

QUEL AVENIR POUR LA LOI EN DROIT DU TRAVAIL

Hélène MASSE-DESSEN, Avocate au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation¹

Lorsqu'il a été envisagé de soumettre au Congrès mondial de Droit du travail et de la Sécurité Sociale la question de la place de la Loi comme source du droit du travail, il était difficile d'envisager à quel point il ferait, en septembre 2006, l'actualité en France.

Or il n'est plus de jour sans que la presse ne s'en saisisse. Il est à l'ordre du jour du débat politique.

Et on le comprend : ne s'agit-il pas en réalité de l'essence même du droit social?

Comme praticiens, nous sommes à chaque instant interpellés par la nécessité de connaître les règles applicables. Comment agir, comment conseiller si elles sont inconnues ou trop complexes ? A qui profite le «flou» de la norme ?

Il est devenu de mode de parler de «sécurité juridique» pour les entreprises. Mais la première des sécurités est d'avoir des droits, de les connaître, et de pouvoir les mobiliser. Pour cela, il faut maîtriser le puzzle des sources, savoir laquelle l'emporte sur l'autre, qui fixe les règles du jeu, et comment les appliquer.

Il faut savoir quelles règles protègent, et lesquelles ont une sanction effective.

Il est faux de dire qu'il n'y a pas de droit. Le droit occupe l'espace qu'on lui donne.

Ce qu'il faut déterminer, c'est quel est le droit qui peut être appliqué, qui protège, et guide l'action.

La maxime de Lacordaire, «Entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui protège», est plus que jamais d'actualité.

Nous sommes loin d'un problème théorique. Il n'y a pas de droit social si la règle n'est pas connue et impérative.

Qui a le pouvoir de la fixer et de la faire respecter ? Quelles sont les règles auxquelles nul ne peut déroger ? Comment peut-on déroger ? Qui en décide ?

¹ Observations présentées dans le cadre de la Table Ronde organisée sur ce thème au XVIII^e Congrès international de Droit du Travail et de la Sécurité sociale qui s'est tenu à Paris du 5 au 8 septembre 2006. La Table Ronde, présidée par le Pr Darcy DU TOIT (Afrique du Sud) était animée par Mme le Professeur Catherine BARNARD (Royaume Uni) et composée des Professeurs Michael LYNK (Canada), Ron MAC CALLUM (Australie) Oscar HERNANDEZ-ALVAREZ (Venezuela) et de l'auteur du présent document.

Le cadre dans lequel ce texte a été présenté – et la durée impartie pour cette présentation – ont imposé des simplifications sans doutes excessives, et donc des inexactitudes pour lesquelles l'indulgence du lecteur sera nécessaire. Qu'il en soit remercié.

Telles sont les questions soumises à la Table Ronde organisée dans le cadre du Congrès de Paris¹.

Les présentes observations constituent la contribution d'un praticien du droit social comme administratif, dans un pays de droit écrit et légiféré, à forte tradition constitutionnelle républicaine, qui, comme praticien ne cesse de se poser des questions apparemment simples: «et cette règle, elle sert à quoi? Comment la faire appliquer? Est-elle obligatoire? Comment?»

I- Un peu de terminologie. Quelle loi? Quelles autres sources? Définitions et articulations traditionnelles

1) Définitions

1-1 La loi entendue comme norme impérative d'origine publique

Dans le cadre d'un congrès mondial, il faut évidemment commencer par définir les termes que nous employons.

En français de France, loi est une notion juridique précise. La loi, c'est la norme votée par le Parlement. Le propos peut aussi être plus vaste : par LOI on peut entendre toute source de droit émanant d'une autorité publique légitime. Dans l'une ou l'autre hypothèse, le débat sera différent : ou bien nous nous demandons quelle est la place de la loi, c'est-à-dire de ce que vote le Parlement ; ou bien nous nous demandons quelle est la place du droit étatique en général. Il s'agit alors de rechercher quelle est la place du droit étatique par rapport aux sources non étatiques et particulièrement à la négociation collective. Plus précisément encore, la place du droit émanant de sources publiques, par rapport à la négociation collective et aux sources privées, et comment cette relation a évolué dans ces dernières années.

Dans une perspective comparatiste, la définition large s'impose à l'évidence.

Il faut alors déterminer quelles sont les sources appartenant à cette catégorie.

On y rangera sans hésiter les accords internationaux intégrés dans le système juridique, et qui sont d'effet direct : ainsi, en France, les traités, conventions OIT normatives, les directives, selon les distinctions traditionnelles, les règlements communautaires, etc.

On devra intégrer évidemment toute la production réglementaire des pouvoirs publics à tous les niveaux, production normative, s'entendant comme celle dont on peut poursuivre l'application en justice.

Cette production émane, en démocratie, de l'autorité publique élue et qui en a la pouvoir constitutionnel.

On peut les opposer aux autres sources normatives n'émanant pas des autorités publiques qu'on examinera maintenant.

² Cette intervention a été préparée par une séance de travail commune organisée par l'Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale et la Société française de philosophie de Droit à Paris le
(voir Antoine Jeammaud et Hélène Masse-Dessen : *Quel avenir pour la loi face à la négociation collective*, la Semaine sociale Lamy n° 1257 12 avril 2006)

1-2 Les normes émanant de la négociation collective

Pour aborder la portée des normes émanant de la négociation collective dans une perspective comparatiste, il est indispensable d'en définir les contours et la portée : ils sont en effet très divers d'un système juridique à un autre.

Dans le système français, la négociation collective est une vraie source normative qu'il convient de décrire très sommairement.³

En droit français, la convention collective est d'abord un contrat, mais un contrat très particulier. Tout d'abord les acteurs de la négociation sont définis : les organisations aptes à négocier sont seulement celles qui sont «représentatives» dans un paysage syndical divisé, faible en effectifs. Et «représentatif» est une notion légalement définie, historique, largement en débat actuellement. Les effets de la négociation sont larges : la convention est obligatoire pour tous les employeurs membres des organisations signataires, et profite à tous leurs salariés, syndiqués ou non.

La convention collective devient alors presque un acte public : les tribunaux l'interprètent comme une loi ou un règlement. Les commissions paritaires d'interprétation, si elles existent, n'ont aucun pouvoir qui s'impose au juge.

Plus, un acte réglementaire (donc public) peut, à certaines conditions procédurales mais aussi tenant à un contenu minimum, notamment, la rendre obligatoire pour tous les employeurs de la branche⁴, et même au-delà, dans les branches voisines.⁵

La convention signée prend alors son envol...

A l'origine conçue à partir de la négociation de branche (et il ne doit y avoir aucune branche non couverte), elle s'est développée en aval (convention d'entreprise, convention locale...) et en amont (accords interprofessionnel sur les grands sujets : formation professionnelle, négociation collective, emploi, et même assurance chômage, mais c'est là une négociation particulière).

On le voit, le système français est très particulier. Il est déjà possible de dire que le système fait une place normative essentielle aux partenaires sociaux.

Ainsi la négociation collective est-elle, au moins au niveau de la branche, une forme particulière de pouvoir réglementaire...Elle peut se substituer au règlements sans bouleverser la hiérarchie de normes.

Source de droit qui émane de parties privées, elle n'est légitime que si ces parties privées le sont .

De cette constatation découle un débat essentiel actuellement : les organisations –syndicales et patronales – qui négocient sont elles représentatives ? Comment mesurer leur représentativité. Question essentielle et ouverte.

1-3 les autres sources du droit du travail

Bien évidemment le droit du travail connaît encore des sources purement privées, certaines dites traditionnelles, d'autres dites nouvelles, encore que la

³ Ici encore, les spécialistes ne pourront que relever de nombreuses approximations, dans une matière évolutive et complexe. Le tableau n'est dressé qu'à grand traits...

⁴ C'est le mécanisme de l'extension.

⁵ C'est alors le mécanisme de l'élargissement.

distinction soit loin d'être claire.

Seront des sources purement privées la réglementation unilatérale émanant de l'employeur (règlements d'entreprises, engagements unilatéraux pris à l'égard des salariés) et bien sûr le contrat individuel de travail.

Parmi les sources dites «nouvelles» on classera les codes de conduite, codes d'éthique, normes techniques, et les normes «déclaratives», normes internationales de normalisation, normes ISO, etc. Ces sources sont sans doute encore des objets juridiques non identifiés, dont on constate seulement l'existence, et que le juriste français tente de faire pénétrer dans ses catégories.

Entre toutes ces sources, il est nécessaire de définir l'articulation précise, qui est le jeu de l'état de droit.

2) Articulation des sources

Un système juridique réglementé suppose en effet que les sources soient articulées.

2-1 Principes d'articulation

Toutes ces normes sont, en droit français traditionnel, hiérarchisées et articulées.⁶

Le système français traditionnel des sources du droit social repose sur des principes qui paraissent simples et clairs. On en rappellera trois :

- le principe dit de Hiérarchie des normes : chaque règle de niveau supérieur l'emporte sur les règles de niveau inférieur qui ne peuvent y déroger;
- le principe dit principe de faveur : en droit social, on peut toujours améliorer les règles existantes;
- le principe dit principe de l'ordre public social absolu : un certain nombre de règles sont obligatoires pour tous, et nul ne peut y déroger en aucune circonstance.

2-2 Mécanismes traditionnels d'articulation

Dans le cadre de ces principes, chaque source trouve sa place traditionnelle :

L'articulation des sources publiques sera la suivante :

- 1- La loi fixe les principes fondamentaux du droit du travail : elle a ainsi un domaine réservé.
- 2- Mais elle doit respecter les normes qui lui sont supérieures : traités, principes constitutionnels, principes généraux.
- 3- Le gouvernement met en œuvre la loi, par l'exercice de son pouvoir réglementaire.

Chaque autorité publique qui peut fixer une règle doit mettre en œuvre les lois et règlements, dans la limite des principes énoncés ci-dessus.

⁶ Ici encore l'indulgence du lecteur spécialiste est sollicitée. Pour la simplicité de l'exposé, des inexactitudes seront commises...

La primauté des accords internationaux et ce n'est pas un vain mot : elle permet de résister, selon des mécanismes de contrôle complexe et évolutifs, à des régressions législatives.⁷

La place des accords collectifs dans la hiérarchie des normes.

Chaque convention devait – jusqu'à des réformes récentes sur lesquelles on reviendra - respecter ou améliorer celle de niveau supérieur.

Et toute convention doit respecter les normes internationales d'effet direct, la loi et les règlements.

La convention collective doit respecter les lois et règlements qui lui sont supérieurs, et ne peut en principe que les améliorer.

Mais elle peut aussi occuper toute la place laissée libre par l'absence de norme de valeur supérieure.

De même est strictement fixée la place des autres sources :

la réglementation unilatérale émanant de l'employeur (règlements d'entreprises, engagements unilatéraux pris à l'égard des salariés, se situe encore en deçà dans la hiérarchie.

Quant au contrat individuel, il est – dans ce système – tout en bas. Il ne peut qu'appliquer et améliorer le droit existant.

Les Codes de conduite, codes d'éthique, normes techniques, normes internationales de normalisation doivent en principe trouver leur place dans cette hiérarchie. Ils ne s'y substituent pas mais peuvent être pris en compte pour déterminer si un agissement d'un salarié est fautif, quel niveau d'exigence on peut avoir envers lui. Il sera nécessaire d'en analyser la nature juridique, sans oublier cependant que les sources du droit sont réglementées : par exemple le règlement intérieur. Tout praticien du droit doit en effet, pour les prendre en compte tenter de classer ces règles nouvelles dans les catégories juridiques existantes : une norme sans sanction est en effet difficilement saisie par le droit français. On les rapproche pour le moment du contrat, ou de l'engagement unilatéral, faute de mieux. La volonté de s'affranchir du droit étatique par l'intermédiaire de ces règles ne peut avoir en droit purement interne que des effets directs limités, même si l'effet «politique» est réel.

Les normes «déclaratives», dont la sanction est à la fois médiatique (voire boursière), et interne à l'entreprise par le biais de «rapports d'étape» discutés avec les organes représentatifs sont de cette nature. Leur effet est indirect, mais non négligeable. Ainsi, par exemple, en matière d'égalité et de non-discrimination, la négociation collective et la publication d'un certain nombre d'indicateurs, obligatoirement soumis à la négociation, permettent d'atteindre des objectifs progressifs

Tel est le système traditionnel, simple et agréable à un esprit cartésien. Système qui repose sur une définition étroite des compétences des uns et des autres, et une idée de progrès plus la norme est particulière, et une forte tendance à

⁷ Ainsi est-il fait de plus en plus fréquemment appel aux normes de l'OIT pour contester des lois ou règlements nouveaux, comme cela est actuellement le cas s'agissant du Contrat Nouvelle Embauche. Le mécanisme très complexe et imparfait du contrôle de constitutionnalité, qui ne permet pas de revenir sur une loi votée parce qu'inconstitutionnelle renforce encore le caractère protecteur de la norme internationale.

la rationalisation. Dans cette panoplie de sources articulées, la prééminence est donnée à la source publique nationale ou supra-nationale.

II- Remises en cause

1) Mais ce système, sans doute trop simple cependant, se fissure de toutes parts

a – Le système d’une simple hiérarchie des normes est bouscule par l’internationalisation des sources.

La construction européenne insère dans l’ordre juridique des normes nouvelles qui doivent y trouver leur place. Et selon des techniques juridiques nouvelles

b – Le principe de faveur devient souvent illisible

On savait bien ce qui était plus favorable, en termes de protection, ou d’heures de travail, ou de salaires.

Mais quand il s’agit de temps de travail, d’organisation du travail, de négociation sur l’emploi ? On en vient à des négociations dites «donnant donnant», et les critères de comparaison deviennent opaques.

C’est dans ce cadre que l’on a vu l’émergence de la négociation dérogatoire : il a été permis à certaines conditions à des accords collectifs de déroger à la loi, sans améliorer nécessairement. Tel a été le contenu des lois sur le temps de travail et sur la formation professionnelle.

Tel a été le contenu généralisé de la loi de 2004 sur la négociation collective, qui rend la négociation de branche «dérogeable» sauf décision contraire. Une révolution théorique.....

Et la primauté est donnée, de plus en plus, à la négociation d’entreprise, qui n’a pas même nature, beaucoup plus proche du contrat que de la quasi-loi...

c - On pose cependant assez peu le problème de la place du contrat. Nul ne prétend vraiment qu’il doive pouvoir déroger à la réglementation supérieure. Sauf peut-être pour les cadres supérieurs, dans les multinationales, mais c’est une question trop étroite pour être abordée ici.

d – Enfin et surtout, les nouvelles formes de normes modifient-elles le système ?

On en fait grand cas en doctrine, mais qui, pour les praticiens⁸, posent une unique question : comment les placer dans la hiérarchie normative ?

2) On peut sous cet angle examiner le rapport de la loi et de la négociation collective

Tous s’accordant à dire que la règle générale devient parfois inadaptée, certains acteurs revendiquent une plus large autonomie de la négociation collective. Ils en présentent les avantages comme une plus grande proximité, une moindre rigidité, et un principe de réalité. A quoi d’autres opposent la nécessité de maintenir une égalité devant la loi, une lisibilité de celle-ci, un plancher de protection. D’où des évolutions ou des annonces d’évolution.

⁸ C’est sans doute commettre un crime de lèse-théorie que de l’écrire...

⁹ Il s’agit là, on l’a vu, d’une question de pleine actualité en France comme l’a montré le discours du Ministre du travail lors de la séance d’ouverture du congrès.

La première proposition est de redéfinir les acteurs de la négociation, dont la représentativité, voire la légitimité sont en débat. La seconde est un renforcement de ses garanties procédurales de négociation. L'une et l'autre sont fondamentales, mais là n'est pas le propos de cet exposé.

Quant au rapport à la norme publique, les évolutions, et plus encore les propositions d'évolution sont légion, mais dans un certain désordre intellectuel.

En effet, on pose là plusieurs problèmes distincts qu'il est utile de ne pas mélanger : le premier est la place de la négociation dans l'élaboration de la loi, le second, est celui de la place respective de la loi et de la négociation aux différents niveaux d'application. On les examinera donc successivement.

2-1 Évolution des rapports de la loi et de la négociation collective

2-1-1 La négociation collective doit-elle avoir une place dans l'élaboration de la loi au sens propre du terme. (norme émanant du Parlement)

En d'autres termes, si la place de la loi reste inchangée, en ce qu'elle définit les principes généraux du droit du travail qui s'appliquent à tous et à tous les actes de valeur inférieure, selon l'ingénierie décrite ci-dessus, doit-on faire intervenir la négociation sociale pour «fabriquer» la loi ? Dans l'affirmative, quand, à quel niveau, et avec quelle portée.

Ce débat est né de la volonté des partenaires sociaux de ne pas laisser au seul Parlement l'initiative de la norme. L'exemple de l'accord sur la Politique Européenne et du traité de 1992 est dans tous les esprits, avec une certaine exagération. On a fait valoir que les partenaires sociaux sont mieux informés, mieux à même de faire évoluer concrètement la loi. Les rapports se sont succédés et se succèdent.¹⁰ Plusieurs propositions de nature différentes ont été avancées, certaines ayant commencé à recevoir application.

Une première est appelée «négociation expérimentale» : Une marge est laissée aux partenaires sociaux, à l'initiative des pouvoirs publics, pour tenter un système nouveau. La loi s'efface un moment, le législateur fait le bilan et étend ou non le système. Cette méthode a été appliquée par exemple en 1982 pour le droit d'expression directe, en 1986 pour la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, plus récemment pour la réduction du temps de travail. Une telle méthode ne modifie pas le rôle de la loi : c'est elle qui demande aux partenaires sociaux de négocier, mais le législateur définit dans quelles limites. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel valide la méthode.

Une seconde est une dynamique inverse : la reprise par le législateur du résultat de la négociation, l'initiative de la négociation a appartenu alors aux partenaires sociaux. Il s'agit en réalité d'une méthode ancienne, qui a été appliquée dès 1919 pour la journée de 8 heures, et surtout en 1936 à l'issue du Front populaire et des accords dits accords Matignon. La pratique devenue très régulière (salaire minimum en 1970, formation professionnelle 1971, licenciements collectifs 1975, mensualisation, etc.). Cette méthode ne remet pas non plus en cause le rôle de la loi. Le législateur reprend s'il le souhaite – ou s'il y est politiquement, mais non juridiquement contraint – les résultats de la négociation collective.

¹⁰ En dernier lieu, par exemple : Rapport de Virville intitulé *Pour un code du travail plus efficace*, 2004 ; Rapport Chertier *Pour une modernisation du dialogue social*, 2006 ; Rapport Hadas-Lebel *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, 2006.

Cependant, on note des propositions plus radicales.

Quant au contenu de la norme, selon certaines propositions, le législateur ne pourrait pas intervenir sans négociation préalable : cette proposition connaît deux variantes : selon la première, l'initiative appartiendrait aux pouvoirs publics, qui devraient seulement, avant d'intervenir, laisser se dérouler le temps de la négociation sociale. Selon la seconde, les pouvoirs publics n'auraient pas – ou pas seuls – l'initiative, les partenaires sociaux définissant eux mêmes les sujets de leur négociation, que le Parlement serait tenu d'examiner.

Quant à la suite de cette négociation, deux variantes sont présentées : selon la première, l'accord ne serait qu'une indication, laissant au Parlement toute liberté, -sauf éventuellement politique, il va de soi. Selon la seconde, encore plus radicale, non seulement le Parlement serait tenu de l'examiner, mais il ne pourrait adopter autre chose que ce qui a été conclu.

On le voit, certaines de ces propositions sont conciliables avec le système républicain où le Parlement est seul souverain. Il lui suffit de le décider sans se départir de son rôle constitutionnel. De telles propositions sont des engagements politiques du législateur souverain. Il reste maître du jeu. Les autres sont certes plus délicates. Elles supposent que le législateur abandonne partie de sa compétence. Il est clair que là, on aborde un séisme constitutionnel, peu compatible avec notre ordre républicain.

Pourtant, il a des partisans.

Ont-ils bien vu qu'alors, il suffirait à l'un des partenaires à la négociation de n'en pas vouloir pour qu'aucun progrès ne puisse se faire ?

2-1-2 Place respective des sources de droit étatiques et de la négociation aux différents niveaux d'application.

La question est tout autre : quelle est la place de la négociation collective pour la mise en œuvre de la loi. Il ne s'agit plus ici de remplacer la loi par la négociation collective, mais de rechercher quelle place on laisse à la négociation dans la mise en œuvre des principes.

La réponse traditionnelle est de dire que la loi ne fixe que les principes généraux, et que les sources inférieures les mettent en œuvre, la négociation leur étant subsidiaire, comme il a été dit, sous réserve du principe de faveur.

Mais, là aussi des innovations apparaissent.

Une première est de réserver à la négociation collective la mise en œuvre des lois. Il est ici porté atteinte non pas au pouvoir du Parlement, mais du gouvernement : la réglementation d'application sera réservée aux partenaires sociaux, la réglementation ne pourra intervenir que s'ils sont défaillants. Telle est la technique appliquée pour les accords de chômage, par exemple.

Une seconde est de laisser aux négociateurs le choix d'appliquer une ou une autre solution législative. C'est une technique qui réserve aux partenaires sociaux le choix de rendre ou non une législation applicable dans une branche :

- soit la loi définit des principes, et laisse aux négociateurs le soin de les appliquer ou non. C'est une forme de «loi optionnelle»;
- soit la loi ouvre des options;
- soit encore la loi permet de déroger aux règles qu'elle fixe, et détermine les conditions pour le faire.

Ainsi, des dispositifs de formation professionnelle, ou de réglementation du temps de travail ne peuvent être mis en place que si un accord collectif est intervenu.

La réglementation du temps de travail peut être choisie selon plusieurs modalités.

Cette technique est aussi celle qui ne permet l'accès aux dispositifs financiers d'aide qu'en cas de négociation.

Ces techniques nouvelles donnent ainsi à la négociation collective un rôle créateur nouveau, dynamique. Mais c'est alors la loi et la loi seule qui définit son espace. L'organisation constitutionnelle n'est pas modifiée. Les principes généraux restent définis par la loi. Le seul et le principal problème est alors de savoir quelle marge est ainsi laissée. En d'autres termes, qui définira les règles de base, les protections minimales etc....

Et il n'est nullement certain qu'il faille traiter de pareille manière tous les niveaux de négociation ; ainsi la négociation locale peut-elle avoir une autre place, si les fondamentaux sont respectés.

On le voit, même dans un système normatif très organisé, la place de la négociation collective bouleverse les certitudes les mieux acquises.

Elle s'élargit, et se pose comme aussi légitime que les pouvoirs publics.

Et, comme il a été souligné, on ne peut éviter de se demander comment, et à quel titre les négociateurs sont légitimes.

Paradoxalement alors, le débat nous ramène aux normes unilatérales dites «nouvelles» ou de *soft law*.

Car comment peut-on renforcer le pouvoir normatif de partenaires sociaux, en recherchant une plus grande légitimité, et tout à la fois donner plus de pouvoir normatif à des autorités autoproclamées, dans le discours de normalisation....

Ne voit-on pas ici réapparaître un contournement total de la législation du travail, sous couvert de normes professionnelles, et un contournement de la légitimité de la norme ?.

Nous ne parlons pas ici seulement de marché, mais d'organisation des pouvoirs publics, bref que nous traitons là un problème de nature constitutionnelle ¹¹ qui est légitime à poser les règles qui gouvernent les procédés de mise en place des règles, quel est le rôle de l'Etat dans la fixation de la règle qui détermine les sources du droit. Y a-t-il à cet égard une particularité du droit social ? En d'autres termes qui a l'autorité et la légitimité de fixer les normes du droit du travail, c'est-à-dire qui peut contenir le pouvoir de l'employeur et fixer les règles de la concurrence ?

Qui est en charge, en démocratie, de l'intérêt général ?

Devant l'affaiblissement de la législation et des réglementations, la tendance à de plus en plus de décentralisation de la norme, face à ses régressions éventuelles,

¹¹ On entend ici constitution comme règle d'organisation des pouvoirs, et non comme norme substantielle.

force est de constater aujourd'hui que l'intérêt général revient de plus en plus par le biais des principes fondamentaux des ordres publics nationaux et régionaux, et au travers d'accords internationaux plus pérennes.

Sans oublier que toute source de droit n'existe que si elle est réellement mobilisable...

Paris, le 7 septembre 2006