

LE TRAVAILLEUR ET LE PANGOLIN

Le droit du travail à l'épreuve du Covid-19 : adaptations et mutations profondes ?

Par Tatiana SACHS,
Maître de conférences à l'Université Paris-Nanterre

PLAN

- I. Le travail :
quelles réalités ?
- II. L'aléa économique :
quelle imputation ?
- III. Le collectif :
quelle place ?
- IV. Le droit du travail :
quelle normativité ?

À n'en pas douter, la pandémie du Covid-19 met les liens sociaux à rude épreuve. Le travail, la relation que chacun entretient avec son activité professionnelle, les modalités de son organisation, les représentations qu'on en a ne sortent pas indemnes d'une telle épreuve (1). Les chercheurs en sciences sociales, dans toute leur diversité, multiplient les analyses de ce que la pandémie a fait au travail et à la société ici et ailleurs (2). Dans cette polyphonie, la voix des juristes porte d'abord et avant tout sur les moyens dont disposent les différents acteurs (États, entreprises, travailleurs, partenaires sociaux) pour traverser cette période. Dans la tentative d'analyser ces instruments, de ce qui fait leur cohérence, peuvent être mobilisés les registres de la crise – marquée par l'urgence (3) –, ou encore de la guerre. Largement utilisée par le pouvoir politique (4), la métaphore guerrière est susceptible de mettre en lumière le rôle joué par l'État, et plus particulièrement de l'État social (5), dans cette période si singulière. En creux, cette métaphore suggère que les adaptations qu'a connues le droit du travail – tels le recours facilité et encouragé à l'activité partielle, des modifications des conditions d'information-consultation des travailleurs, des règles sur la prise des congés payés ou le changement de la durée du travail – répondent aux nécessités de l'urgence. Mais doit-on pour autant considérer que ces évolutions constituent une parenthèse ? Ne sont-elles pas plutôt révélatrices des lignes de force du droit du travail hexagonal contemporain, préfigurant ses évolutions futures ? Questions ardues qui ont traversé le colloque « Le travailleur et le pangolin » organisé par le Syndicat des avocats de France le 5 décembre 2020. Sans prétendre répondre à ces questions, notre propos voudrait en préciser les termes. L'attention toute particulière portée au travail (I), la prise en charge par l'État d'une grande partie des conséquences économiques de la crise (II), la très discrète implication des interlocuteurs sociaux dans la gestion de la crise (III) constituent les marqueurs des évolutions que le droit du travail a connues lors de cette période inédite. Si les leçons qu'il convient d'en tirer demeurent incertaines et restent à écrire, une ligne de force se dégage : la texture normative du droit du travail n'en est pas sortie indemne (IV).

(1) Sur ces questions, v. le très riche dossier de *La Revue des conditions de travail* (juillet 2020, n° 10).

(2) Se sont multipliés les dossiers regroupant des analyses venues de toutes les disciplines. V., par exemple, *Les Carnets de l'EHESS : Perspectives sur le coronavirus* (<https://www.ehess.fr/fr/carnet/coronavirus>). Du reste, la multiplicité des regards réunis par le Syndicat des avocats de France dans le cadre du colloque « Le travailleur et le pangolin » a contribué à sa grande richesse.

(3) En ce sens, v. l'introduction de P. Lokiec au dossier proposé par l'Association française de droit du travail intitulé « Un droit du travail de l'urgence ? » (« Covid-19 : un tournant du droit du travail ? », <https://www.afdt-asso.fr/regards-7>).

(4) Sur une analyse historique de l'usage de cette métaphore en matière sanitaire, v. les propos de M. Dupont recueillis par le journal *Le Monde* (« La métaphore guerrière est historique dans le domaine de la santé publique », 23 octobre 2020).

(5) En ce sens, v. la controverse de F. Vatin et L. Machu (« État d'urgence sanitaire : quel rôle pour l'État social ? », *RDT*, 2020, p. 228).

I. Le travail : quelles réalités ?

Lutter pour l'amélioration du taux d'emploi : cet objectif est une constante des politiques publiques depuis de très nombreuses années (6). Cette constance ne s'est pas démentie pendant la pandémie. Mais à côté de ce domaine devenu traditionnel de l'intervention publique, le gouvernement a dû investir un champ que les politiques publiques laissent généralement dans la pénombre : le *travail*, compris comme une activité, comme l'ensemble des actes grâce auxquels le travailleur réalise sa prestation. Rarement, en effet, les pouvoirs publics auront porté autant d'attention aux manières de travailler. Mais, en parallèle, rarement la déconnexion entre l'utilité sociale et la valorisation économique de certaines activités n'a été aussi flagrante.

Que le gouvernement ait placé au centre des mesures prophylactiques le télétravail témoigne de cette attention portée aux modalités du travail. « 2020, année du télétravail (7) ? » : l'objectif de distanciation sociale l'a rendu nécessaire tandis que les technologies numériques l'ont rendu possible. Cette manière de travailler a pris un essor considérable, que l'état du droit du travail français a grandement facilité (8). L'accord national interprofessionnel signé le 26 novembre 2020, et qui de l'avis unanime des observateurs, constitue une reprise organisée du droit positif existant, révèle, en creux combien le droit français, par contraste avec les droits allemand ou italien, par exemple (9), était préparé pour affronter la vague du télétravail. Reste que si le gouvernement a incité au télétravail, il n'en a pas vraiment pris en compte les contraintes et les limites. Les études montrent que la massification du télétravail n'en change pas les dynamiques déjà

observées. Alors que l'accès au télétravail constitue une récompense pour des cadres, le plus souvent des hommes que l'entreprise veut fidéliser, le télétravail se présente plutôt comme une opportunité pour des employées, qui ne modifie aucunement la trajectoire de leur carrière (10). Si le télétravail s'impose avec la pandémie de Covid-19, il demeure socialement inégalitaire et reproduit des modes d'actions genrés (11).

Au-delà de la promotion du télétravail, le moment Covid-19 a montré que c'est par le truchement des dispositifs juridiques de prévention des situations au travail pathogènes que le droit du travail prend véritablement en considération le travail, entendu comme les modalités concrètes de réalisation de la prestation (12). Alors que la détermination des procédures et des *process* de travail est généralement laissée aux managers et aux théories qui les inspirent, les pouvoirs publics se sont pleinement saisis de ces sujets. Guidés par la volonté de lutter contre la propagation du virus dans les milieux professionnels tout en préservant les activités économiques qui devaient ou pouvaient l'être, les pouvoirs publics ont notamment pris en compte les différentes manières de travailler pour justifier que tous les secteurs n'aient pas été logés à la même enseigne lors du confinement du printemps 2020. L'exemple des entreprises du secteur du bâtiment est éloquent : ce n'est que lorsque les *process* de travail ont été adaptés, que les ouvriers ont pu recevoir le matériel adéquat, que les entreprises ont pu reprendre leurs activités (13). De même, le protocole national de déconfinement (14) – et ses détails sur la distance qui doit séparer deux travailleurs – témoigne de l'attention renouvelée portée au travail.

(6) Du reste l'objectif d'emploi justifie une détérioration de la qualité des emplois.

(7) M. Le Gagneur, « 2020, l'année du télétravail ? », *Les Carnets de l'EHESS : Perspectives sur le coronavirus*, <https://www.ehess.fr/fr/carnet/coronavirus/2020-lann%C3%A9-t%C3%A9travail%C2%A0>

(8) Sur les différentes logiques du télétravail, B. Géniaut, « Covid-19 et télétravail », *Dr. soc.*, 2020, p. 607.

(9) Au printemps 2020, les droits italien et allemand ne contenaient aucune disposition sur le télétravail. Le 21 janvier 2021, l'ordonnance sur la santé et la sécurité au travail face au Covid-19 (SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung) a été adoptée en Allemagne. Elle comporte une définition du travail mobile et les modalités de mise en place du télétravail. En Italie, il n'y a toujours pas de disposition dédiée au télétravail. Celui-ci se développe à l'ombre d'autres catégories. Pour la comparaison, v. le dossier « Regards comparés sur le droit social à l'épreuve du Covid-19 », *RDT*, 2020, p. 273.

(10) En ce sens, v. J. Pralong, M. Peretti-N'Diaye, « Télétravail, compétences et modes de coordination », dans le présent numéro.

(11) M. Le Gagneur, « 2020, l'année du télétravail ? », « 2020, l'année du télétravail ? », *Les Carnets de l'EHESS : Perspectives sur le coronavirus*, op. cit.

(12) C. Wolmark, « Le travail, absent du droit du travail », *Travailler*, n° 36, 2016/2, p. 155.

(13) Le 3 avril 2020, le « Guide de préconisations de sécurité sanitaire pour la continuité des activités de la construction en période d'épidémie de coronavirus Covid-19 » était publié. Simultanément, une circulaire interministérielle, datée du 4 avril a été adressée aux préfets pour leur confirmer qu'un accord a été trouvé entre les pouvoirs publics et les représentants du secteur du BTP en vue de la « reprise prochaine des chantiers prioritaires dans un cadre préservant la santé des salariés » et pour leur en confier la mise en œuvre dans leur ressort territorial.

(14) Le ministère a multiplié plusieurs versions du protocole national. Au protocole national de déconfinement publié au printemps 2020 et qui a connu de nombreuses versions (sur ce protocole, v. L. Jubert, « Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 : Quelques réflexions sur l'encadrement par l'État d'une situation hors norme », *RDT*, 2020, p. 521 ; H. Lanouzière [entretien], « Le protocole de déconfinement donne des principes et des repères », *SSL*, n° 1907, 11 mai 2020) a succédé le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés face à l'épidémie de Covid-19, lui aussi régulièrement actualisé. À l'heure où ces lignes sont écrites, la dernière version date du 16 février 2021 (<https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/protocole-national-sante-securite-en-entreprise.pdf>).

Les réalités du travail se sont donc imposées comme objet normatif. L'objectif de soustraire les travailleurs qui pouvaient l'être au risque de contagion, l'exposition de certains travailleurs au risque sanitaire, et surtout l'inégalité de cette exposition, ont placé les projecteurs sur la grande hétérogénéité des situations au travail, mais également un hiatus entre l'utilité sociale du travail et sa valorisation. Comme le relève un auteur, « avec le Covid-19, les travailleurs "routiniers", mal rémunérés et dont certains annonçaient le prochain remplacement par des machines, se sont révélés "essentiels" (15) ». La crise du Covid-19 constitue ainsi une invitation à modifier les outils pour évaluer les hommes et leurs activités. La rémunération, indexée sur le niveau de qualification et sur la productivité, ne saurait ignorer l'utilité sociale et la pénibilité de certains travaux. Renouveler les outils de valorisation du travail s'impose d'autant plus que les travaux dits « de seconde ligne » qui ont soumis les salariés à un risque de contagion important prennent place dans des entreprises qui, par contraste, ont peu souffert de la crise actuelle, que l'on pense aux enseignes de la grande distribution ou aux géants du commerce en ligne.

C'est alors une autre réalité qui s'est imposée à la vue de tous : la dépréciation du travail par rapport à

l'autre composante de l'entreprise, à savoir le capital. À l'occasion de la pandémie, il est apparu avec netteté que la prise de risque n'est pas l'apanage des apporteurs de capitaux, des investisseurs. Comme les investisseurs, les salariés apportent un capital indispensable à la réalisation de l'activité : leur force de travail que la formation initiale et professionnelle doit entretenir. Comme les investisseurs, les salariés peuvent voir leur capital se détériorer, en exposant leur corps et leur esprit aux risques professionnels. Plus que jamais, le caractère indispensable du travail, comme les risques auxquels sont exposés les travailleurs, sont apparus en pleine clarté. Comment alors justifier que la gouvernance de l'entreprise soit principalement orientée vers la satisfaction de l'intérêt des associés ? Salariés et investisseurs, tous deux, apportent du capital et prennent le risque de sa détérioration : ce parallélisme doit conduire à un renouvellement de la gouvernance des entreprises (16), dans la continuité du mouvement initié par la loi Pacte. En la matière, la pandémie pourrait-elle constituer un accélérateur ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les salariés se voient particulièrement exposés aux conséquences de l'aléa économique.

II. L'aléa économique : quelle imputation ?

Protéger les salariés contre les conséquences économiques de la pandémie est une des lignes de force de l'action gouvernementale. La France est un des pays où le dispositif de l'activité partielle a été le plus utilisé (17). Le risque économique semble ainsi principalement supporté par l'État, et donc la collectivité. Comme le suggère le désormais fameux « *quoi qu'il en coûte* », ce transfert vers l'État et les organismes de sécurité sociale, qui conduit à une nationalisation des rémunérations, est de nature exceptionnelle, à double titre : inhabituel dans son principe même, d'abord, exceptionnel dans son ampleur, ensuite.

Afin d'apprécier à sa juste mesure cette responsabilisation de la puissance publique au moyen de

l'activité partielle, encore convient-il d'avoir bien présent à l'esprit le schéma de répartition des risques économiques entre employeurs, salariés et puissance publique sur lequel elle s'est greffée. Ce schéma a sensiblement évolué à la faveur des réformes intervenues depuis une quinzaine d'années (18). Alors que le droit du travail a, historiquement, attribué la charge du risque économique à l'employeur, ce risque semble dorénavant supporté par les salariés et la collectivité.

Le schéma d'attribution des risques (19) qui s'est progressivement installé est d'abord marqué par la multiplication d'instruments juridiques qui facilitent le transfert du risque économique des employeurs

(15) A. Supiot, « Le contenu et le sens du travail sont des exigences de justice sociale », *Alternatives économiques*, 22 janvier 2021. V. également les remarques conclusives de J. Le Goff dans le présent numéro.

(16) En ce sens, v. C. Clerc, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *RDT*, 2018, p. 107 ; V. également les réflexions conclusives de J. Le Goff dans le présent numéro.

(17) R. Dalmasso, « Les trois âges de l'activité partielle », *Dr. soc.*, 2020, p. 612 ; S. Tournaux, « Activité partielle en période de crise sanitaire : rupture ou continuité ? », *RDSS*, 2020, p. 954 ; F. Géa, « L'activité réduite pour le maintien en emploi. Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020, art. 53 », *RDT*, 2020, p. 471.

(18) S'il est toujours difficile de dater les évolutions juridiques, on peut raisonnablement considérer que la loi n° 2008-596

du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, laquelle a instauré la rupture conventionnelle, place le droit du travail sur le chemin d'un modèle de droit du travail qui, grâce à des dispositifs de flexibilisation, permet aux entreprises d'éluder le risque économique – ce que d'aucuns nomment le modèle de flexisécurité. Sur ce point, v. T. Sachs, « La consolidation d'un droit du marché du travail », *RDT*, 2016, p. 748.

(19) Sur le contrat de travail comme convention de répartition des risques, v. A. Lyon-Caen, « Les clauses de transfert de risques sur le salarié », *Revue juridique d'Île-de-France*, n° 39-40, janvier-juin, p. 151. V. également, H. Petit, D. Sauze, « Une lecture historique de la relation salariale comme structure de répartition d'aléas : en partant du travail de Salais » in F. Eymard-Duverny (dir.), *L'économie des conventions, Méthodes et résultats*, La Découverte, 2006, p. 303.

vers les salariés, que l'on pense à l'objectivation du motif économique de licenciement, au rétrécissement du domaine d'appréciation de ce motif au territoire national (20). Ont également proliféré les dispositifs négociés qui organisent un tel transfert, à l'instar de la rupture conventionnelle collective ou de l'accord de performance collective (APC). Par ces différentes réformes, les salariés ont vu leurs conditions de rémunération et d'emploi devenir perméables aux variations, voire la dégradation, de la situation économique de leur entreprise. Alors que la condition de salarié est censée soustraire le travailleur aux aléas de la conjoncture économique (21), cette protection se trouve sensiblement dégradée.

En cette période où les entreprises affrontent une baisse de leurs activités et un futur incertain, l'accord de performance collective connaît un succès croissant. Valeo, Derichebourg, Lisi, Aéroport de Paris : les exemples d'entreprises au sein desquelles est conclu un APC prévoyant, entre autres, une diminution des rémunérations ne manquent pas. Interpréter l'attrait pour ce dispositif n'est pas aisé. On peut y voir le parfait instrument du moins disant social. Ou, à l'inverse, l'accord de performance collective s'offre comme un instrument idoine pour traverser, en minimisant les dégâts, une crise conjoncturelle. En tout état de cause, comme le relève un auteur, il constitue un formidable instrument de transfert du risque économique sur les salariés (22). Ainsi, le recours massif à l'activité partielle, pourtant présenté comme une manière de protéger les salariés, ne les a pas immunisés contre le transfert du risque économique. La socialisation du risque économique engendrée par l'activité partielle n'emporte pas immunisation du salarié face au risque économique. Dans un tel contexte, que la responsabilisation massive de la collectivité à travers la mobilisation de l'activité partielle ne se soit accompagnée d'aucune remise en question du schéma qui vient d'être décrit interroge. De nombreux pays ont conditionné le bénéfice des équivalents de l'activité

partielle à la suspension du droit de licencier (23) ou encore à l'absence de rémunération du capital à travers les dividendes (24). En France, les contreparties ont fait leur apparition tardivement, dans le cadre de l'activité partielle de longue durée, sans que la valeur des engagements sur l'emploi que doit contenir l'accord ouvrant droit à l'attribution de l'activité partielle soit assurée. Tout s'est passé en France comme si les impératifs de l'urgence paralysaient toute réflexion sur le conditionnement des aides à certaines contreparties. La désresponsabilisation des entreprises face à l'aléa économique semble ainsi durablement ancrée dans le droit social français (25).

En somme, le droit social contemporain organise un transfert du risque économique sur les salariés et sur la collectivité. Ce double transfert se trouve au cœur du modèle de la flexisécurité. L'allègement des contraintes qui pèsent sur la rupture du contrat de travail conduit à un premier transfert du risque économique sur les salariés. La prise en charge de ce dernier par le système de protection sociale, en particulier l'Assurance chômage, et par le système de formation professionnelle produit un second transfert vers la collectivité des salariés. Loin d'amender ce mouvement, le recours massif à l'activité partielle, parce qu'il n'a été assorti d'aucune réflexion approfondie sur la répartition, entre les entreprises et l'État, des conséquences économiques, l'a renforcé. Voilà qui vient tempérer les vertus contracycliques des aides apportées par l'État : il est à craindre que ces dernières viennent simplement retarder – et non empêcher – le transfert du risque économique vers les salariés. Surgit alors une interrogation : les salariés disposent-ils de moyens pour se prémunir contre ce risque ? L'appel au collectif pourrait constituer une piste. C'est sans compter sur les contradictions du droit du travail en la matière.

(20) Sur ces évolutions, G. Gourgues, E. Peskine (entretien), « L'État s'est rendu impuissant face aux licenciements économiques », *Alternatives économiques*, n° 406, 7/11/2020. Par ailleurs, comme le suggère un des contributeurs à ce numéro, ces évolutions pourraient faciliter les licenciements économiques, même si certaines ressources pourraient éventuellement être mobilisées pour contrecarrer cette tendance (V. Ilieva, « De quelques contre-arguments face aux suppressions d'emplois induits par la crise sanitaire », dans le présent numéro).

(21) T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail : Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social » ; t. 53, 2010.

(22) H. Cavat, « L'accord de performance collective ou le transfert du risque », *RDT*, 2020. Dans le présent numéro, voir les analyses de V. Ilieva qui livre des pistes pour neutraliser l'usage des APC.

(23) Tel est le cas en Espagne et en Italie. Sur ce point v. les contributions d'A. Guaman (Espagne) et A. Perulli (Italie) dans le dossier « Regards comparés sur le droit social à l'épreuve du Covid-19 » (*RDT*, 2020, p. 273).

(24) En France, une communication du gouvernement, en date du 2 avril 2020, fixe des restrictions visant les seules grandes entreprises qui ont souhaité bénéficier d'une aide en trésorerie de la part de l'État (à savoir un report de cotisations, un report d'échéance fiscale ou l'obtention d'un prêt garanti par l'État). L'activité partielle ne fait pas partie des aides visées. Lesdites entreprises doivent s'engager à ne pas verser de dividendes en 2020 (<https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2020/covid-faq-termes-references-dividendes.pdf>).

(25) V. toutefois les arguments développés par V. Ilieva dans le présent numéro pour contrer cette tendance dans le cadre du contentieux.

III. Le collectif : quelle place ?

Alors que les réformes récentes ont toutes affiché l'ambition de promouvoir le dialogue social, le moment Covid-19 rend saillantes les contradictions dont cette ambition est porteuse. À l'heure où le travail et l'emploi sont dans la tourmente, la faible implication des syndicats, et plus largement des représentants des travailleurs, dans la gestion de la crise pandémique laisse songeur. Des excursions en droit comparé permettent de prendre la mesure de cette faiblesse. C'est ainsi que dans certains pays, les syndicats occupent un rôle important dans la mise en œuvre de l'activité partielle (26). Dans d'autres, ils ont participé à une commission *ad hoc* qui a élaboré les protocoles portant sur les modalités de mise au travail dans les entreprises (27). Enfin, c'est aussi au sein même des entreprises que l'implication des représentants des travailleurs est requise pour la mise en œuvre de certaines dispositions relatives à la gestion de la crise (28). On le voit, l'implication des représentants des travailleurs, en France, est nettement en retrait. Comment comprendre un tel constat ? Répondre à cette question requiert d'abord d'essayer d'en saisir les raisons, puis d'esquisser une interprétation.

Du côté des raisons, trois d'entre elles peuvent être suggérées, sans qu'elles soient exhaustives (29). Tout d'abord, la faible implication de la représentation des travailleurs dans les entreprises a été en quelque sorte orchestrée par le gouvernement. Sans entrer dans les détails des mesures d'urgence qui ont été adoptées, soulignons simplement que le gouvernement a autorisé l'employeur, dans certains domaines, à contourner la

négociation collective (30) ; que le raccourcissement des délais d'information-consultation a été tel qu'il a rendu « [ineffective] la garantie du droit à consultation en période de crise sanitaire (31) ». Les nécessités de l'urgence ont ainsi justifié une mise à mal du droit des travailleurs à participer à la détermination de leurs conditions de travail (32).

Ensuite, peut-on considérer que la faiblesse du dialogue social tient à la faveur donnée à des moyens de résistance au pouvoir patronal fondés sur une logique individuelle (33) ? À cet égard, les analyses de l'usage du droit de retrait dans le cadre de cette crise sont éclairantes (34). « *Protection individuelle de l'intégrité physique et psychique du travailleur* », le droit de retrait peut s'exercer collectivement dans l'unique objectif de réclamer l'application (et non l'amélioration) de mesures de prévention (35). Toutefois, l'activation du droit de retrait repose sur des ressorts éminemment individuels dans la détermination du risque qui peut raisonnablement justifier l'exercice du droit du retrait. Toute exposition au risque de contamination peut-elle justifier l'exercice du droit de retrait ? Ou seule une exposition particulière, qui va au-delà de l'exposition normale induite par le contexte pandémique serait-elle à même de justifier l'exercice d'un tel droit ? La faveur donnée à la seconde interprétation accentue la logique individuelle du droit de retrait (36) qui laisse peu de place à la constitution d'un collectif.

Enfin, et ce sera la troisième raison, l'usage massif du télétravail rend plus difficile l'émergence de logique collective de participation des travailleurs.

(26) Tel est le cas en Espagne où les syndicats ont fortement contribué à la refonte de l'activité partielle, ainsi qu'à sa mise en œuvre. Sur ce point, v. la contribution d'A. Guaman dans le dossier « Regards comparés sur le droit social à l'épreuve du Covid-19 » (*RDT*, 2020, p. 273).

(27) Tel est le cas en Italie.

(28) Il en est ainsi en Allemagne avec le droit à la codétermination du conseil d'établissement (en ce sens, v. la contribution de J. Brockmann dans le dossier « Regards comparés sur le droit social à l'épreuve du Covid-19 », *RDT*, 2020, p. 273).

(29) Nous n'évoquerons pas ici les difficultés qui tiennent à la distanciation physique. L'impact de cette dernière sur les relations professionnelles doit faire l'objet d'une étude des pratiques. Tout au plus, pouvons-nous souligner que le droit a adapté les conditions matérielles de négociation et de conclusion des accords collectifs. Sur ce point, v. les questions-réponses du ministère du Travail consacrées au dialogue social (mises à jour le 27/11/2020).

(30) V., par exemple, l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos qui a ouvert la possibilité pour l'employeur unilatéralement d'imposer ou modifier, sans qu'un accord collectif soit nécessaire, la prise de jours RTT.

(31) F. Guiomard, « L'ineffectivité de la garantie du droit à consultation en période de crise sanitaire », *RDT*, 2020, p. 486. Dans le même

sens, v. la controverse « Le CSE et le droit à la participation des travailleurs : des victimes collatérales de la Covid-19 ? » qui a opposé S. Bernard et V. Roulet (*RDT*, 2020, p. 440). La première montre comment le droit à la participation a été mis à mal par la paralysie du droit d'accéder en justice pour réclamer l'application des droits à information et consultation a été paralysé dans un premier temps, puis par la complexité des conditions pour organiser une expertise dans les délais impartis par les textes.

(32) Le Conseil d'État a néanmoins estimé qu'il n'y avait pas urgence à suspendre les décrets à l'origine de cette mise à mal (Conseil d'État, juge des référés, ordonnance, 30/06/2020, requête n° 441032).

(33) Sur ce point, v. les analyses éclairantes en matière de santé et sécurité au travail de M. Keim-Bagot et N. Moizard, « Santé au travail et pandémie : Les droits du salarié en recul », *RDT*, 2020, p. 25

(34) Sur les usages du droit de retrait, v. la controverse opposant P.-Y. Verkindt et M. Babin (« Quels usages du droit de retrait ? », *RDT*, 2020, p. 721) ; L. Jubert, « La légitimité de l'exercice du droit de retrait face à l'épidémie de Covid-19 », publié dans le présent numéro.

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.*

L'atomisation de l'entreprise ne peut pas rester sans effet sur la constitution des collectifs de travail, et par ricochet sur la représentation des travailleurs (37).

L'interprétation d'une telle mise en retrait n'est pas aisée. Une première interprétation, plutôt conjoncturelle, consiste à mettre l'accent sur le caractère exceptionnel de la situation. L'effacement du collectif résulterait des diktats de l'urgence et de la dislocation des liens sociaux. Dans cette perspective, une fois refermée la parenthèse covidienne, le dialogue social pourrait retrouver son cours normal (38). Selon une seconde interprétation, les évolutions constatées sont

révélatrices des lignes de force du système de relations professionnelles français. Dans cette optique, le hiatus entre le discours de promotion du dialogue social qui se trouve au cœur des réformes récentes et ses réalités permet de révéler les finalités de cette promotion. Ce qui semble recherché, c'est moins la dynamique du dialogue social que son résultat : la signature d'accords collectifs qui permettent de fixer des conditions de travail au plus près des besoins des entreprises. Pareille instrumentalisation du dialogue social est une tendance qui n'est pas nouvelle. La crise actuelle la met en lumière, crûment.

IV. Le droit du travail : quelle normativité ?

L'effacement des partenaires sociaux a pour pendant une omniprésence de l'État en général, de l'État social en particulier. L'État s'assume interventionniste : la rupture avec le discours néolibéral est nette. Aux habits de l'État simple régulateur des marchés, lui ont été préférés ceux plus anciens de « l'État instituteur du social » et ceux un peu plus récents de l'État providence. Empruntées à P. Rosanvallon (39), ces expressions tendent à rendre compte des différentes fonctions assumées par l'État au fil du temps. À partir du XIX^e siècle, l'État « instituteur du social » cherche à configurer la société aux moyens d'instruments divers, notamment l'éducation et les politiques de santé publique. La paupérisation engendrée par l'industrialisation rend nécessaire une implication de médecins hygiénistes dans le suivi des indigents. Ces médecins contrôlent notamment se renforce et renforce le lien social « l'adoption de certains gestes d'hygiène » : L'État se renforce et renforce le lien social en enseignant des comportements relatifs à la santé et à l'hygiène. Voilà qui n'est pas sans faire écho à la manière dont l'État contemporain a entendu diffuser, au sein de la population en général, dans les entreprises en particulier, des gestes barrières. À la fin du XIX^e siècle, l'État commence à assumer une autre fonction : protéger les individus contre les aléas de la vie. L'État providence se construit progressi-

vement. Et si cette figure de l'État a subi des attaques ces dernières années, la pandémie du Covid-19 lui a redonné ses couleurs. Considéré comme un « *bien commun* », l'État providence a su faire montre de ses vertus, obligeant à mettre entre parenthèses certaines réformes inspirées par l'objectif de voir diminuer son envergure (40).

D'un point de vue normatif, il serait hâtif de penser que la résurgence d'un État interventionniste ait eu pour prolongement la multiplication de technologies juridiques particulièrement contraignantes. Au contraire, si l'État a assumé sa fonction d'instituteur du social, c'est au moyen d'outils normatifs à la consistance juridique incertaine. À cet égard, les analyses des inspecteurs du travail présentées dans ce dossier sont éloquentes. Alors que la prévention en matière de santé et de sécurité entre pleinement dans le domaine de leur intervention, il leur a plutôt été demandé de ne pas utiliser l'arsenal directif dont ils disposent. Plutôt que de brandir la menace de la sanction et de contraindre, ils ont été fortement incités (au risque de la sanction (41)) à endosser un rôle de conseiller. Le gouvernement a ainsi privilégié la pédagogie à la contrainte. À cet égard, l'usage massif des questions-réponses du gouvernement en général, du ministère du Travail en particulier, en témoigne. La valeur juridique de ces énoncés demeure incer-

(37) À cet égard, la difficulté à faire émerger des collectifs au sein des plateformes numériques telles que Uber, Deliveroo en témoigne.

(38) Dans un rapport d'étape consacré à l'évaluation des ordonnances Macron publié en juillet 2020, les auteurs s'interrogent : « *La crise de la Covid-19 est de celle qui accélère et amplifie les transformations. Qu'en sera-t-il du dialogue social alors que les situations économiques et sociales vont mettre employeurs et salariés devant des choix difficiles ? Sera-t-il renforcé par la mise en œuvre des ordonnances participant à aborder au mieux les enjeux de compétitivité, de l'emploi et de ses conditions ?* » (« Rapport intermédiaire du Comité d'évaluation des ordonnances Travail du 22 septembre 2017 », juillet 2020, p. 122).

(39) P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Seuil, 1990.

(40) C'est ainsi que la réforme des retraites a été suspendue. Quant à la réforme de l'Assurance chômage, les premières dispositions de la réforme ont été mises en place en novembre 2019. Face à l'épidémie de Covid-19 et à ses conséquences sur l'emploi, l'application de la réforme a été repoussée à janvier 2021, puis au 1^{er} avril 2021. Le Conseil d'État a cependant annulé deux de ses dispositions (25/11/2020, n°434920). Sur cette réforme (avant la décision du Conseil d'État), v. A. Camaji, « Le délitement de la logique salariale de l'Assurance chômage », *Dr. ouv.*, 2020, p. 284.

(41) V. la mutation d'office d'Anthony Smith (« Inspecteur du travail suspendu : la politique de la mise au pas », *Libération*, 22 avril 2020). Cette affaire est évoquée par V. Labatut (« Contraindre l'employeur à respecter l'obligation de prévention », dans le présent numéro).

taine. Probablement peut-on les considérer comme un équivalent des circulaires. Alors qu'au moyen des circulaires, une administration s'adresse à ses agents pour lui fixer des orientations relatives à l'application d'une règle juridique, le gouvernement utilise les questions-réponses pour livrer ces orientations directement aux diverses destinataires de la règle de droit.

À l'instar des questions-réponses, le protocole national de déconfinement dans ces versions successives (42), comme le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19, qui lui a succédé, sont des instruments dont l'analyse juridique est malaisée (43). D'un côté, le Conseil d'État, dans une décision du 17 décembre 2020, qualifie notamment le protocole d'« ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de COVID-19 (44) ». Le terme de « recommandation » tend ainsi à dénier toute valeur impérative aux protocoles successifs. De l'autre, il peut être considéré que ces documents bénéficient d'une force obligatoire indirecte : celle de l'obligation de sécurité qu'ils déclinent. Que l'administration du travail prenne appui sur ce protocole pour évaluer l'organisation mise en place dans l'entreprise corrobore cette analyse (45). De la même manière, il a été suggéré que le protocole pourrait servir d'étalon d'évaluation pour apprécier la légitimité du droit de retrait exercé par le salarié. Le protocole s'offre ainsi comme un « modèle pour l'action (46) ».

Le débat sur la force normative du protocole ne doit pas occulter une autre de ses spécificités : il se situe au croisement de la normativité juridique et de normativités extra-juridiques : techniques, médicales, sociales (47). Le protocole opère un syncrétisme qui vise à susciter l'adhésion des destinataires de la règle. La place qui y est faite aux explications médicales et scientifiques vise à convaincre d'adopter les normes de comportement édictées, plutôt qu'à les imposer.

Son effectivité, voire son efficacité, est recherchée grâce à la pédagogie. Si cette manière de faire n'est pas nouvelle (48), elle s'exprime pleinement dans la période actuelle, tant elle favorise la pénétration, dans le droit du travail, de considérations extra-juridiques (scientifiques, sanitaires, économiques, sociales). Ce que la crise actuelle a révélé, c'est l'aptitude du droit du travail à opérer, grâce à différents dispositifs et institutions, une composition des savoirs et des valeurs. Le droit souple n'a pas l'exclusivité de cette composition. À cet égard, de nombreuses contributions au colloque ont mis en lumière que l'enquête judiciaire constitue un lieu privilégié où peuvent être discutés ces savoirs extérieurs et la manière de les articuler (49). Le raisonnement judiciaire peut ainsi prendre appui sur les analyses de la CNIL, de l'inspection du travail, des experts sollicités par les représentants du personnel (50). Plus que jamais, l'accès au juge et le débat judiciaire apparaissent comme une exigence démocratique. Cette leçon mérite d'être rappelée à l'heure où l'éviction du juge demeure un marqueur du droit du travail contemporain.

Tatiana Sachs

(42) L. Jubert, « Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 : Quelques réflexions sur l'encadrement par l'État d'une situation hors norme », *RDT, op. cit.* ; A. Lyon-Caen, « Protocole », *RDT*, 2020, p. 505.

(43) En ce sens, v. V. Labatut, « Contraindre l'employeur à respecter l'obligation de prévention », dans le présent numéro.

(44) CE, 17 janvier 2020, n° 446797. Pour une critique de cette décision, v. G. Loiseau, « Protocole sanitaire national : le Conseil d'État dans le déni », *BJT*, n° 114s0, janv. 2021, p. 7. V. également, G. Koubi, « Covid-19 : des "fiches conseils-métiers" du ministère du Travail », *Dr. ouv.*, 2020, p. 515.

(45) En ce sens, v., par exemple, l'instruction de la DGT du 3 novembre 2020 sur les modalités d'intervention de l'inspection du travail.

(46) A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, p. 199.

(47) L. Jubert, « Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 : Quelques réflexions sur l'encadrement par l'Etat d'une situation hors norme », *RDT, op.cit.*

(48) En ce sens, v. les analyses d'A.-S. Ginon et F. Guiomard, « La recommandation en droit social » in A. Jeammaud et alii (dir.), *À droit ouvert : Mélanges en l'honneur d'A. Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 377.

(49) En ce sens, v. tout particulièrement les contributions des deux inspectrices du travail V. Labatut et C. Liotard publiées dans ce numéro.

(50) V. par exemple les décisions rendues dans le cadre du contentieux Amazon, P.-E. Berthier, « La participation des représentants du personnel à l'évaluation des risques professionnels : Les enseignements de l'arrêt Amazon France Logistique », *RDT*, 2020, p. 482 ; C. Gallon, « De Lille à Nanterre en passant par Versailles, les points cardinaux du droit à la sécurité en temps d'épidémie », *Dr. ouv.*, 2020, p. 305 ; F. Guiomard, « Les référés, juges de la prévention », *RDT*, 2020, p. 351.