



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.27
mail : afdt.asso@gmail.com - <http://www.afdt-asso.fr>

Le rôle du juge judiciaire confronté aux changements en cours du droit du travail

Rapport au Congrès européen de Séville, présenté par

JYFrouin, Conseiller à la Cour de cassation

Le rôle du juge dans une société démocratique, qu'on me pardonne cette évidence, c'est de trancher les litiges qui lui sont confiés en appliquant la règle de droit.

Par conséquent, le rôle du juge judiciaire dans le contexte des changements actuels du droit du travail, qui constitue le thème de cette intervention, c'est de suivre et d'accompagner les mutations du droit du travail. Et je pourrais m'en tenir là.

Mais outre que je ne serais pas allé au bout du temps qui m'est imparti, je n'aurais évidemment pas traité le sujet : d'abord, le rôle du juge dans la société, et notamment d'un juge du droit, d'un juge de cassation, ne se limite jamais à la seule application de la règle de droit. Dire le droit, c'est sans doute appliquer la règle de droit énoncée par d'autres, notamment les pouvoirs publics ou les partenaires sociaux, mais c'est aussi pour partie produire le droit applicable, en assurer l'unité, la cohérence. Nul ne doute aujourd'hui que la jurisprudence, même dans un pays de droit écrit, est une véritable source de droit. Dans ce contexte, le rôle du juge judiciaire au regard des changements actuels du droit du travail ne peut se résoudre à simplement suivre les évolutions du droit du travail. Il va nécessairement au-delà.

Encore convient-il de s'accorder sur ce que sont les changements actuels du droit du travail. Ils sont multiples, et pour la plupart sont communs à l'ensemble de nos sociétés, occidentales en tout cas. Pour autant, ils n'ont peut-être pas tous la même importance ici ou là. Ce sera l'objet de la première partie de cet exposé que de tenter de déterminer ceux des changements actuels du droit du travail qui apparaissent majeurs, en

espérant que mon propos dépassera de ce point de vue la seule représentation qu'on peut en avoir à partir de la France.

Après quoi, et ce sera l'objet de la deuxième partie, on s'efforcera de dégager ce que peut être le rôle du juge judiciaire face à ces nouveaux défis du droit du travail, (sans perdre de vue que, quelle que soit la part essentielle du juge dans la détermination, la formulation et la régulation de la norme juridique en droit du travail, ce n'est pas à lui qu'il incombe en principal de la définir, de sorte que son rôle demeure en toute hypothèse un peu contingent).

lère partie Les changements actuels du droit du travail

Le droit du travail, étant étroitement tributaire de l'activité économique et même de l'évolution générale de la société, est une discipline en perpétuelle mutation.

Il peut donc être délicat, et même un peu arbitraire, de vouloir dégager ceux des changements affectant la discipline qui sont de nature à caractériser une mutation profonde et durable.

Reste que les changements qui nous intéressent ici, ce sont ceux qui confrontent le juge à des situations nouvelles et peuvent appeler de sa part un rôle spécifique.

A cet égard, il me semble que, dans la période récente, on peut déceler trois changements majeurs du droit du travail, causes de difficultés pour le juge :

- la multiplicité des sources du droit du travail et les difficultés de leur articulation
- l'altération des notions-clés du droit du travail
- l'avènement des droits et libertés fondamentaux attachés à la personne du salarié

A- La multiplicité des sources du droit du travail et les difficultés de leur articulation

Nous savons tous que, plus que les autres disciplines juridiques, le droit du travail a des sources multiples :

- des sources étatiques classiques, comme la Constitution, la loi, le règlement,
- mais également des sources internationales elles-mêmes d'origine diverse : les conventions de l'Organisation internationale du travail, les conventions du Conseil de l'Europe, le droit communautaire
- des sources professionnelles dont certaines sont négociées comme les

conventions et accords collectifs de travail et d'autres unilatérales, comme les normes patronales d'entreprise contenues dans le règlement intérieur de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur.

Cette situation n'est pas à proprement parler nouvelle en droit du travail mais elle pose des problèmes nouveaux : d'abord, on a plus d'égard aujourd'hui aux sources internationales de droit du travail, alors que pendant très longtemps on les a largement ignorées. Or elles sont nombreuses, variées, et parfois se chevauchent ; ensuite, les sources professionnelles - conventions et accord collectifs- se sont elles-même multipliées et diversifiées selon leur champ d'application : accord de branche, d'entreprise, d'établissement ; enfin, les normes patronales d'entreprise se sont également enrichies avec l'introduction dans le règlement intérieur des entreprises ou en marge de ce règlement intérieur de chartes professionnelles qui traduisent les engagement de l'entreprise sur tel ou tel point dans le cadre d'une responsabilité sociale des entreprises ?

La multiplicité des sources du droit du travail est en elle-même un facteur de complexité et d'insécurité juridique car elle pose le problème de la détermination de la ou des sources juridiques applicables parmi de multiples sources possibles et celui de leur articulation :

- La détermination de la source ou des sources applicables ne fait pas normalement difficulté, si ce n'est qu'elle implique parfois de résoudre la question de leur portée juridique effective : toutes les sources du droit du travail n'ont pas en effet la même portée :

Ainsi, s'agissant des sources internationales, se pose, pour certaines d'entre elles, la question de leur force juridique obligatoire pour les parties à un contrat de travail, c'est-à-dire de leur applicabilité directe à un contentieux soumis à un juge national. Les dispositions de telle convention internationale en cause ont-elles la nature de recommandations faites aux Etats sans applicabilité directe dans un contentieux particulier, ou au contraire ont-elles ce que l'on appelle un effet direct horizontal dont il résulte que n'importe quel citoyen de n'importe quel Etat peut s'en prévaloir devant un juge national ?

Cette question a été soumise à la Cour de cassation française à plusieurs reprises dans la période récente dans des hypothèses où il s'agissait de déterminer la validité au regard de normes internationales (le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, la charte sociale européenne

révisée..) d'un dispositif légal mis en place par les pouvoirs publics, et la question était très controversée...

La même question de la portée effective des sources se pose également à propos des sources professionnelles patronales dont on a dit qu'elles comportent de plus en plus souvent des chartes : ces chartes définissent des codes de bonne conduite, des engagements de bonne gouvernance, plutôt que de véritables règles. C'est ce que l'on appelle du droit mou (soft law). Faut-il dès lors y voir des normes juridiques obligatoires ou de simples engagements dépourvus de sanction juridictionnelle ?

- La multiplicité des sources du droit du travail ne pose pas seulement le problème de la détermination de la norme juridique applicable, mais elle pose aussi et surtout celui de leur articulation : à partir du moment où il existe une multiplicité de sources juridiques applicables à la relation de travail, il arrive fréquemment qu'une même situation juridique soit régie par des normes différentes. S'il s'agit de sources de même niveau hiérarchique, comme par exemple deux conventions internationales distinctes, on peut considérer qu'elles sont complémentaires. Mais, quand il s'agit de sources de niveau différent, elles sont concurrentes et il convient de déterminer celle qui s'applique.

Cette question est traditionnellement réglée (en France) par l'application du principe de la hiérarchie des normes juridiques avec un correctif qui est celui de l'application de la norme la plus favorable au salarié, ce qui signifie qu'en cas de conflit de normes on applique la norme la plus élevée dans la hiérarchie sauf si une norme inférieure est plus favorable au salarié que la norme supérieure, auquel cas on applique cette norme plus favorable.

Pour clair qu'il paraisse, ce principe est d'application délicate : d'abord parce que la détermination de la norme la plus favorable au salarié n'est pas toujours aisée (doit-on comparer in abstracto ou in concreto ?) ; ensuite, parce qu'elle a été remise en cause dans le droit positif français dans la période récente. Ainsi, il a été admis que des accords collectifs dont la place dans la hiérarchie des normes est inférieure à la loi pouvaient déroger à la loi même dans un sens défavorable au salarié, si la loi elle-même le prévoit. C'est ce que l'on appelle les accords dérogatoires. Ensuite, le principe de hiérarchie des normes a été écarté dans les rapports entre accords collectifs de champ d'application différents sans égard pour le principe de faveur depuis 2004. On considérait jusqu'en 2004 que l'accord collectif dont le champ d'application est le plus étroit, notamment l'accord

d'entreprise, ne pouvait déroger que dans un sens plus favorable à l'accord de champ d'application plus vaste, notamment l'accord de branche. Désormais, sous certaines réserves, on applique en cas de conflit de normes professionnelles ce que l'on appelle le principe de hiérarchie inversée, c'est-à-dire l'accord le plus étroit, sans égard pour son caractère plus ou moins favorable par rapport à l'accord de champ d'application plus vaste. Enfin, la volonté des pouvoirs publics de promouvoir le dialogue social dans la détermination des règles de droit du travail pourrait conduire à promouvoir les normes professionnelles négociées au niveau de la loi, ce qui rendrait plus difficile encore la question de leur articulation.

Ainsi, le premier changement majeur du droit du travail auquel se trouve confronté le juge est lié à la multiplication des sources du droit du travail et aux difficultés de leur articulation. Un second changement tient à ce que j'appellerai l'altération des concepts-clés du droit du travail.

B- L'altération des concepts-clés du droit du travail

Les concepts-clés du droit du travail, ce sont les concepts de relation de travail subordonnée, d'une part, et d'entreprise ou d'employeur, d'autre part :

- le concept de relation de travail subordonnée parce que c'est lui qui détermine, en France en tout cas, l'application des règles de droit du travail,
- le concept d'entreprise ou d'employeur parce qu'il détermine là où est le pouvoir de gestion et partant sur qui pèsent les obligations que le droit du travail met à la charge du chef d'entreprise.

Or, le premier de ces concepts est d'application de plus en plus malaisée tandis que le second est de plus en plus difficile à appréhender :

1°) En ce qui concerne la notion de relation de travail subordonnée, auquel s'applique le droit du travail, on la définit traditionnellement comme étant la relation qui unit deux personnes dont l'une met son activité à la disposition d'une personne sous la subordination de laquelle elle se place. L'élément le plus important dans cette définition, c'est le lien de subordination juridique entre les deux personnes caractérisé par le pouvoir de l'une de donner à l'autre des ordres, d'en contrôler l'exécution, et d'en sanctionner l'inexécution. .

La notion juridique de relation de travail subordonnée n'a pas changé dans la période récente, mais ce qui est apparu, c'est une diversification de situations professionnelles qu'on a du mal à qualifier juridiquement au regard de cette définition, parce qu'elles se situent à mi-chemin entre le travail dépendant ou subordonné et le travail indépendant, marquées qu'elles sont par une évidente dépendance de fait assortie d'une apparente indépendance juridique.

Parfois, le législateur règle directement ces problèmes soit en posant une présomption de contrat de travail, soit à l'inverse en posant une présomption de non-salariat pour encourager la création d'entreprise, mais le plus souvent c'est au juge qu'il revient quand il en est saisi de qualifier la situation, sachant que l'enjeu est d'importance puisque c'est l'application des règles de droit du travail qui est en cause.

Une autre difficulté, un peu particulière celle-là, a pu se présenter qui est celle de déterminer si toute activité peut être qualifiée d'activité de travail dès lors qu'elle est effectuée moyennant rémunération dans un lien de subordination. Ainsi, la Cour de cassation française a-t-elle eu à déterminer si des participants à une émission de télé-réalité se présentant sous une forme ludique pouvait avoir le caractère d'une activité de travail déclenchant l'application du droit du travail et la Cour de cassation, malgré une position très largement contraire de la doctrine, a répondu par l'affirmative en s'appuyant sur la définition du contrat de travail et en considérant dans le cas de l'espèce que ses éléments constitutifs -subordination et rémunération- étaient caractérisés.

2°) En ce qui concerne le concept d'entreprise ou d'employeur

C'est évidemment l'entreprise, au travers de son chef, qui est débitrice des obligations légales que le code du travail met à la charge du chef d'entreprise ou de l'employeur.

Mais c'est quoi l'entreprise, c'est qui l'employeur, dans le contexte d'aujourd'hui où, d'une part, par le jeu des restructurations, des activités changent régulièrement de main de sorte qu'on ne sait plus toujours très bien qui est l'employeur et où, d'autre part, les entreprises appartiennent souvent à une entité qui les dépasse - un groupe, une unité économique et sociale, un ensemble d'entreprises ayant des liens économiques - entité

qui peut être amené à prendre des décisions s'imposant à elles et qu'elles vont devoir assumer ensuite à l'égard de leur personnel salarié.

Le droit du travail a pris en compte depuis longtemps certaines des difficultés qui découlent de ces situations : ainsi, depuis longtemps, est posé le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, pour autant toutefois que les conditions légales du transfert qui résultent du droit communautaire sont réunies. Or, ces conditions sont d'appréciation délicate au point que même un professionnel du droit du travail parfaitement averti de ces questions peut avoir du mal à déterminer dans une situation particulière si le contrat de travail d'un salarié a été ou non transféré, de sorte que c'est bien souvent au juge qu'il incombe de régler la difficulté.

De la même manière, s'agissant d'entreprises regroupées au sein d'un ensemble plus vaste, des dispositions ont été prises depuis longtemps pour assurer la représentation du personnel aux différents niveaux de prises de décision ou pour imposer à l'employeur une obligation de reclassement dans les entreprises du groupe en cas de licenciement pour motif économique. Mais en dehors de ces cas, l'incidence de l'appartenance d'une entreprise à un groupe de sociétés ou d'une manière générale à une entité plus large demeure très incertaine. Or, la question peut s'avérer cruciale si, à la suite d'une décision de l'entité, une entreprise qui en fait partie cesse toute activité ou est amenée à modifier le lieu de son activité ou les modalités de son accomplissement. De quel recours dispose le personnel de cette entreprise et contre qui ?

Difficultés d'application ou d'appréhension des concepts clés du droit du travail - comme le contrat de travail ou l'entreprise et l'employeur - c'est donc le deuxième changement majeur du droit du travail.

Un troisième changement me paraît lié à l'évolution inéluctable du mode de gouvernance compte tenu de l'avènement des droits et libertés fondamentaux du salarié.

C- Gouvernance de l'entreprise et droits et libertés fondamentaux du salarié

Pendant très longtemps, la personne du salarié, avec les droits et libertés qui y sont attachés, n'a pas été prise en compte par le droit du travail.

Le salarié était essentiellement considéré comme une force de travail mise à la disposition de l'employeur et soumise comme telle à son autorité moyennant rémunération.

Il en résulte qu'il n'y avait guère de limites à l'autorité de l'employeur et aux modalités d'exercice par le chef d'entreprise de son pouvoir de direction.

Cette situation a changé, notamment au cours des vingt dernières années, avec l'émergence de droits et libertés fondamentaux attachés à la personne du salarié trouvant leur source aussi bien dans diverses conventions internationales que dans des dispositions - constitutionnelles, le plus souvent - de droit national et qui ont pour conséquence de poser des limites à l'exercice même par le chef d'entreprise de son pouvoir de direction en même temps que de faire du salarié un citoyen de l'entreprise..

En d'autres termes, le salarié n'est pas rien qu'une force de travail, il est d'abord et avant tout une personne qui, nonobstant le lien de subordination né du contrat de travail, a des droits et libertés attachés à sa personne et qui ne cessent pas aux portes de l'entreprise mais peuvent seulement être réduits, pour autant que la tâche confiée le justifie et dans la proportion de ce qui est nécessaire.

Quels sont ces droits et libertés fondamentaux ? On se bornera à en citer quelques-uns : droit au respect de la vie privée même au temps et au lieu de travail, droit au respect de la dignité, droit à la santé et à la sécurité, liberté d'expression, prise en compte de la vie personnelle du salarié.

En quoi ces droits et libertés attachés à la personne du salarié limitent-ils l'exercice par le chef d'entreprise de son pouvoir de direction ?

D'abord, un principe général de non-discrimination lui est imposé qui l'empêche de prendre des mesures discriminatoires à l'encontre d'un salarié ou d'une catégorie de salariés ; ensuite, toutes les manifestations d'autorité ne sont pas admises : des formes particulières et bien identifiées d'abus du pouvoir de direction sont désormais interdites à l'employeur comme la violence au travail, ou le harcèlement dans ses deux manifestations de harcèlement sexuel et de harcèlement moral ; enfin, il est reconnu que le salarié a une vie personnelle et familiale qui ne peut pas être tout à fait ignorée par l'employeur lorsqu'il exerce son pouvoir de direction, par exemple à l'occasion d'une mutation professionnelle.

Si l'on ajoute à l'émergence des droits et libertés fondamentaux du salarié dans l'enceinte de l'entreprise que le travail salarié d'aujourd'hui est un travail de plus en plus qualifié et de plus en plus autonome avec les mutations technologiques et l'évolution de nos sociétés industrielles vers des sociétés de service, il s'en déduit que la gouvernance des entreprises ne peut plus fonctionner comme avant et qu'un nouvel équilibre doit être assuré entre le pouvoir de direction du chef d'entreprise qui n'est pas remis en cause dans son principe et les (nouveaux) droits des salariés, sans perdre de vue le besoin de compétitivité des entreprises dans une société mondialisée.

Tels sont les changements majeurs du droit du travail auxquels se trouvent confrontés le juge du contentieux du travail. Il nous reste à déterminer en quoi ils impactent le rôle du juge : ce sera l'objet de la 2ème partie.

IIème partie Le rôle du juge dans le contexte de ces changements du droit du travail

On sera ici beaucoup plus bref parce que le rôle du juge se déduit tout naturellement du constat que l'on vient de faire des évolutions récentes du droit du travail et recouvre chacune de ces évolutions :

- La diversité des sources du droit du travail et les difficultés de leur articulation imposent au juge un travail de clarification et, si cela est possible, de simplification

- L'effritement des concepts clés du droit du travail, dont découle le risque de mauvaise application ou de non-application du droit du travail, impose au juge de veiller à assurer l'effectivité du droit du travail.

- Enfin, la jurisprudence sociale doit s'efforcer de contribuer à la réalisation d'un nouvel équilibre entre pouvoir de direction du chef d'entreprise et droits du salarié.

A- Clarifier le droit du travail

Face à la multiplicité des sources du droit du travail, il incombe dans chaque cas de déterminer celles d'entre elles qui sont effectivement applicables au litige, leur véritable

portée, leur sens, et comment elles s'articulent entre elles.

Cela, c'est spécifiquement et exclusivement si l'on peut dire, l'office du juge puisqu'aussi bien son office, c'est de dire le droit dans les litiges qui lui sont soumis.

Mais compte tenu de cette grande diversité des sources, c'est un travail délicat et considérable car il doit s'accompagner d'un souci de cohérence de la jurisprudence sociale dans son ensemble et si possible de clarification.

Or, c'est d'autant plus difficile que les normes de référence sont souvent dépourvues de clarté ou de précision quant à leur contenu et que c'est le juge, tenu d'en dégager le sens, qui est conduit en réalité parfois à l'inventer.

A titre d'exemple, il est fréquent que le juge doit appliquer une disposition de droit national qui n'est que la transposition d'une directive communautaire. Il est donc logique que pour en dégager le sens précis il se réfère à la directive communautaire. Et c'est ainsi que le juge national français vise régulièrement telle disposition légale interprétée à *la lumière* de telle directive communautaire. Mais le problème est que la directive n'est pas parfois pas lumineuse du tout.

Un exemple précis et récent auquel s'est trouvée confrontée la Cour de cassation française illustre très bien cette difficulté du travail du juge au regard de la multiplicité des sources du droit du travail et des difficultés de leur articulation. Il s'agissait de déterminer si un dispositif légal de calcul forfaitaire du temps de travail des cadres était licite au regard des sources de droit du travail et notamment des sources supérieures. La question était essentielle puisqu'elle concernait des milliers de cadres et que si le système de calcul n'était pas valable, non seulement il disparaissait de l'ordonnement juridique national mais les cadres en cause pouvaient prétendre à un rappel de rémunération calculé sur leur temps de travail effectif. Or, il se trouve que le comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe avait dans plusieurs recommandations énoncé que le dispositif légal français était contraire à plusieurs articles de la Charte sociale européenne révisée de 1996. Il appartenait donc à la Cour de cassation de déterminer si le dispositif légal était contraire aux dispositions de droit international et d'abord de dire si ces dispositions étaient d'effet direct et quel en était le contenu et la portée.

Clarifier et si possible simplifier, tel est donc l'un des rôles du juge dicté par l'amas et l'enchevêtrement des sources du droit du travail. Une deuxième exigence tient à la nécessité d'assurer l'effectivité du droit du travail.

B- Assurer l'effectivité du droit du travail

C'est quoi assurer l'effectivité du droit, c'est faire qu'il soit effectivement appliqué et que les entreprises ou les employeurs ne cherchent pas ou ne parviennent pas à s'y soustraire quand le droit a vocation à s'appliquer.

Cela est d'autant plus important que le droit du travail reste largement un droit de protection du salarié.

Or, les difficultés d'application ou d'appréhension des concept-clés du droit du travail, qu'on a précédemment évoqués, peuvent être de nature à empêcher la bonne application du droit du travail, soit parce qu'un travailleur dans une situation de dépendance a l'apparence d'un travailleur indépendant, soit parce que des personnels cherchent leur employeur ou ont pour employeur un chef d'entreprise qui n'est pas le véritable décideur de leurs conditions de travail.

Dans ces situations, c'est au juge qu'il revient, qu'il incombe, quand il en est saisi, de rechercher la réalité d'une situation juridique derrière son apparence de manière à assurer l'effectivité du droit du travail.

Ainsi, la Cour de cassation française pose en règle que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais seulement des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs. Et, par ailleurs, elle a jugé que la fermeture totale et définitive d'une entreprise, qui ne connaissait pas de difficultés économiques et obtenait au contraire de bons résultats ne pouvait être valablement opposée à ses salariés pour justifier leur licenciement pour motif économique, alors que la décision de fermeture avait été prise par le groupe dans le seul but de réaliser des économies et d'améliorer la propre rentabilité du groupe au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée.

C- Concilier pouvoir de direction et droits du salarié

Reste l'incidence de l'avènement des droits et libertés fondamentaux des salariés sur la gouvernance des entreprises et la question de savoir en quoi cela peut influencer ou avoir une répercussion sur le rôle du juge.

A vrai dire, le rôle du juge est ici difficile à définir. Il est essentiel mais en même temps impalpable. Il s'agit, au fil des affaires, d'élaborer une jurisprudence qui, prenant en compte les droits et libertés fondamentaux du salarié, non seulement mette fin aux abus les plus évidents et les plus manifestes dans l'exercice du pouvoir de direction, mais réalise sur le long terme une sorte de nouvel équilibre entre pouvoir de direction et droits du salarié, un nouveau mode de gouvernance des entreprises qui serait fondé sur le respect des personnes, sans pour autant compromettre l'intérêt de l'entreprise soumise à des exigences d'efficacité et de compétitivité dans le cadre de la mondialisation des échanges.

Il y a là un équilibre difficile à trouver né d'une certaine ambivalence qui est au coeur du droit du travail moderne : il devient un droit des personnes marqué par le respect dû aux personnes mais en même temps il reste un droit marqué par la concurrence et les rapports d'autorité.

Or, c'est au juge qu'il revient dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel de contribuer à la réalisation de cet équilibre.