

Semaine Sociale Lamy, N° 1508, 10 octobre 2011

- Discutants L'avenir du droit du travail

[Discutants L'avenir du droit du travail](#)

[LE PRINCIPE DE DÉFAVEUR](#)

[LE PACTE D'INTÉGRATION](#)

[UN PACTE DE NON-RÉGRESSION...](#)

[DES ACTEURS CAPABLES DE CONCLURE...](#)

[LA PARTICIPATION PLUTÔT QUE LA DÉROGATION](#)

François Gaudu

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris I - Panthéon-Sorbonne

Président de l'association française de droit du travail

L'avenir du droit du travail comme discipline « technique » est hors de doute : l'Europe occidentale étant ce qu'elle est, il y aura des juristes du travail prospères.

Mais est-ce que le droit du travail continuera d'assurer la fonction sociale globale qu'il assure depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, à savoir :

remédier à la situation de faiblesse du salarié, lorsque celui-ci traite individuellement avec l'employeur ;

« intégrer » la classe ouvrière à la nation, et donner ainsi aux salariés une dignité collective. Ce n'est pas parce que la classe ouvrière n'a pas de rôle rédempteur (plus grand monde ne croit au « *rôle historique de la classe ouvrière* ») qu'il n'existe plus de classes sociales.

• Dans la légende certes, le droit du travail est un droit « conquis » par les luttes. Historiquement, il est très largement le produit de politiques - que l'on appellerait maintenant d'intégration - conduites par des dirigeants, parfois conservateurs, pour rassembler les ouvriers avec les autres classes sociales dans le contexte des conflits du XIX^e et du XX^e siècle : les radicaux et les socialistes « d'Union sacrée », et de Gaulle ; Bismarck et Churchill ; les deux Roosevelt... Lorsque l'État a besoin du mouvement ouvrier, il sait mettre en place un droit social. Les dirigeants américains ont toléré un pouvoir syndical qui ne leur ménageait pas son soutien jusqu'à la fin de la guerre du Vietnam... Les politiques volontaristes n'ont toutefois de sens que s'il existe un mouvement ouvrier assez

puissant pour qu'il faille compter avec lui (Bismarck ne se conçoit pas sans Lassalle, ni la politique sociale de de Gaulle sans la CGT et le Parti communiste).

Le droit du travail, au regard de ces deux fonctions, est doublement menacé :

par la mise en concurrence des législations, qui résulte de l'ouverture européenne et mondiale des marchés ;

par le désintérêt croissant de la classe dirigeante vis-à-vis des enjeux nationaux et par l'affaiblissement du mouvement ouvrier organisé.

• Pourtant, il semble que les trente années où la déréglementation était au cœur de l'agenda mondial du droit social se sont achevées dans la décennie 2000.

Du moins en est-il ainsi si l'on regarde hors d'Europe : en 2000 et en 2003, le Japon, en dépit de ses difficultés, a adopté des lois qui confortent la stabilité de l'emploi. Il en va de même de la Chine en 2007 et de l'Australie en 2009. Les autorités européennes ont de leur côté rencontré des difficultés lorsqu'elles ont voulu pousser à une déréglementation du licenciement économique : le « *Livre vert* » présenté par la Commission en novembre 2006 a dû être amendé ; le projet de contrat de travail unique a été successivement abandonné en France et en Espagne...

• Pour ce qui est des rapports collectifs de travail, les entreprises japonaises, en dépit d'une réforme de 2002 qui leur a permis d'adopter un modèle américain de « *corporate governance* », ont dans leur très grande majorité (plus de 90 %) conservé le modèle traditionnel inspiré de la participation allemande (« *informal German-like* »). Aux États-Unis et en Australie, deux alternances ont porté au pouvoir des administrations qui avaient pour projet de réformer le système dans un sens favorable aux syndicats. L'échec du Président Obama est à cet égard patent ; mais les nominations présidentielles au « *National Labor Relations Board* » ont mis fin à une situation qui faisait traiter les conflits par des juges majoritairement favorables au patronat. Enfin, la crise de 2008 a jusqu'à un certain point réconcilié la classe dirigeante allemande avec un système de codécision avec le *Betriebsrat* (équivalent allemand du comité d'entreprise) qui a aidé à affronter les difficultés.

L'époque Thatcher-Reagan-Blair est close. Les raisons sont multiples :

la force des traditions nationales (Japon, Allemagne, France...) a fait obstacle à une déréglementation radicale ;

l'essor économique des pays émergents leur fait rencontrer les mêmes difficultés qui ont fait naître le droit social au XIX^e siècle en Europe ;

les succès économiques et la situation sociale des États-Unis et de la Grande-Bretagne ne sont pas tels qu'ils inspirent l'envie de leur emprunter des recettes.

Ceci ne signifie pas, cependant, que la pression à la baisse sur le droit social des pays européens va disparaître. L'Europe occidentale continentale fait aux salariés un sort tellement meilleur que le reste du monde qu'il peut être vrai, en même temps, que le droit social a trouvé un second souffle au niveau mondial (ce dont atteste le regain de l'OIT), et que la mise en concurrence des législations va continuer.

L'avenir du droit du travail est assuré, mais la pérennité de l'équilibre qui s'est établi en Europe occidentale après la Seconde Guerre mondiale ne l'est pas : d'ici à ce que l'ascenseur qui monte (brésilien ou chinois) croise l'ascenseur qui descend (européen), il y a loin. Pendant ce temps, les particularités « sociales » de la civilisation européenne peuvent être effacées. En France, la remise en cause du droit du travail pourrait prendre la forme du « principe de défaveur ».

LE PRINCIPE DE DÉFAVEUR

Au siège de La Rochelle, d'après Alexandre Dumas, un mercenaire arabe recueillait l'assentiment de son auditoire avant de le dérouter, en disant : « *Mieux vaut être assis que debout ; couché qu'assis ; mort que couché.* » Transposons : « *Mieux vaut la négociation collective que la loi ; mieux vaut l'accord d'entreprise que la convention de branche* » (on peut objecter, mais en articulant la valorisation du contrat et le principe de proximité et en invoquant la « *démocratie sociale* », cela peut être soutenu).

Imaginons toutefois que le raisonnement s'affranchisse de ses présupposés, pour dire à la fois : 1) que les parties au contrat de travail doivent pouvoir s'évader des contraintes prévues par la loi et la négociation collective, et 2) qu'il ne faut pas que les salariés puissent invoquer leur contrat individuel pour échapper au régime du travail prévu par un accord collectif. Les deux énoncés sont logiquement peu compatibles (si le contrat individuel est la source majeure, on voit mal comment justifier qu'il plie devant un acte collectif, et réciproquement). Pourtant, à l'état embryonnaire, ils sont l'un et l'autre déjà à l'œuvre dans notre législation : il existe des hypothèses légales d'*opting out* individuel (la possibilité pour le titulaire d'une convention de forfait en jours d'accepter une augmentation du nombre de jours travaillés, ou la résiliation conventionnelle) ; et des cas où la négociation collective fait plier le contrat de travail (la réduction de la durée du travail sans baisse de salaire). En doctrine, les deux orientations sont soutenues - la seconde très fortement par le rapport Barthélémy-Cette - sans qu'aucune ne prétende vraiment éliminer l'autre. Combinant leurs effets, elles amèneraient au principe suivant : tout accord conclu par l'employeur, soit avec le salarié individuellement, soit avec des « représentants » (peu important que ce soient des élus du personnel dont l'indépendance ne peut pas être contestée en justice ou des « mandatés » qui ne représentent souvent personne...), peut mettre de côté les normes qui sont susceptibles de le gêner... Au lieu du principe de faveur, le principe de défaveur - la norme la plus favorable à l'employeur l'emporte. « *Mort que couché...* »

L'idée d'une constitutionnalisation du droit des employeurs à la négociation collective ou de « l'autonomie collective » peut dans ces conditions sembler aventureuse.

Les accords locaux, les reculs temporaires, peuvent certes être justifiés par la nécessité de préserver l'emploi.

Mais la France, comme l'essentiel de l'Europe, est une économie en cours de désindustrialisation. Le capital, sur un marché libre, s'investit ailleurs : là où les salaires sont tellement plus bas et le droit du travail (malgré ce qui a été dit auparavant) encore si peu contraignant. Tout porte ainsi à craindre que le caractère provisoire s'attache davantage à la préservation de l'emploi des salariés qu'aux concessions qu'ils vont faire pour l'obtenir. (De même que, dans la « flexisécurité » telle que l'ont redéfinie la Commission européenne, les Britanniques et leurs épigones français, la « sécurité » n'est qu'une viande creuse, à l'opposé de ce que proposaient les rapports Boissonnat et Supiot et des premières expériences néerlandaise et danoise). C'est ce qui fait toute la difficulté de concevoir une autre voie que celle du lent recul du droit du travail.

LE PACTE D'INTÉGRATION

Tentons-le malgré tout, avec une réserve : les politiques publiques qui pourraient permettre un renouveau du pacte social français échappent pour l'essentiel au champ du droit du travail. Si la conservation par la France de la note AAA constitue l'horizon de la politique économique, il est tout à fait vain d'espérer qu'un bricolage du droit social permette quelque amélioration que ce soit.

Ceci ne dispense cependant pas de concevoir une « politique du travail ». Les circonstances économiques seront très défavorables. Mais les abus des marchés, l'enrichissement extrême d'une mince classe dominante, le déclin relatif des États-Unis et de la Grande-Bretagne, malgré qu'ils soient les seuls à avoir vraiment déréglementé, ne permettent plus de croire qu'il suffise de se passer de social pour retrouver la voie de la prospérité. Le sort de l'homme moyen est meilleur en Europe occidentale continentale qu'aux États-Unis. Et il est possible de combiner un haut niveau de droit social avec la réussite économique : l'Allemagne, avec son haut niveau de droit social (quelles que soient les limites de sa politique néo-mercantile), ne réussit pas si mal. La recherche d'une société où chaque homme trouve sa place, et qui cherche à préserver et à transmettre le modèle que l'Europe occidentale a conçu après la Guerre, peut permettre la conclusion d'un nouveau « pacte d'intégration ».

Il n'appartient évidemment pas à celui qui manie la plume d'en définir les détails. Toutefois 1) un tel pacte doit écarter la perspective de la régression ; 2) il doit comporter des acteurs capables de le conclure ; et 3) il est souhaitable qu'il trouve une alternative à la technique de l'accord dérogoire.

UN PACTE DE NON-RÉGRESSION...

Ceci implique l'abandon de deux rêveries : la substitution de fonds de pension et d'assurances privées au système actuel de protection sociale (la crise a fortement affaibli la thèse...) ; la déréglementation du licenciement

économique (avec, sous sa forme la plus récente, la proposition de contrat de travail unique et l'agenda fixé à la France dans le cadre de la « *méthode ouverte de coordination* »).

La non-régression n'est évidemment pas le *statu quo*. Faut-il par exemple conserver des primes d'ancienneté, symbole du sous-paiement des jeunes et incitation au licenciement des salariés âgés ? Mais pour que le droit social puisse changer, il faut que ses acteurs soient suffisamment puissants pour ne pas craindre que toute évolution se fasse à leur détriment.

DES ACTEURS CAPABLES DE CONCLURE...

Le renforcement des syndicats de salariés constitue l'un des buts explicites de la réforme de 2008. Ce premier pas, sans doute, en appelle d'autres.

On parle moins du syndicalisme patronal. Or, celui-ci - quoiqu'il ne manque pas d'adhérents « techniques » - semble désorienté : faut-il faire flèche de tout bois pour tirer le droit social vers le bas ? Faut-il conclure avec les salariés des compromis de moyen terme ? On conçoit que la première voie convienne à de grandes entreprises qui se pensent dépourvues d'attaches territoriales et brandissent la Tchèque (actuelle République tchèque) ou la Chine. Un pacte d'intégration implique que prévale, au sein du patronat, la voie de ceux qui, estimant leur sort lié à celui de la France, acceptent la perspective d'un néo-fordisme (pas de développement économique durable sans maintien et progrès du pouvoir d'achat des salariés) et d'une « rhénanisation » des rapports sociaux.

LA PARTICIPATION PLUTÔT QUE LA DÉROGATION

Le Code du travail est obèse, mais très largement dérogeable. La loi allemande en matière de temps de travail est infiniment plus sobre que la loi française ; mais l'employeur y a perdu son pouvoir de décision unilatérale : la durée du travail résulte souvent des conventions collectives, et les horaires de travail ou le recours aux heures supplémentaires doivent faire l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et le *Betriebsrat*. À certains égards, les choses se ressemblent : dans les deux pays, l'employeur doit s'entendre avec des représentants des salariés. Mais le principe qui donne le droit aux salariés de participer à la décision est... un principe, il donne aux rapports de travail un sens. Alors que notre réglementation pléthorique à trous assortie de négociation souvent au rabais a l'air d'un système en fin de course.

Il est vrai que certains syndicats français préfèrent la négociation collective - le pouvoir syndical - à la participation institutionnelle. Toutefois, dans les pays, anglo-saxons ou scandinaves, où prévalait naguère le pouvoir syndical, celui-ci reposait sur deux piliers : la possibilité d'imposer une assez large adhésion, source de cotisations qui alimentent les fonds de grève ; le droit de recourir à des formes très énergiques d'action collective - dans le cas suédois, le blocus de l'entreprise qui refuse d'adhérer à la convention collective. En combinant la jurisprudence de la CEDH - qui condamne les dispositifs qui imposent l'adhésion au syndicat - et celle de la CJUE (Viking, Laval, Rüffert...), on voit que ces deux piliers sont branlants. Donner au comité d'entreprise des pouvoirs, non pas

seulement pour autoriser l'employeur à déroger, mais pour régir la vie de l'entreprise, ne se heurte en revanche à aucune tendance profonde du droit international du travail.

Un mot pour finir : la conclusion d'un nouveau pacte social serait le résultat d'un choix « politique », non point d'un processus juridico-judiciaire. Il faut donc écarter l'hypothèse suivant laquelle celui-ci résulterait d'une déclinaison des droits fondamentaux ou d'une affirmation de la lutte contre la discrimination.

Les deux pays qui nous ont transmis l'obsession de la discrimination - les États-unis et la Grande-Bretagne - sont aussi ceux des vieux pays développés où la situation de la classe ouvrière est la plus dégradée : la lutte contre la discrimination, quelque nécessaire qu'elle soit par ailleurs, n'y peut rien. Plus largement, c'est une illusion de juriste que de croire que les normes suprêmes contiennent la politique sociale. On comprend que l'avocat y cède, car il est tentant d'aller là où l'on peut marquer des points - comme l'homme qui a perdu sa clé dans un coin sombre, mais la cherche sous un réverbère parce qu'il y voit mieux à cet endroit... Mais les constitutions ou les traités ne peuvent pas nous donner un nouveau pacte social. Celui-ci ne peut résulter que d'une volonté collective, forcément contingente.