

Jean-Pierre Laborde*

Les perspectives du droit du travail français ou comment les discerner

Y a-t-il une branche du droit qui ait conduit et conduise encore à autant s'interroger sur son avenir¹ que le droit du travail ? N'a-t-on pas souvent annoncé son déclin, voire le risque de sa disparition, plus rarement il est vrai son développement et son rayonnement ? N'appelle-t-on pas, à juste titre, à la nécessité de le sauver² ? Il en est en tout cas peu dont la relation avec l'avenir soit aussi complexe que le droit du travail. Sans doute n'est-il guère étonnant qu'une matière qui a parfois été présentée comme l'avenir de toutes les autres ait très souvent suscité en contrepartie des inquiétudes sur son propre avenir. Quel avenir pour le droit du travail ? Cette question a souvent été posée, sur le ton du drame ou celui de la tragédie³, et elle l'est encore de nos jours, à nouveaux frais. Peut-être cependant pourrait-il être de quelque utilité, pour l'heure, de s'interroger, plus modestement, sur les possibilités qui s'offrent à nous de discerner, dans l'appréciation des lendemains du droit du travail, quelques perspectives probables ou vraisemblables⁴. C'est en tout cas à cet objet que nous consacrons cette contribution, écrite en l'honneur d'un grand collègue et ami, qui a su repérer, jusque dans les périodes les plus sombres et avec autant de lucidité que de courage, les pistes d'évolution du droit du travail en Pologne et en Europe. Bien entendu, notre étude portera sur les perspectives du droit du travail français mais on verra très vite que leur identification est inséparable d'une analyse européenne et comparatiste.

585

* Professeur à l'Université de Bordeaux, Membre du Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (UMR CNRS-Université n° 5114), Président honoraire de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV.

¹ Cf. S. Simitis, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir*, « *Droit Social* » 1997, p. 655 et sv.

² Voir l'essai récent et intéressant de P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail !*, éd. O. Jacob, Collection Corpus, Paris 2015.

³ Pas d'avenir, en tout cas, pas d'avenir démocratique sans droit du travail, mais y a-t-il un avenir pour le droit du travail ?

⁴ Comp. A. Jeammaud, *Le droit du travail en changement, Essai de mesure*, « *Droit Social* » 1998, p. 211 et sv.

Les interrogations actuelles sont naturellement très dépendantes de l'importance qu'a prise dans tous les esprits le phénomène de la mondialisation. S'il est un avenir qui en tout cas ne paraît plus possible pour le droit du travail, à supposer du reste que ç'ait jamais été son présent ou son passé, c'est celui d'un développement garanti ou protégé par des frontières sûres. Tout au contraire est-ce l'image du grand large et du vaste océan de la mondialisation qui paraît s'imposer et c'est dans ce type d'univers qu'il faut penser les développements, les grands risques mais peut-être aussi, pourquoi pas ?, les chances nouvelles du droit du travail.

Empruntons alors à la métaphore maritime les outils qu'elle peut nous offrir, notamment celui de la triangulation⁵, pour déterminer la position actuelle du droit du travail et repérer les orientations de la traversée. Quels vont être alors, au firmament du droit, les astres qui vont nous permettre de tracer notre route juridique ? En réalité c'est à une double triangulation que nous allons procéder, la première dans l'échelle du temps, avec la triangulation du présent, du passé et de l'avenir (I), et la seconde dans l'échelle de l'espace, à partir de la France, de l'Europe et de l'ordre international et transnational (II).

1. La triangulation du présent, du passé et de l'avenir

La triangulation consiste ici à tenter de deviner les évolutions possibles de l'avenir par la combinaison des leçons que nous donne le passé et de celles que pourrait déjà nous délivrer le présent. Autant dire que le legs de l'histoire du droit du travail français (A) est à prendre tout autant en considération que les caractéristiques de sa situation actuelle, toute en remous et en contestations (B).

A. Le legs de l'histoire du droit du travail français

Il est certes fort difficile, pour ne pas dire aventureux, de prétendre résumer en traits rapides les grandes tendances du droit du travail français. L'entreprise est d'autant plus malaisée que les auteurs ne sont même pas réellement d'accord sur la date de naissance du droit du travail, les uns la faisant remonter à la toute première loi sociale, celle du 22 mars 1841, restreignant la durée du travail des enfants dans les mines et les manufac-

⁵ La triangulation qui, fondamentalement, est « une technique permettant de déterminer la position d'un point en mesurant les angles entre ce point et d'autres points de référence dont la position est connue » – *Verbo* Triangulation, *wikipedia.org* -, est utilisée aussi bien en géodésie, dans le calcul des distances et surfaces terrestres, que dans la navigation maritime.

tures, d'autres pensant au contraire que c'est plutôt la loi du 21 mars 1884, instaurant la liberté syndicale, qui fait réellement entrer dans un monde nouveau, d'autres encore en tenant pour la loi du 9 avril 1898, instaurant une réparation automatique mais forfaitaire des accidents du travail. Du reste, l'expression même de droit du travail ne s'est substituée qu'au XX^{ème} siècle à celle, beaucoup plus ancienne, de louage de services⁶. Observons simplement que toutes les dates que nous venons de citer sont celles de lois et que la première d'entre elles est précisément une loi de réduction de la durée du travail. Voilà qui nous éclaire déjà sur deux caractéristiques majeures du droit du travail français depuis ses origines, l'une qui tient à ses sources et l'autre à ses solutions.

1) S'agissant des sources tout d'abord, on remarquera que le droit du travail en France est traditionnellement d'origine législative. C'est la loi qui est la source principale et c'est du législateur et, au-delà de lui, de l'Etat qu'a été attendu le progrès social, singulièrement le progrès dans la situation des travailleurs. Certes, cela ne signifie pas que la place de la négociation collective soit dérisoire, loin s'en faut. Longtemps celle-ci, surtout alors menée au niveau des branches, a été surtout organisée en faveur des salariés et en amélioration de la loi, perçue alors plus ou moins comme un plancher. Et si de nos jours le principe de faveur a perdu un peu de terrain au profit de négociations donnant-donnant, le rôle reconnu à la négociation collective a plutôt augmenté, spécialement en ce qui concerne la négociation d'entreprise. Il convient du reste de garder à l'esprit qu'une loi récente, la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007, dite loi Larcher, a posé en principe, aux articles L.1 à L.3 du Code du travail, que le législateur doit avoir recours à la concertation avec les partenaires sociaux et au dialogue social avant toute réforme d'envergure⁷.

Il n'en reste pas moins que la confiance dans la loi et dans la production hétéronome des règles de droit du travail reste une des caractéristiques majeures de l'histoire du droit du travail en France et sans doute constituée, pour reprendre une formule anglaise bien connue, une *path dependency* dont il n'est certainement pas très facile de se défaire, à supposer

⁶ Cette substitution a d'ailleurs suivi la prise de conscience nette que le nouveau droit du travail était désormais au moins relativement autonome par rapport au droit civil classique et aux vieilles catégories romanistes de ce dernier (parmi lesquelles la *locatio operarum*).

⁷ Il faut cependant remarquer que ces dispositions, relevant pourtant d'« un engagement solennel » du Gouvernement, sont de valeur législative mais ne constituent pas pour autant des prescriptions de valeur constitutionnelle. Il n'est donc pas interdit au législateur d'y déroger à l'occasion – sur le phénomène de la « loi négociée », voir notamment Ch. Radé, *La loi négociée, simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ?*, « *Droit ouvrier* » 2010, 319 ; J.-E. Ray, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, « *Droit Social* » 2010, 496 ; P.-Y. Verkindt, *L'article L. 1 au miroir des exigences de la démocratie sociale*, « *Droit Social* » 2010, 519.

d'ailleurs que ce soit opportun⁸. Du reste, les partis conservateurs eux-mêmes, quand ils présentent des programmes de réduction drastique du droit légal du travail, ne paraissent pas compter sur beaucoup d'autres canaux que le canal de la loi pour procéder de la sorte...

Pour l'heure le droit légal du travail reste dominant en France, comme du reste le montrent l'importance de la codification⁹, le volume¹⁰ et peut-être plus encore la place stratégique du Code du travail dans l'ensemble du droit du travail. Ce sont en tout cas ces dispositions légales qui assurent l'essentiel de ce que l'on appelle, d'une expression du reste ambiguë, les acquis sociaux¹¹.

2) La diversité des règles du droit du travail français est très grande et il est sans doute fort réducteur de prétendre les ramener à quelques très grands courants. Pour autant et cela depuis les tout débuts de la discipline quelques types de dispositions paraissent bien se détacher, patinées qu'elles sont en quelque sorte par leur ancienneté et par leur expérience.

Il en est ainsi tout d'abord d'une tendance profonde et qui s'est affirmée de façon récurrente à la réduction de la durée du travail. Son expression la plus connue, y compris sans doute au-delà des frontières, concerne la durée hebdomadaire du travail, fixée depuis les lois de 1998 à 2000 à 35 heures de travail, assez loin donc des 40 heures hebdomadaires de 1936 et de bien davantage encore plus loin dans le temps. Il faudrait cependant se garder d'oublier les cinq semaines annuelles de congés payés depuis,

588

⁸ L'expression ne doit du reste pas être nécessairement prise dans un sens péjoratif. La dépendance au chemin jusque là emprunté, c'est aussi la préférence pour des voies connues et qui ont pu prouver leurs mérites ou qui, en tout cas, correspondent aux grandes caractéristiques des rapports de travail et des relations industrielles du pays. Ainsi ne servirait-il sans doute pas à grand chose de vouloir que le droit français du travail ne voie plus dans le droit de grève un droit individuel d'expression collective ou qu'il abandonne la conception exigeante qu'il a de la liberté syndicale et le pluralisme syndical qui en résulte.

⁹ Le Code du travail regroupe non seulement le droit légal mais aussi le droit réglementaire du travail, en deux ensembles, la partie législative proprement dite (le numéro des articles est précédé de la lettre L.) et la partie réglementaire (les articles sont alors précédés de la lettre R. lorsqu'ils procèdent de décrets pris en Conseil d'Etat et de la lettre D. lorsqu'ils procèdent de décrets simples). Rappelons ici qu'aux termes de l'article 39 de la Constitution du 27 octobre 1958, le législateur est compétent en droit du travail pour ce qui concerne les principes fondamentaux, le reste relevant de la compétence réglementaire.

¹⁰ Dégonflons ici une baudruche. Les éditions (commerciales) du Code du travail sont certes volumineuses mais cela est dû au moins en partie au fait du reste très heureux qu'elles accompagnent les textes proprement dits de riches commentaires et annotations de jurisprudence et de doctrine. Brandir de telles éditions sur les tréteaux politiques pour donner à voir la charge juridique qui pèserait sur les employeurs n'est donc pas nécessairement très sérieux.

¹¹ L'expression est en effet ambiguë dans la mesure où une partie au moins de ces acquis sociaux n'a que valeur légale et non point constitutionnelle et n'est donc pas à l'abri d'un changement de législateur...

un nombre de jours fériés élevés et le principe du repos hebdomadaire et dominical. Sans doute un certain nombre de ces avantages sont-ils aujourd'hui contestés¹² mais sur le long terme et en partant de loin la tendance à la réduction de la durée du travail n'est pas niable. Elle l'est si peu qu'elle semble même faire corps avec le droit du travail.

Parallèlement et sans d'ailleurs que la seconde tendance soit nécessairement opposée à celle que nous venons de décrire, une tendance aussi se dessine qui renforce les garanties d'un emploi stable et décent, en faisant du contrat de travail à durée indéterminée le contrat de droit commun, en entourant la rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, en d'autres termes le licenciement, de règles de fond et de procédure destinées à protéger autant que possible la situation, les droits et les intérêts des travailleurs exposés à un licenciement, en fixant enfin, pour tout contrat de travail, un plancher de rémunération au niveau d'un salaire minimum horaire qui ne soit pas dérisoire. Certes, cela ne signifie aucunement que tous les contrats soient à durée indéterminée ni non plus que le licenciement ne soit pas une menace pour de nombreux travailleurs ni encore moins que tous les contrats de travail soient à temps plein et que tous les salaires soient suffisants. Cela signifie seulement, mais c'est déjà beaucoup, que, dans l'immédiat, la situation de nombreux salariés est d'ailleurs simplement acceptable et que, sur le long terme, les garanties au cas de risque de perte de l'emploi ont été renforcées. L'une des meilleurs preuves que tel ait bien été le cas est que certains, venant des cercles d'opinion libéraux, font valoir que ce renforcement des garanties de l'emploi, selon eux trop favorable aux salariés en place, aux *insiders*, empêcherait l'accès à l'emploi de ceux qui en recherchent un, les *outsiders*. Mais il est vrai que la tendance à mettre en opposition le droit du travail et la politique de l'emploi, si elle n'est pas réellement nouvelle, est particulièrement forte aujourd'hui.

B. Le droit du travail français aujourd'hui dans les remous

La situation présente du droit du travail français ne peut se comprendre qu'au regard des controverses qui agitent la discipline, spécialement au regard de ses rapports avec la situation et les politiques de l'emploi (1). Dans ce débat, les utilisations diverses du droit comparé font elles-mêmes difficulté (2). L'enjeu est en toute hypothèse de taille : la solution est-elle dans la rupture avec les orientations traditionnelles du droit du travail ou est-elle bien plutôt dans une refondation, à nouveaux frais, du droit du travail ?

¹² Ainsi en est-il du principe du repos dominical, déjà soumis à beaucoup d'exceptions, ou, pareillement, de la fixation à 35 heures de la durée hebdomadaire du travail.

1) Avec un chômage qui tourne autour des 10% de la population active et qui se caractérise aussi par un nombre élevé de chômeurs de longue durée, en même temps que de demandeurs d'emploi très jeunes ou au contraire en fin de carrière active, chacun peut comprendre que le débat public en France tourne largement autour des mesures susceptibles d'améliorer à tout le moins une situation très préoccupante. Le Président Hollande en a lui-même fait l'axe majeur de sa politique et le critère du succès ou de l'échec de son mandat, au terme du quinquennat actuel, soit en 2017. Or, ce qui peut frapper tout observateur du débat public en France sur la question de l'emploi est précisément l'importance qu'y tient, à juste ou injuste titre, le droit du travail lui-même.

Du côté des partisans du libéralisme économique, le droit français du travail fait l'objet d'un véritable procès, accusé selon les cas de détériorer la situation de l'emploi ou d'empêcher son amélioration, quand ce n'est pas des deux choses en même temps. Trop lourd, trop compliqué, d'application trop aléatoire et coûteuse, spécialement dans le contentieux des licenciements, le droit du travail dissuaderait d'embaucher et même d'investir en France. Il n'y aurait donc de salut et de politique efficace de l'emploi que dans la rupture avec certaines caractéristiques traditionnelles du droit français du travail, l'assouplissement de la plupart de ses dispositions et, sans que cela soit trop dit, la réduction des droits et garanties des salariés. Ce débat est tel aujourd'hui qu'il semble sinon occuper tout l'horizon du droit du travail, en tout cas beaucoup l'obscurcir.

Si les uns en effet estiment que sans un assouplissement très net des contraintes du droit du travail, l'emploi et plus largement l'économie française ne reprendront pas vigueur, les autres au contraire craignent que les conquêtes sociales si difficilement arrachées soient inutilement et durablement sacrifiées et font valoir que, d'ores et déjà, ce n'est pas le renforcement des droits des salariés qui progresse mais bien plutôt la précarisation de nombreuses relations de travail¹³. Est-il possible, si ce n'est de se prononcer sur la valeur respective de ces positions antagonistes, tout au moins de risquer un pronostic sur l'évolution prévisible ?

Encore bien sûr convient-il de s'entendre sur ce que l'on peut appeler l'évolution prévisible, non pas nécessairement tout ce qui peut arriver en législation ou en jurisprudence, parfois sous le coup d'une actualité politique sans véritable lendemain, mais seulement, dans ce qui arrive,

¹³ C'est un fait en effet que des nombreuses embauches se font aujourd'hui dans le cadre de contrats à durée déterminée réduite à très réduite ou encore pour un temps seulement partiel. Il y a donc, dans les différents sens du terme, une tendance à la précarisation, tout au moins pour ce qui est des nouveaux contrats de travail. Pour prolonger et élargir la réflexion, cf. *Droit social et travailleurs pauvres*, sous la direction de Ph. Auvergnon, Bruylant, Bruxelles, 2013, 408 pages.

ce qui, relevant de tendances profondes, a quelque chance de durer. On aura compris que nous ne croyons guère à la vertu des ruptures en tant que telles ou, à tout le moins, que nous penchons davantage vers les inflexions que vers les ruptures. En d'autres termes et contrairement à une opinion assez ancrée en France, ce n'est pas le volontarisme de l'action qui lui donne profondément fermeté et consistance, c'est son accord parfois souterrain et inaperçu avec les évolutions réelles de la société dans son ensemble, étant de surcroît précisé que les grandes caractéristiques du système de droit font partie de ces ressorts profonds.

C'est dire que si l'on ne peut écarter a priori l'hypothèse de mesures radicales, telles que la réduction de la protection et des indemnisations au cas de licenciement, l'adoption du contrat de travail unique, qui se substituerait à la distinction actuelle du contrat de travail à durée indéterminée et du contrat de travail à durée déterminée, la baisse de certaines rémunérations en-deçà du SMIC, le plus vraisemblable, en tout cas à moyen et long terme, n'est pas là. C'est bien plutôt du côté de l'amélioration de la formation initiale des jeunes et de l'apprentissage, du côté aussi de réformes profondes en matière de formation permanente ou tout au long de la vie, de la recherche de modes de rupture du contrat de travail moins conflictuels¹⁴, de celle d'une plus grande efficacité des juridictions du travail, que devraient venir les textes les plus assurés d'un succès au moins relatif.

Cela naturellement n'exclut pas que soit activement recherchée une simplification de l'organisation des rapports de travail et spécialement des rapports collectifs, comme le montrent aussi bien la profonde réforme de la représentativité des organisations syndicales et patronales déjà effectuée que les actuelles tentatives de réforme du dialogue social¹⁵. Pareillement l'assouplissement de certaines dispositions du Code du travail n'est en soi ni à écarter ni à proscrire. Encore une fois cependant, les chances de succès de ce type de réformes dépendent en grande partie non pas du tout de leur opposition à tout ce qui s'est fait jusqu'alors mais bien plutôt sinon de leur adéquation à tout le moins de leur compatibilité avec

¹⁴ Cette recherche a du reste déjà à son actif des résultats significatifs, notamment avec la possibilité, depuis la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, d'une rupture dite conventionnelle du contrat de travail, qui tente d'allier la rencontre des consentements dans la rupture et la protection des droits des salariés (articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail). Au cours des débats parlementaires, cette loi a été présentée par le Ministre du Travail de l'époque comme « une modernisation sans précédent des relations individuelles de travail » – cité par G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 29^{ème} édition, Paris 2015, n° 384, p. 433.

¹⁵ Il faut cependant observer ici combien reste préoccupante l'atonie de l'adhésion syndicale en France, en-dessous d'un taux déjà très faible de 10% de l'ensemble des salariés. Il y a là, encore aggravée par la division syndicale, une préoccupation majeure pour l'avenir et particulièrement pour l'avenir du dialogue social.

ce qui a fait jusqu'alors l'identité et la personnalité du droit français du travail. De ce point de vue, il n'est aucunement paradoxal de s'interroger sur ce que l'on est en droit d'attendre d'un détour par le droit comparé.

2) Le droit comparé n'est en apparence aucunement absent des débats portant actuellement en France sur l'avenir du droit du travail. L'argument revient en effet qu'au regard des législations du travail dans les pays comparables, le droit français du travail serait beaucoup trop lourd, manquerait gravement de souplesse, aggraverait les coûts du travail et en définitive nuirait à l'emploi et à la croissance. En d'autres termes le souci d'une meilleure compétitivité dans un contexte de mondialisation exigerait que le droit du travail soit ramené à des standards moins ambitieux, qui correspondraient à peu près à ceux des économies concurrentes. Il serait donc tout à fait inexact de prétendre que la référence aux droits étrangers est absente de nos discussions et de nos polémiques.

Cependant, si le droit comparé paraît bien relever d'une démarche scientifique, est-on bien dans une telle démarche en l'occurrence ? Il est à craindre que non avec ce qui apparaît comme relevant plutôt d'un comparatisme sauvage, tant au regard des droits étrangers en cause que du droit français et de la comparaison elle-même. Au regard des droits étrangers en cause tout d'abord dans la mesure où loin de faire l'objet d'une analyse véritablement objective et approfondie, ils ne sont le plus souvent invoqués dans les débats publics que sous un aspect tout à fait particulier, propre à frapper les esprits et les imaginations. Au regard du droit français lui-même, toujours présenté dans ce cas comme rigide et non adapté aux nécessités nouvelles, alors que, sur bien des points non soulignés, c'est l'importance de son évolution qui frappe, comme il en est par exemple des changements assez profonds introduits dans les rapports entre les conventions collectives de niveau différent, loin désormais de ne relever que du principe de faveur aux salariés et beaucoup plus largement ouverts que par le passé à la négociation donnant-donnant. Au regard enfin du processus lui-même de comparaison, qui n'est scientifique qu'à la double et du reste paradoxale condition de cerner avec précision l'objet de la comparaison tout en sachant l'inscrire dans son environnement, par hypothèse beaucoup plus large. On est évidemment loin de tout cela quand il s'agit seulement d'en rester à ce que nous avons appelé le premier moment du comparatiste, celui de l'étonnement devant la différence, sans parcourir les deux étapes suivantes, celle d'abord qui révèle les ressemblances au-delà des différences de première vue, et la troisième, de mesure objective de la distance réelle¹⁶.

¹⁶ J.-P. Laborde, *Le droit social comparé : Pourquoi et Comment ?*, « Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale » 1994, vol. 1, p. 4 à 15.

Ce n'est pas à dire, bien sûr, qu'un regard de droit comparé, qu'un comparatisme bien tempéré, ne soit pas utile à celui qui veut discerner les tendances de l'avenir. Cependant, ce regard doit être aussi avisé qu'original. Peut-être aussi doit-il naturellement se porter aux vues d'ensemble. Ainsi le repérage d'un droit du licenciement plutôt moins protecteur que le nôtre n'a-t-il pas du tout le même sens selon que l'indemnisation du chômage est plus ou moins favorable et que l'accompagnement dans la recherche d'un nouvel emploi est plus ou moins effective et efficace. Il est du reste à prévoir aussi que le droit comparé prendra une importance d'autant plus grande qu'il concernera les systèmes juridiques des pays de l'Union européenne. C'est alors entrer dans la seconde triangulation, celle qui relie les perspectives du droit français du travail au droit européen et au droit international et transnational.

2. La triangulation du droit français, du droit européen et du droit international et transnational

Que le droit français du travail évolue et soit appelé à le faire encore en fonction du droit européen et du droit international et transnational ne fait guère de doute. C'est plutôt la mesure de cette influence qui reste à établir.

593

A. Le droit français sous travail sous l'influence du droit européen

Depuis le Traité de Lisbonne, l'expression de droit européen peut désigner aussi bien le droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que celui de l'Union européenne, qui autrefois portait plutôt le nom de droit communautaire.

1) La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas le droit du travail pour terrain central¹⁷ mais elles ne sont assurément pas à négliger dans les relations de travail, tant certains des droits et libertés qu'elles consacrent doivent aussi être respectés dans les rapports de travail, ainsi entre autres exemples de la liberté d'expression, du droit au respect de la vie privée et familiale, du droit à un procès équitable, de la liberté

¹⁷ Certaines de ses dispositions touchent cependant directement les relations de travail, ainsi de l'article 4, qui interdit le travail forcé, de l'article 11 sur la liberté syndicale, et de l'article 14, sur les discriminations. Il faut aussi souligner, avec Gilles Auzero et Emmanuel Dockès – *Droit du travail...*, n° 33, pp. 38 et 39, la tendance actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme à interpréter la Convention à la lumière des droits et principes de la Charte sociale européenne, conclue en 1961 et révisée en 1996, ainsi du droit à la négociation collective et du droit de grève.

d'association. Ce sont en quelque sorte des droits et libertés de citoyenneté qui empêchent de céder à la subordination plus de terrain qu'il ne faut et dont on peut penser qu'ils orientent plus qu'on ne croit peut-être les grandes tendances du droit du travail. Imagine-t-on aujourd'hui, dans les pays démocratiques, un droit du travail qui ferait bon marché des droits fondamentaux ?

2) Le droit de l'Union européenne lui-même s'arrime à la consécration de droits fondamentaux, spécialement avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, présentée au sommet de Biarritz en octobre 2000, adoptée au sommet des chefs d'Etat de Nice et signée le 7 décembre 2000 puis publiée le 18 décembre 2000. Certaines de ses dispositions, notamment au Chapitre IV consacré à la solidarité, touchent directement les relations de travail, ainsi du droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, du droit de négociation et d'action collectives, du droit d'accès aux services de placement, de la protection en cas de licenciement injustifié, de conditions du travail justes et équitables, de l'interdiction du travail et des enfants et de la protection des jeunes au travail, de la conciliation de la vie professionnelle et de la vie personnelle et familiale. La valeur juridique sinon de la Charte elle-même tout au moins de certaines de ses dispositions est, il est vrai, parfois sujette à caution mais il y a à tout de même des prescriptions de grande utilité, qui définissent à la fois un socle intangible et une direction à suivre pour les progrès à venir.

594

Il ne faut cependant pas se cacher que l'influence du droit européen dans son ensemble sur l'évolution du droit du travail français est assurément complexe. C'est ainsi que, ces dernières années, la jurisprudence de la Cour de Justice a pu inquiéter, les arrêts *Laval* et *Viking* faisant ainsi craindre que les garanties et droits collectifs des travailleurs soient en définitive sacrifiés à la liberté d'établissement d'entreprises venant de pays qui ne les connaissent pas ou qui les connaissent moins. La tendance est aujourd'hui assez forte en France à remettre en cause un droit européen qui serait influencé à l'excès par les thèses néolibérales et trop ignorant des nécessités de l'Europe sociale.

Pour autant, sur deux terrains au moins, les acquis du droit issu de l'Union européenne sont incontestables, les progrès sans doute irréversibles et de nouveaux développements sont vraisemblablement à prévoir.

Il s'agit tout d'abord de la lutte contre les discriminations, au premier rang desquelles les discriminations en raison du sexe¹⁸. Cette lutte

¹⁸ Mais pas seulement comme le montre suffisamment la lecture de l'article L. 1132-1 du Code du travail, énonçant la liste particulièrement fournie des critères de discrimination prohibés. Pour prolonger la réflexion, cf. Ch. Radé, *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise, Tous égaux, tous différents*, éditions Liaisons, coll. Droit vivant, Paris 2011, 232 pages.

ne concerne certes pas seulement le droit social et, dans le droit social, pas seulement non plus le droit du travail. L'égalité de traitement entre femmes et hommes est ainsi très fortement affirmée et recherchée sur le terrain de la protection sociale et particulièrement de la sécurité sociale, ainsi en matière de pensions de retraite. Pour autant et en droit du travail cette fois les dispositions touchant l'égalité de rémunérations et plus largement l'égalité de traitement entre hommes et femmes sont nombreuses et importantes et, parmi les dispositions internes, toutes ou presque se placent aujourd'hui sous l'influence du droit européen. Bien entendu, cela ne signifie pas que l'égalité soit déjà et partout une réalité, la distance pouvant être parfois assez grande des textes à la réalité pratique¹⁹. Pour autant le mouvement en ce sens est désormais clairement affirmé, au point du reste que la lutte déterminée et systématique contre les inégalités subsistantes est à coup sûr au programme des années et des décennies qui viennent. Le droit européen a du reste déjà imposé sa vision concrète des choses, en allégeant heureusement la charge probatoire pesant sur celles et ceux qui entendent dénoncer de telles discriminations et à qui il suffit désormais d'établir des faits et données les laissant supposer, revenant alors à l'employeur de faire valoir que la mesure contestée repose sur des raisons objectives étrangères à toute discrimination²⁰.

Le second terrain, tout à fait essentiel aussi, est celui de la protection de la santé et de la sécurité au travail qui, sous l'égide du droit européen et de la directive-cadre européenne de 1989, est devenue une des branches-maîtresses du droit français du travail lui-même. Les progrès du droit positif ne se comptent plus en la matière, tant sont nombreuses les avancées et innovations venant de la loi ou venant du juge, ainsi, entre autres exemples, de l'obligation de sécurité de résultat qui pèse désormais sur l'employeur ou de la reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail en même temps que d'une considération plus précise des risques psychosociaux au travail²¹. L'idée force, venue du droit

¹⁹ Comp. *Genre et droit social*, sous la direction de Ph. Auvergnon, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, 406 pages.

²⁰ Article L. 1134-1 du Code du travail, dans la rédaction que lui donne la loi du 27 juin 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

²¹ Cf., notamment, dans une littérature déjà fournie, *Les risques psychosociaux au travail en droit social : approche juridique comparée. France – Europe – Canada – Japon*, sous la direction de L. Lerouge, Dalloz, Paris 2014, 336 p. ; *Approche interdisciplinaire des risques psychosociaux au travail*, sous la direction de L. Lerouge, Octarès, *Collection Le travail en débats*, Paris 2014, 362 p. L'intérêt pour ces questions tient aussi à une prise en considération beaucoup plus précise et profonde de la souffrance au travail – sur cette question particulièrement importante, voir notamment Ch. Dejours, *Le choix, souffrir au travail n'est pas une fatalité*, éd. Bayard Culture, coll. Essais, Paris 2015.

européen, est aujourd'hui que le travail ne doit pas porter atteinte à la santé sous toutes ses formes. Au regard de l'histoire humaine, c'est une idée profondément novatrice tant la pénibilité du travail a paru longtemps être la règle. Certes on pourra faire valoir, en quelque sorte en opposition, que ce droit à la protection de la santé du travailleur est en quelque sorte la contrepartie de la subordination juridique dans la quelle il se trouve placé et, au fond, la reconnaissance indirecte de l'inéluctabilité de cette subordination. Pour autant, tout ambigu soit-il sur le terrain philosophique, ils 'agit d'un progrès social indéniable, en même temps que de la reconnaissance logique de la centralité du travail dans toute expérience humaine. Est-il du reste interdit d'imaginer qu'à l'occasion les bonnes pratiques de la santé et de la sécurité au travail aillent jusqu'à inspirer certains comportements individuels et collectifs dans la vie extra-professionnelle ? Il ne faut du reste pas méconnaître que les progrès en la matière s'inscrivent aussi dans la perspective de pleine reconnaissance des libertés et droits fondamentaux des travailleurs, à laquelle contribue également pour sa part le droit international.

B. Le droit français du travail au regard du droit international et du droit transnational

596

1) Le droit international du travail n'est certes pas exclusivement mais est tout de même largement celui qui est issu des travaux de l'Organisation Internationale du Travail et spécialement des recommandations que l'OIT soumet à la ratification de ses membres. Dès les débuts de cette œuvre véritablement internationale, la France a tenu toute sa place et la tient encore, aussi bien par le nombre que par l'importance des conventions ratifiées. Il est donc très peu vraisemblable que, dans un avenir prévisible, le droit français du travail prenne un tout autre chemin, le plus probable étant au contraire que le mouvement de ratification des conventions nouvelles se poursuivra avec le temps.

Encore faut-il en la matière garder la prudence qui s'impose, au rebours de l'idée, fort répandue dans notre pays, que le niveau de protection du droit français du travail est en toute hypothèse si nettement supérieur aux standards internationaux qu'il n'y aurait aucune inquiétude particulière à nourrir. Un épisode encore assez récent a tenu lieu d'avertissement sans frais. Nous songeons au projet de contrat dit initiative emploi, voté du reste en 2006, et qui prévoyait que le contrat de travail conclu par un jeune primo-demandeur d'emploi dans une entreprise de moins de vingt salariés pourrait être beaucoup plus librement rompu qu'en droit commun dans les deux premières années de sa conclusion. On aura compris qu'il s'agissait pour le législateur de l'époque d'inciter à l'em-

bauche de jeunes candidats à l'emploi sans expérience en facilitant leur licenciement éventuel par l'employeur. Peu importe ici que ce calcul ait été ou non raisonnable. Il est plus important d'observer que dans le débat public qui a entouré cette réforme, la contradiction entre une telle réduction de la protection de certains salariés sans ancienneté contre le licenciement et les conventions internationales de l'OIT conclues et ratifiées en la matière, spécialement la Convention n° 158 de 1982 en matière de licenciement, a été fortement soulevée et qu'elle a sans aucun doute joué un rôle important dans le retrait du projet à peine voté. Que tirer de cette expérience douloureuse pour toutes les parties ? La conviction rassurante que les mesures éloignées de l'esprit du droit international ont décidément très peu de risques de s'appliquer vraiment ou l'impression qu'à l'avenir un gouvernement plus habile pourrait, en s'y prenant autrement, réaliser ce type de « rupture » ? Il reste à espérer que la réponse ne soit pas seulement affaire de circonstances.

2) L'expression de droit transnational, moins fréquente que celle d'entreprise transnationale et qui du reste est susceptible de nombreuses significations différentes, peut à l'occasion désigner le droit issu d'opérateurs internationaux non étatiques et qui a vocation à transcender le phénomène de la frontière. Comment ne pas évoquer ici les perspectives de la responsabilité sociale des entreprises, quand celle-ci est élaborée par les engagements que prennent, en matière de relations de travail ou de protection de l'environnement, les entreprises multinationales ou groupes internationaux de sociétés²² ? Il s'agit au fond d'engagements en quelque sorte spontanés, par lesquels les entreprises entendent signifier leur attachement à des principes essentiels du droit du travail, alors même que, du fait du caractère multinational de leur activité, elles ne seraient pas toujours contraintes de les respecter.

Même si, naturellement, il convient de raison et prudence garder, notamment au regard de simples effets de mode, la responsabilité sociale de entreprises ne se réduit certainement ni à un slogan vide de sens ni à un vœu pieux. Certes, sa caractéristique première n'est pas d'être du droit strict dûment coercitif et sanctionné. On est au contraire plutôt dans la *soft law*, celle qui n'existe que dans la mesure où ceux à qui elle s'adresse le veulent bien. Mais ce droit, en quelque sorte en formation, n'est pas sans intérêt. On nous dira, il est vrai, que nous nous éloignons beaucoup du droit français du travail. Pour autant, les groupes en question peuvent être français et ils sont de toute façon influencés par les grandes législations du travail dans le monde. C'est dire que, au moins indirectement, une

²² Sur un sujet appelé aux plus larges développements, voir notamment *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, sous la direction d'I. Daugareilh, Bruylant, Bruxelles 2011, 863 pages.

partie du développement de ce droit transnational est lié au rayonnement, à la constance et à la pertinence des droits du travail étatiques et, parmi eux, du droit français du travail. Le national, l'international et le transnational se conjuguent plus qu'ils ne s'opposent, dans la mesure où leur avenir est lié. Où l'on voit que, dans le vaste océan de la mondialisation, l'avenir du droit français du travail ne peut pas, ne doit pas se réduire à celui d'un simple jouet des courants, des marées et des flots mais bien être celui d'un bâtiment qui trace sa route en suivant les indications des astres et des étoiles.

Bibliographie

- Auvergnon Ph. (sous la direction de), *Droit social et travailleurs pauvres*, Bruylant, Bruxelles 2013, 408 pages.
- Auvergnon Ph. (sous la direction de), *Genre et droit social*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux 2008, 406 pages.
- Auzero G., Dockès E., *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 29^{ème} édition, Paris 2015, 1564 pages.
- Daugareilh I. (sous la direction de), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles 2011, 863 pages.
- Dejours Ch., *Le choix, souffrir au travail n'est pas une fatalité*, éd. Bayard Culture, coll. Essais, Paris 2015.
- Jeammaud A., *Le droit du travail en changement, Essai de mesure*, « Droit social » 1998, pp. 211 et sv.
- Laborde J.-P., *Le droit social comparé : Pourquoi et Comment ?*, « Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale », 1994-1, pp. 4 à 15.
- Lerouge L. (sous la direction de), *Les risques psychosociaux au travail en droit social : approche juridique comparée. France – Europe – Canada – Japon*, Dalloz, Paris 2014, 336 pages.
- Lerouge L. (sous la direction de), *Approche interdisciplinaire des risques psychosociaux au travail*, Octarès, Collection *Le travail en débats*, Paris 2014, 362 pages.
- Lokiec P., *Il faut sauver le droit du travail !*, éd. O. Jacob, Collection Corpus, Paris 2015.
- Radé Ch., *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise, Tous égaux, tous différents*, éditions Liaisons, coll. Droit vivant, Paris 2011, 232 pages.
- Radé Ch., *La loi négociée, simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ?*, « Droit ouvrier » 2010, 319.
- Ray J.-E., *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, « Droit social » 2010, pp. 496.
- Simitis S., *Le droit du travail a-t-il encore un avenir*, « Droit social » 1997, pp. 655 et sv.
- Verkindt P.-Y., *L'article L. 1 au miroir des exigences de la démocratie sociale*, « Droit social » 2010, pp. 519.

Perspektywy francuskiego prawa pracy

Streszczenie

Refleksje dotyczące przyszłości prawa pracy były przedstawiane niemal od początku istnienia tej dyscypliny. Dzisiaj są one szczególnie często prezentowane, zwłaszcza we Francji, przede wszystkim w odniesieniu do globalizacji i wpływu prawa Unii Europej-

skiej. Określenie perspektyw w tej dziedzinie jest być może obecnie szczególnie trudne i nie może być mowy o kategoriycznym przedstawieniu stanowiska na temat najbardziej prawdopodobnego rozwoju. Z kolei przydatne pozostaje określenie możliwych tendencji oraz oparcie się na metodach pozwalających na wskazanie nie tyle perspektyw najbardziej prawdopodobnych, co najmniej nieprawdopodobnych. Refleksja, rzecz jasna, powinna być oparta na całości elementów wynikających z francuskiego prawa pracy w czasie i w przestrzeni.

Autor tekstu dąży przede wszystkim do podkreślenia znaczenia ogólnoświatowej myśli porównawczej, czerpiąc zarówno z lekcji historii prawa socjalnego, jak i komparatystyki prawa pracy. Zostaje tu również dokonana ocena wpływu i zasięgu prawa europejskiego, jak i prawa międzynarodowego oraz ponadnarodowego. Badając te wszystkie aspekty można być może lepiej zrozumieć relacje zachodzące między różnymi partnerami, a także określić pułapki, jakich należy unikać, i odróżnić drogi, które prowadzą donikąd, od prawdziwych kierunków wiodących ku przyszłości.

Czas pokaże silne strony i bez wątpienia także słabości tej analizy. Warto dodać, że w społeczeństwach demokratycznych przyszłość zależy również od tego, jak obywatele pragną ją ukształtować.

Tłumaczenie z języka francuskiego – Dagmara Skupień