de contradictoire. Détruire les protections en matière de temps de travail ne peut que finir par porter atteinte à la santé des personnes. C'est ce que commence à comprendre la Cour de cassation, très timidement, dans les cas les plus brutaux de déstructuration du temps de travail (voir notamment *Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107 P, Moulin c/IMV technologies*).

Il demeure que les protections relatives au temps de travail ont été détruites en même temps que les protections relatives à la sécurité physique et mentale des personnes ne cessaient de progresser. Ces deux mouvements *a priori* antagonistes ont bien eu lieu dans le même contexte économique, social et politique. Derrière cette simultanéité, se cache un enseignement sur les temps que nous traversons.

La « sécurité », valeur incontestable et à protéger, peut conduire à certains excès que la connotation négative du mot « sécuritaire » exprime. Le développement des obligations de sécurité est une protection précieuse des salariés, mais il s'agit aussi d'une justification puissante en faveur du développement du pouvoir patronal. Comment s'assurer de l'absence d'agression, d'injure, ou même de harcèlement, sans vidéosurveillance, enregistrements des conversations, lectures des SMS et e-mails... Afin de prévenir la pénibilité morale, ne convient-il pas de prévoir une charte d'entreprise qui encourage et favorise la délation de tout comportement déviant ? La justification sécuritaire, pour peu qu'elle soit surévaluée, peut ainsi menacer l'exercice d'autres libertés.

Ce danger ne doit pas être exagéré. La jurisprudence demeure gardienne des libertés fondamentales. Conscients de cette fonction, les juges n'accordent qu'une influence modérée à l'argument sécuritaire. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il fait prévaloir la protection du droit de grève aux craintes pour la sécurité des patients d'un établissement de santé, afin d'invalider le préavis individuel de grève que la direction tentait d'imposer (*CE, 27 juill. 2005, n° 254600, publié au Rec. CE*). Il a encore fait prévaloir les libertés sur la sécurité à propos d'une clause de règlement intérieur prohibant toute consommation d'alcool dans l'entreprise. Au nom du caractère général de la prohibition et malgré l'argument avancé relatif à la sécurité du site, il a confirmé la nullité de la clause prohibitive (*CE, 12 nov. 2012, n° 349365, Caterpillar, Rec. CE, tables*). La même vigilance est lisible dans la jurisprudence de la Cour

de cassation (voir, par exemple, *Cass. soc.*, 10 janv. 2012, n° 10-23 482 P ; *Cass. soc.*, 17 déc. 2013 n° 12-23.006 P). Si la sécurité des personnes est bien au nombre des justifications possibles d'une restriction aux libertés fondamentales, encore faut-il que le risque soit avéré, c'est-à-dire suffisamment sérieux, et que la restriction opérée aux libertés soit proportionnée à ce risque.

Pourtant, cette jurisprudence protectrice et bienvenue ne suffit pas à rassurer. L'argument sécuritaire a une force croissante. Il permet certes une protection juridique croissante de la santé. Mais il permet aussi, mécaniquement, une justification croissante du pouvoir et de ses naturelles tendances liberticides. La sécurité est de plus en plus présente comme justification du contrôle et de l'évaluation des travailleurs. Et les dangers de cette logique se lisent jusque dans le Code du travail. Aux termes

de l'article L 3121-46 du Code du travail, l'employeur doit organiser avec tout salarié ayant conclu un forfait en jours « *un entretien annuel individuel* » qui porte notamment sur « *l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale* ». Cette image d'un chef d'entreprise habilité et même littéralement obligé d'interroger chaque salarié, individuellement sur sa vie de couple, sur ses enfants, sur ses loisirs, voire sur ses engagements sociaux et politiques est une preuve suffisante des dérapages possibles d'une justification sécuritaire du pouvoir.

Une synergie profonde entre flexibilité et sécurité apparaît alors. Leur croissance simultanée accompagne les dérives autoritaires de notre temps. Lorsque la sécurité prend le visage acariâtre et sec d'une gouvernante de pensionnat de redressement, la flexibilité est celle de sa cravache.