

Observations sur les processus normatifs en matière de relations professionnelles

par Franck Héas, Maître de conférences à l'université de Bretagne-sud ⁽¹⁾

PLAN

I. Le cadre de production de la norme au niveau communautaire

- A. Les principes
- B. La production institutionnelle de normes communautaires

II. Quelques exemples de régulation des relations professionnelles au niveau territorial

- A. Le développement de normes localisées
- B. Gouvernance et auto régulation

Sous l'impulsion du droit communautaire, les modes de production de la norme en droit du travail semblent évoluer. Notamment, la norme peut être davantage incitative que juridique, c'est-à-dire librement choisie par les destinataires. Corrélativement, la tendance d'un ajustement de la règle en fonction de contraintes ou de considérations économiques peut se trouver renforcée. Quelques exemples de gouvernance et/ou d'auto régulation permettent ainsi de constater que les normes élaborées peuvent bénéficier d'un champ d'application localisé.

Le droit du travail est incontestablement une matière mouvante, marquée par une évolution quasi permanente. De plus, le champ en est relativement large si l'on considère le concept de relations professionnelles comme incluant les rapports directement liés à l'accomplissement d'une prestation de travail (quel qu'en soit le statut (2)), ainsi que l'environnement et l'ensemble des conditions permettant l'exécution de ces prestations. En outre, tout en étant créatrice de lien social (3), l'activité professionnelle est également parfois liée aux idées d'effort, de contrainte, d'autorité ou de résultat (4). Cette ambivalence et l'ensemble de ces éléments ne sont pas indifférents au mode de création de la règle intéressant le travail. En effet, les processus normatifs en matière de relations professionnelles peuvent différer selon leurs acteurs (législateur, partenaires sociaux, employeur par exemple) ou selon leur nature (texte étatique, norme conventionnelle, disposition contractuelle par exemple). Les voies du droit du travail sont donc multiples.

Classiquement, les relations professionnelles sont essentiellement régies et régulées par des règles de droit.

Selon, le dictionnaire Cornu (5), il s'agit de toute norme juridique qui est obligatoire, quels qu'en soient la source, le degré de généralité ou la portée. Même s'il peut exister des normes autres que juridiques telles la morale, la religion, la conscience, la courtoisie ou l'amitié par exemple, la norme juridique se caractérise par trois éléments principaux. En premier lieu, la règle de droit est d'application générale et impersonnelle : en atteste l'adage *nemo censetur ignorare legem*. En second lieu, elle est obligatoire et contraignante dans le sens où des sanctions y sont attachées. Enfin, elle est édictée par une autorité tiers, extérieure à la volonté des personnes qui y sont soumises (6).

Sur la base de ces considérations, les présents développements visent à soutenir l'idée selon laquelle les modes de production de la norme en droit du travail évoluent et que la norme est davantage incitative que juridique, c'est-à-dire librement choisie par les destinataires. Les phénomènes décrits ne correspondent pas à une dé-régulation, mais au développement d'une régulation autre, à un changement normatif. Certes, la

(1) Droit et Changement social UMR-CNRS 6028/MSH Guépin (Université de Nantes), IREJE (Université de Bretagne-sud). Les présents développements s'inscrivent dans le prolongement d'une contribution co-rédigée avec Clavel S. : Réglementation, déréglementation, re-réglementation : quelle voie pour la production normative communautaire en matière sociale ?, in Bourreau-Dubois C. et Jeandidier B. (dir.), *Economie sociale et droit, XXVI^e journées de l'Association d'économie sociale*, Paris, 2006, L'Harmattan, p. 261.

(2) A cet égard, la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 (reproduite au Dr. Ouv. 2002 p. 492) établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (JOCE, 23 mars

2002, L 80), définit comme travailleur « toute personne protégée à ce titre par la législation nationale sur l'emploi ». Sur le plan juridique, la notion doit par conséquent être entendue largement et désigne le salarié, l'indépendant, l'agent public ou encore le demandeur d'emploi.

(3) Gaudu F., *Contrat de travail ou statut d'activité*, *Projet*, juin 1998, n° 254, p. 26.

(4) Méda D., *Le travail*, Paris, 2004, PUF, Que sais-je ?, p. 9 et s.

(5) Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF.

(6) Sur ces éléments caractéristiques de la règle de droit : Jeammaud A., *La règle de droit comme modèle*, *D*, 1990, *Chronique*, XXXIV, 206.

tendance n'est pas nouvelle (7). Néanmoins, le « *défi normatif* » demeure considérable, puisqu'il s'agit de s'interroger sur l'articulation des différentes normes entre elles (8). Sans prétendre à l'exhaustivité, l'objet de cette contribution est de démontrer que la tendance d'un ajustement de la règle en fonction de contraintes et/ou de considérations économiques peut se trouver renforcée. Dès lors, les modes de production de la norme évoluent et la tendance semble être celle d'un recours minimal aux normes juridiques et

corrélativement, d'une édicition croissante de normes incitatives. Ce désintérêt pour la réglementation purement juridique contribue au renforcement de pratiques d'auto-régulation nombreuses au niveau territorial : les normes qui peuvent y être adoptées présentent alors bien souvent un champ d'application très localisé. Cette logique dont les fondements sont posés au niveau communautaire (I) a donc des impacts réguliers à des niveaux inférieurs de régulation (II).

I. Le cadre de production de la norme au niveau communautaire

Alors qu'un cadre précis existe au niveau communautaire pour l'élaboration de normes juridiques (A), la régulation des relations professionnelles tend à devenir de plus en plus incitative (B). Il s'agit là d'une première illustration de l'évolution dans le mode de création de la norme intéressant le droit du travail.

A. Les principes

Dans une conception classique de la hiérarchie des sources en droit du travail, le droit international du travail prime sur le droit interne. A cet égard, le droit communautaire s'impose au droit français. C'est pourquoi, l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que « *les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ». A cet égard, deux principes encadrent l'activité normative au niveau communautaire.

Depuis 1992, l'action communautaire est en premier lieu soumise au principe de subsidiarité (article 5 al. 2 du Traité CE) : « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire* ». Sur les questions relevant de la compétence exclusive, les organes communautaires sont les seuls à pouvoir agir. En revanche, dans les autres domaines de compétence, l'action communautaire est envisageable à défaut

d'action plus efficace ou plus pertinente de la part des Etats membres. Plus précisément, le principe de subsidiarité permet d'organiser les relations entre l'Union européenne et les Etats membres, au niveau de l'élaboration des normes. Ainsi l'action communautaire est soumise à une double condition. Il convient d'une part, que les objectifs de l'action envisagée ne puissent pas être réalisés de façon suffisante par les Etats membres. Il importe d'autre part, que cette action puisse être mieux conduite au niveau communautaire. Pour résumer, l'action doit d'abord être initiée par les Etats membres, l'Union n'agissant qu'à défaut. En matière sociale, la Cour de justice a donc affirmé dans un avis 2/91 en date du 17 mars 1993 qu'« *en l'état actuel du droit communautaire, la politique sociale relève d'une manière prépondérante du domaine de la compétence des Etats membres* ».

En second lieu, l'action normative des institutions communautaires est subordonnée au principe de proportionnalité. L'idée est de limiter au maximum l'effet perturbateur des réglementations d'origine communautaire : « *l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité* » (art. 5 al. 3 du Traité CE). A efficacité comparable, l'action réglementaire de moindre intensité doit être préférée, c'est-à-dire la directive plutôt que le règlement, ou la directive-cadre plutôt qu'une prescription précise et détaillée. La réglementation ne doit pas exercer de pressions au-delà du nécessaire, dans le respect des libertés individuelles, publiques et économiques. Les réglementations communautaires doivent donc respecter un équilibre entre l'anomie et l'hypernomie, « *l'art de la limite* » selon Alain Supiot (9). Le principe de

(7) Djelic M.L., Zarlowski P., Entreprises et gouvernance en France perspectives historiques et évolutions récentes, *Sociologie du travail*, 2005, p. 451.

(8) Javillier J.-C., Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité, *Approches comparatives et internationales, Droit Social*, 1986, 65.

(9) Supiot A., *Critique du droit du travail*, Paris, 1994, PUF, p. 269 : « *Oui, le droit est borné, borné comme les cases des jeux que*

les enfants dessinent sur le sol. Pas de lignes sur le sol, pas de jeux possible : c'est l'anomie et la confusion, le règne du plus costaud. Mais s'il y a tant de lignes qu'elles ne laissent plus un espace où se mettre, il n'y a pas de jeu possible non plus : c'est l'hypernomie et la confusion, le règne du plus costaud. Et s'il y a juste ce qu'il faut, on peut oublier ceux qui les tracent, et jouer son va-tout dans les espaces qu'elles dessinent, on peut même tricher. A ses risques et péril ; cela s'appelle la liberté ».

proportionnalité répond donc à cette exigence d'un juste équilibre ou d'une juste mesure entre l'absence de norme, la norme suffisante et équilibrée et la norme pointilleuse et excessive.

B. La production institutionnelle de normes communautaires

Au niveau communautaire, l'édiction de normes s'inscrit dans un schéma qui s'est au fil du temps assoupli. Quatre exemples ont été choisis pour illustrer la tendance du droit communautaire à encadrer les réglementations nationales et par conséquent, les relations professionnelles de manière de moins en moins contraignante. Il en résulte que la régulation devient de moins en moins juridique et est de plus en plus incitative, notamment sur le plan financier.

a) Pour les thématiques relevant de la compétence communautaire, une norme peut être instituée à ce niveau et s'imposer dans tous ces éléments (résultats à obtenir et moyens à mettre en œuvre) : il s'agit alors d'un règlement. La réglementation supra nationale peut aussi laisser aux Etats membres une marge de manœuvre et un délai pour atteindre l'objectif : il s'agira alors d'une directive qui demeure une source de droit et qui peut donc directement être invoquée à ce titre devant un juge. La directive-cadre n° 89/391 du 12 juin 1989 relative à l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (10) en est une illustration. Ce texte fondamental innovait sur trois points. D'une part, il fixait des principes généraux imposant d'agir contre les risques (évaluation, prévention, élimination, adaptation, formation, information). Une formule célèbre initiée par la directive était « *le principe d'adaptation du travail à l'homme* ». D'autre part, la directive mettait à la charge de l'employeur l'obligation générale de veiller à la santé et à la sécurité des travailleurs. Enfin, les salariés disposaient du droit de participer (« *participation équilibrée* ») directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants à la protection de leur santé et de leur sécurité.

En France, la loi du 31 décembre 1991 sur la prévention des risques professionnels fit directement suite à la directive cadre de 1989, dont elle constituait un texte d'application. Tout d'abord, cette loi introduisit dans le Code du travail un chapitre posant les principes généraux en matière de prévention. Ainsi, le chef d'établissement devait prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé des travailleurs de l'établissement. L'article L 230-2 du Code du travail fixait les lignes directrices de l'action préventive de l'employeur, notamment l'adaptation du travail à l'homme (expression incluse depuis lors dans le Code du travail). S'agissant de

l'obligation de sécurité à la charge de l'employeur, aucune modification législative n'était indispensable, puisque le Code du travail imposait déjà une obligation de ce type à l'employeur (article L 233-1 CT). En revanche, le texte de 1991 faisait obligation à tout salarié de veiller à sa sécurité et à sa santé, ainsi qu'à celle des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions (article L 230-3 CT). Sur les problématique d'hygiène et de sécurité, le législateur français a donc adapté la réglementation interne en fonction des apports normatifs du droit communautaire édictés à travers la directive-cadre de 1989. En ce domaine, c'est un mécanisme pleinement juridique et donc, impératif qui a abouti à l'édiction de règles de droit du travail.

b) Une autre illustration particulière des principes communautaires de subsidiarité et de proportionnalité ressort de la compétence des partenaires sociaux pour édicter des normes en matière sociale. L'idée est que la réglementation doit être élaborée par des organes proches des sujets. Au niveau communautaire, les partenaires sociaux peuvent donc être à l'initiative d'une réglementation et contribuer ainsi à la production normative. La possibilité, depuis le Traité d'Amsterdam, de conclure des accords collectifs européens (article 139 du Traité CE) consacre une évolution dans la construction de l'Union européenne et dans l'élaboration d'un droit social européen : fondée sur une approche économique, la construction européenne s'est aussi enrichie de mécanismes politiques pour s'affirmer dans le domaine social. Le dispositif peut être le suivant. Les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté commune d'engager des discussions sur un thème précis intéressant les relations de travail et sur leur souhait d'édicter un accord-cadre. Lorsque l'accord est signé, les partenaires sociaux le communiquent à la Commission qui formule une proposition au Conseil afin d'intégrer le dit accord dans l'ordonnement juridique communautaire. Ces différentes étapes permettent de rendre l'accord cadre, négocié par les partenaires sociaux, directement applicable dans les Etats membres. Les partenaires sociaux disposent donc d'un véritable pouvoir normatif. Plusieurs accords ont ainsi été conclus sur le congé parental (1995), le travail à temps partiel (1997), le contrat à durée déterminée (1999), le télé-travail (2002) ou le stress au travail (2004). Certes, la norme conventionnelle doit être suivie d'une norme relais, mais peut alors aboutir à une directive. Il s'agit là d'une étape essentielle dans le développement du droit social communautaire au sein duquel la règle négociée par les partenaires sociaux se voit conférer une valeur juridique. Le rôle de ces derniers a donc évolué de la consultation

(10) JOCE, 29 juin 1989, L 183.

et la concertation vers la réglementation. Cette possibilité d'action normative des partenaires sociaux au niveau communautaire a pu néanmoins être critiquée, la règle n'étant plus élaborée directement par la représentation élue, mais par des groupes constitués (11).

c) Différemment, le processus lié aux lignes directrices illustre aussi cette tendance du droit communautaire à inciter plus qu'à prescrire. Les lignes directrices pour l'emploi sont élaborées annuellement par le Conseil européen. Elles posent le cadre général de l'action des Etats membres. Concrètement, elles fixent à tous les Etats membres un ensemble d'objectifs à atteindre et d'actions à impulser en matière d'emploi (12). Au niveau communautaire, la politique de l'emploi représente une question d'intérêt commun qui est donc coordonnée et orchestrée par le biais des lignes directrices pour l'emploi élaborées dans le cadre de l'article 128 du Traité CE (13). La particularité est que ces lignes directrices n'ont en soi aucune valeur contraignante et ne constituent nullement une norme juridique. Pour autant, elles demeurent un mécanisme original de régulation des comportements, susceptible d'impulser des effets de droit. Il est indéniable que ce faisant, le niveau communautaire oriente et encadre les droits internes par le biais des lignes directrices et notamment les politiques nationales de l'emploi (14). Dans ce cadre, les Etats membres établissent annuellement des plans d'action nationaux pour l'emploi (PNAE) dont les effets sont évalués par la Commission, qui rend un rapport annuel sur l'emploi. Le but est de rationaliser les politiques des Etats membres en matière d'emploi et de lutte contre le chômage, au regard des orientations déterminées au niveau communautaire. De ce point de vue, les PNAE sont le relais des orientations impulsées au niveau communautaire. A la suite, le Conseil (article 129 Traité CE) peut également « adopter des actions d'encouragement... dans le domaine de l'emploi » (échanges d'informations, bonne pratiques, analyses comparatives, etc).

D'un mode de production de la norme institutionnalisé et totalement juridique, le niveau communautaire a évolué vers des dispositifs davantage négociés et souples. De ce point de vue, l'essor des accords cadres européens et la technique incitative des lignes directrices marquent une évolution dans le processus normatif. La

réglementation n'est pas uniformément et autoritairement imposée par un niveau supérieur (logique de la directive). Au contraire, le niveau communautaire tend plutôt à fixer un cadre général dans lequel l'activité normative des Etats membres doit s'inscrire. Certes, les institutions communautaires fixent des orientations et indications, mais elles ne contribuent pas à fixer précisément le contenu de la règle. Pourtant, même si les résultats ont pu en être discutés (15), il s'agit bien là d'un mode de régulation extra juridique. A cet égard, le rapport d'activité rendu par la Commission sur la stratégie de Lisbonne formule des propositions en matière d'innovation, de PME ou par exemple d'insertion sur le marché du travail (16).

d) Une autre illustration du caractère incitatif des dispositions communautaires relève de l'action du Fonds social européen. Sur les thématiques liées à l'emploi, l'Union européenne n'intervient pas nécessairement par la production de normes spécifiquement juridiques et à ce titre, directement contraignantes. En effet, le niveau communautaire peut aussi contribuer à encadrer les réglementations nationales par le biais de dispositifs davantage financiers. C'est alors un mode alternatif de régulation des relations professionnelles, autre que juridique. A cet égard, le Fonds social européen (FSE) (article 146 du Traité CE) contribue à la mise en œuvre des orientations édictées au niveau communautaire dans le cadre des lignes directrices pour l'emploi (17). Il s'agit d'un outil financier des politiques d'emploi communautaires puisqu'il concourt à faciliter la mobilité géographique et professionnelle, l'adaptation aux mutations industrielles, l'évolution des systèmes de production, la formation et la reconversion. La Commission gère ce fonds en collaboration avec un comité au sein duquel sont représentés les gouvernements et les partenaires sociaux (article 147 du Traité CE). Concrètement, un projet peut bénéficier d'aides de la part du FSE s'il répond à certains critères, conditions ou objectifs et apparaît compatible avec les politiques communautaires. De ce point de vue, l'action du FSE contribue également à encadrer les relations professionnelles des droits internes. En effet, en orientant les pratiques, les considérations économiques et financières peuvent être assimilées à un mode de régulation (18).

(11) Supiot A., Cinq questions pour la constitution d'une société européenne, *D*, 2003, Chroniques, 293.

(12) Pour la période 2003-2006, les objectifs étaient « le plein emploi, la qualité et la productivité au travail, la cohésion et l'insertion sociale et régionale » (Communication de la Commission « Troisième rapport sur la cohésion économique et sociale », COM (2004), 107 final, p 136).

(13) Maggi-Germain N. et Caillaud P. (dir.), *Les évolutions du cadre juridique du droit de la formation professionnelle continue : un changement de paradigmes ?*, rapport Dares, 2006, p. 26 et s.

(14) Dutheillet de Lamothe O., Pour une nouvelle approche des politiques de l'emploi, *Droit Social*, 2006, 124.

(15) Euzéby C., La stratégie européenne pour l'emploi : un improbable succès, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2006, n° 495, 75.

(16) Comm. CE, communiqué IP/06/71 du 25 janvier 2006.

(17) Règlement CE n° 1784/1999 du 12 juillet 1999 relatif au Fonds social européen, *JOCE*, 13 août 1999, L 213.

(18) Jazra Bandarra N., La prise de décision dans l'Union européenne, Un exemple dans le cadre de la politique des fonds structurels, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2005, n° 485, 115.

Par le biais d'aides financières, la logique incitative du niveau communautaire se confirme donc. Néanmoins, elle évolue puisque ce n'est plus la norme contraignante qui est privilégiée, mais celle de l'orientation financière. Certains juristes prolongent l'analyse en considérant que l'argument économique subordonne le droit social national au droit économique communautaire (19). Il n'en demeure pas moins qu'en matière de production de la norme communautaire, une logique davantage gestionnaire se substitue à une logique juridique. Ce sont des considérations économiques et financières qui en premier lieu induisent des modes de régulation. Même si ces logiques peuvent être relayées par des normes juridiques, il apparaît qu'à certaines occasions, ce n'est pas un mécanisme juridique qui impulse la norme au

niveau supra national. C'est une logique comptable, financière ou économique qui, considérée en amont au niveau communautaire, produit des effets et induit une régulation aux niveaux inférieurs. Certes, il s'agit d'un mécanisme normatif mais qui n'est pas directement mis en œuvre par une règle juridique. Ce schéma se révèle en conformité avec le principe de subsidiarité qui fonde une déclinaison dans la logique de production de la norme. C'est aux niveaux infra-communautaires qu'est édictée la norme effectivement applicable. A l'échelon communautaire, sont élaborées des mesures ou dispositions qui ne sont pas nécessairement juridiques, mais qui influent sur la régulation des relations professionnelles dans les droits internes.

II. Quelques exemples de régulation des relations professionnelles au niveau territorial

Sous l'impulsion des mécanismes communautaires, des normes peuvent aussi être élaborées à des niveaux plus territoriaux. Cette tendance participe du développement de la gouvernance et/ou de l'auto-régulation (B) dont l'objet est aussi l'aménagement des relations professionnelles (20). Une particularité est alors qu'au niveau local, les règles élaborées présentent un champ d'application restreint (A).

A. Le développement de normes localisées

Puisque le mode communautaire de production de la norme se caractérise notamment par des mesures qui sont davantage des incitations et orientations, les acteurs des niveaux inférieurs développent des normes dont le champ d'application peut être limité géographiquement ou professionnellement, mais qui correspondent surtout à des régulations librement choisies. Sont à présent proposés deux exemples de ces normes dites localisées et qui intéressent le champ des relations professionnelles.

a) Dans le Morbihan, la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment (Capeb) a mis en place un dispositif original et autonome de certification. Après avoir suivi une formation puis des mises à niveau régulières sur des outils de bonnes pratiques, le professionnel se voit décerner par l'organisation patronale un label qui atteste d'une bonne qualité de service et de prestations, ce qui contribue également à la

mise en valeur de la structure interne de l'entreprise. A condition d'adhérer contractuellement à la charte de qualité élaborée par l'organisation professionnelle et qui fixe les engagements (établissement et respect des devis, vérification de la satisfaction du client, respect des délais, informations sur les compétences), l'artisan peut se targuer auprès d'une clientèle potentielle d'un niveau de prestation ou d'une qualité garantis. Le schéma qui peut mener l'artisan à la formation n'obéit donc pas nécessairement à une logique normée et réglementée. Il en ressort que, au niveau des individus, l'action de formation peut s'inscrire dans une démarche spontanée et volontaire de développement personnel, le professionnel y trouvant des outils nouveaux pour exercer son activité : nouvelles techniques, ouverture à d'autres disciplines, exposés d'expériences, méthodologies de travail. Peu importe le cadre juridique : ce n'est en effet nullement la norme qui incite à la formation professionnelle continue. L'initiative de formation n'est aucunement contrainte, mais davantage liée à la volonté individuelle dans un objectif d'anticiper sur des développements futurs. Il s'agit d'une sorte de gestion prévisionnelle des compétences mis en place directement par l'individu et l'organisation professionnelle à laquelle il appartient. Ce caractère inopérant du droit constitue une originalité et spécificité du système de formation professionnelle des travailleurs indépendants. Pour autant, même si les actions ne s'inscrivent pas dans

(19) Rodière P., Le juge et les appréciations économiques : opposition de deux approches, in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Jeammaud A (dir.), Paris, Dalloz, 2005, p 128.

(20) Lochmann S., Gouvernance et entreprise, *Revue de jurisprudence commerciale*, 2005, Etudes, 312. Pour une

approche plus large : Fialaire J. (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : Etat des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005, 172 p.

le cadre d'une norme juridique (issue d'une entité tiers ; d'application générale ; obligatoire, c'est-à-dire contraignante), les acteurs, cherchent à inscrire leur action dans le cadre d'une norme auto édictée, en l'espèce l'engagement conventionnel de respecter une charte. Néanmoins, ce schéma demeure optionnel et subordonné à la volonté de l'individu : en ce sens, il s'agit d'une forme d'auto régulation.

b) Ce développement de l'auto régulation et de la localisation de la norme est également patent en matière de groupement d'employeurs, mais prend une forme plus classique. En Bretagne, les relations collectives de travail sont peu développées au sein des groupements multi-sectoriels : la représentation du personnel est minimaliste et la négociation collective quasiment insignifiante (21). Or, le droit du travail a émergé, s'est développé et construit sur la base de la recherche d'un équilibre (un compromis) entre d'une part, le nécessaire développement économique des employeurs pour créer de la richesse et d'autre part, l'action des salariés dans le cadre de la représentation, des conflits ou de la négociation collective (22). Dès lors, s'il vient à manquer un élément du diptyque, à savoir le « *principe de collectivisation* » (23), l'équilibre du droit du travail peut être rompu. De ce point de vue, le développement de la seule action économique se ferait nécessairement au détriment de l'action collective des salariés. Par conséquent, si la situation du salarié ne repose que sur la relation contractuelle, alors il est à craindre que la protection et/ou la stabilité que le statut collectif pouvait lui offrir soit limitée. Plus largement, la fonction protectrice du droit du travail serait alors réduite. Soucieux de restaurer cette dimension collective, le législateur est intervenu.

La loi du 2 août 2005 rétablit l'article L 127-8 du Code du travail pour inciter les partenaires sociaux du secteur à la négociation. A ce titre, les organisations professionnelles représentant les groupements d'employeurs et les organisations syndicales représentatives peuvent dorénavant conclure des accords de travail sur la polyvalence, la mobilité et le travail à temps partagé des salariés des dits groupements. Sans solutionner concrètement le problème, la loi incite

expressément les acteurs du dialogue social à créer la norme. Le législateur se défausse donc sur les niveaux inférieurs d'élaboration de la règle. Il s'agit là d'un encouragement légal au développement de l'auto régulation. Antérieurement, la loi du 25 juillet 1985 avait déjà prévu que le groupement ne puisse se constituer sans choisir une convention collective (article L 127-2 al.2 CT). L'intention était donc louable. Néanmoins, lorsque l'institution est ancienne, que le nombre d'adhérents a augmenté ou que les champs respectifs d'activité sont hétérogènes, l'intérêt du rattachement à une convention collective peut paraître obsolète et inopérant. Dans ce cas, au sein de la région Nord-Pas-de-Calais une association de six groupements a ainsi permis d'impulser un dialogue social et de conclure plusieurs accords collectifs avec certains syndicats représentatifs de salariés qui s'appliquent dans l'ensemble des groupements signataires (24). Par le biais de l'article L 127-8 du Code du travail, le législateur de 2005 entend donc inciter les groupements d'employeurs à la négociation collective (25) : il s'agit là d'une forme conventionnelle d'auto régulation qui vise à édicter des sources professionnelles à un niveau adapté et localisé. Certes, cette démarche s'inscrit dans le prolongement de la loi de mai 2004 relative à la réforme du dialogue social.

Toutefois, il est possible de considérer que l'impulsion existe également au niveau communautaire. En effet, à l'instar des problématiques de formation professionnelle, les instances de l'Union européenne encouragent à une mise en œuvre territoriale des politiques de l'emploi, c'est-à-dire au niveau micro-économique, des politiques de gestion de la main d'œuvre par les entreprises. Ainsi, la communication de 2002 relative au dialogue social européen considère que c'est « *au niveau des territoires que peuvent être trouvées les réponses innovantes en matière de développement de l'emploi... avec des expériences de partenariat à l'échelle de bassins d'emplois... et une implication réelle et forte des partenaires sociaux* » (26). De même une communication plus récente sur les restructurations insistait sur cette dimension territoriale (27). Le programme de la Commission en matière sociale pour la

(21) Héas F., Analyse juridique des relations professionnelles au sein de groupements d'employeurs bretons, in *Les salariés des groupements d'employeurs, nouveaux rapports au travail*, Berthe B. (dir.), Rennes, 2006, Presses universitaires de Rennes, p 34.

(22) Supiot A., Revisiter les droits d'action collective, *Droit Social*, 2001, p 687.

(23) Castel R., Droit du travail : redéploiement ou refondation, *Droit Social*, 1999, p 438.

(24) Lacourcelle C., Groupements d'employeurs, Un succès trop discret, *Entreprise et Carrières*, 2004, n° 741, p 17.

(25) Dans le même sens, la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 avait déjà soumis l'adhésion d'une entreprise de plus de trois cents salariés à la conclusion d'un accord définissant les garanties accordées aux salariés mis à disposition en son sein (article L 127-1-1 CT).

(26) Communication de la Commission « *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement* », COM (2002) 341 final art. 1.1.3.

(27) Communication de la Commission « *Restructurations et emploi, Anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi : le rôle de l'Union européenne* », COM (2005) 120, non publiée au JOCE.

période 2005-2010 propose d'ailleurs dans ce sens de nombreuses actions dépourvues de valeur contraignante (28). Les groupements d'employeurs qui contribuent à une mutualisation d'emplois pérennes sur un secteur géographique précis, s'inscrivent donc dans cette orientation communautaire. Ainsi, en encourageant les groupements d'employeurs au développement du dialogue social de façon localisée, le législateur d'août 2005 n'est que le relais des incitations générales édictées de manière non contraignante au niveau supra national par les instances européennes. Ces phénomènes peuvent être considérés comme une forme de gouvernance.

B. Gouvernance et auto régulation

Au terme de cette présentation parcellaire de quelques expériences localisées de régulation des relations professionnelles, les présents développements permettent de pointer un double phénomène déjà observé. Le premier concerne le passage de la réglementation à la régulation. A l'inverse des règles juridiques édictées unilatéralement, de façon autoritaire et par une instance centralisée, la régulation correspond à un nouveau mode de production du droit qui s'opère en réseau, dans un « *ordonnement assoupli, décentralisé, adaptif et souvent négocié* ». La seconde tendance relative au développement de cette gouvernance illustre un processus de coordination entre des acteurs et/ou des groupes afin « *d'atteindre des buts propres, discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés et incertains* » (29). La règle peut donc être élaborée à des niveaux variés, infra et supra étatiques et résulter de l'intervention d'acteurs différents. Cette hétérogénéité qui permet le développement de la régulation serait due au décalage entre les « *territoires de la normativité juridique* » et l'espace de l'activité économique caractérisée par une mondialisation (30), ainsi qu'à un décloisonnement des activités de l'entreprise (31).

A cet égard, les différents exemples d'auto régulation et de gouvernance sont une illustration de la déclinaison du principe communautaire de subsidiarité à un niveau

infra légal. La norme directe c'est-à-dire la réglementation opérationnelle est élaborée à l'échelon adéquat le plus approprié et pertinent afin de satisfaire au maximum les situations concrètes. Idéalement, l'intervention du niveau supérieur n'est dès lors plus requise. Il s'agit d'une décentralisation de la production des normes (32). En cela, le mécanisme ne présente rien d'original. Toutefois, le juriste ne peut qu'être étonné qu'un mode de régulation de relations professionnelles soit édicté parfois sans intervention d'une norme supérieure et juridique ayant préalablement dégagé un cadre général. Or, cette tendance est en cours. Une double question se pose alors.

En premier lieu, quel est le rôle de la loi en tant que norme élaborée au niveau des Etats membres par la représentation nationale, en matière de relations professionnelles ? L'interrogation invite à reconsidérer le rôle des Etats membres. A ce titre, le règlement n° 1260/1999 du Conseil prévoit que « *la Commission adopte les stratégies et priorités de développement de la programmation, la participation financière communautaire et les modalités de mise en œuvre qui y sont liées, et que les Etats membres décident de leur application* » (33). La loi doit alors être assimilée à un niveau relais, dont la portée normative est, dans un tel schéma, restreinte. Notamment, le droit du travail pourrait alors n'être apprécié qu'au regard d'un critère d'efficacité, ce qui permettrait de procéder « *à une mise en concurrence des normes* » (34) qui jouerait au détriment de la loi et qui dénaturerait l'objet de cette branche du droit (35). Pour autant, d'éminents juristes considèrent que d'un point de vue économique, certains concepts et constructions juridiques peuvent perturber le marché du travail (36). Il s'agit là d'une analyse économique du droit qui confère un rôle déterminant aux effets de toute décision et qui se fonde notamment sur « *l'analyse des conséquences des règles* » (37). Le droit du travail serait alors apprécié à l'aune de son utilité notamment économique.

Cette recomposition de l'objet du droit du travail soulève en second lieu la question des garanties possibles. L'interrogation doit en effet être envisagée au

(28) Lhernould J.P., Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda social 2005-2010, *Europe*, janvier 2006, Etude, 5.

(29) Ost F., De la pyramide au réseau, un nouveau paradigme pour la science du droit, in *Tisser le lien social*, Supiot A. (dir.), Paris, 2004, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 189.

(30) Frison-Roche M.-A., Définition du droit de la régulation économique, *D*, 2004, Chroniques, 126.

(31) Brunhes B., Réflexions sur la gouvernance, *Droit Social*, 2001, 116.

(32) Damy G., La négociation d'entreprise : une décentralisation de la production de normes juridiques au niveau de l'entreprise, *Les Petites Affiches*, 2005, n° 199, p 5.

(33) Règlement CE n° 1260/1999 du 21 juin 1999 portant dispositions générales sur les fonds structurels au fonds social européen, *JOCE*, L 161, 26 juin 1999, pp. 1-40, point 34.

(34) Supiot A., Le droit du travail bradé sur le « marché des normes », *Droit Social*, 2005, 1093.

(35) Jeammaud A., Le droit du travail en changement, Essai de mesure, *Droit Social*, 1998, 222.

(36) Canivet G., L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation, *Droit Social*, 2005, 951.

(37) Romagnoli U., Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail, in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ouvr. préc., p 11.

regard du fait que le pouvoir de production de la norme existe à des niveaux distincts et au bénéfice d'acteurs différents qui ont la possibilité de choisir la norme qui s'appliquera à eux. Ce mécanisme normatif diffère de celui résultant de la loi en tant que norme juridique par excellence. En effet, la loi apparaît comme « *un lien entre les hommes qui s'impose indépendamment des volontés* » (38). A ce titre, la loi créée la norme sans que la volonté et le libre choix de chacun puissent intervenir dans l'acceptation et donc, dans l'application de la règle. En ce sens, le Droit suppose l'intervention d'un tiers garant du respect de la règle. Or, dans le cadre d'un phénomène d'auto régulation et de gouvernance (dont les codes d'éthique ou chartes de déontologie sont une autre illustration), ce n'est plus la loi qui régule les relations. La règle résulte directement d'accords de volonté. Non seulement, la norme peut alors bénéficier d'un champ d'application restreint et localisé. Mais en plus, le choix peut être fait de ne pas se conformer à la règle. Alors que la loi vise à encadrer tous les comportements, la gouvernance peut aboutir à une érosion de la réglementation.

Dès lors, La perception de l'objet du droit du travail doit demeurer afin de bien comprendre l'intérêt d'une

norme juridique. Même si la doctrine juridique est divisée sur ce point, nous pensons que la règle de droit du travail ne doit pas être perçue comme un obstacle au développement d'activités notamment économiques (39). Le droit est et doit demeurer un mode de régulation et d'ordonnement des relations fixant aux interactions personnelles une limite nécessaire. Or, pour être pertinente et certaine, cette limite doit être externe aux individus (40). Il s'agit là de la caractéristique essentielle du droit : fixer à l'action des personnes une limite autre que celle du libre arbitre. Tout est donc dans l'équilibre (41), comme l'avait déjà observé Gérard Lyon-Caen : « *le droit du travail ne mérite ni l'adoration, ni le bûcher ; pas plus la troisième voie de l'indifférence. Il ne protège pas celui qui travaille ; il ne gêne pas celui qui fait travailler autrui pour son profit ; il ne camoufle pas de simples rapports de force. Il est nécessaire à la régulation des rapports qui président à la vie économique en instituant un équilibre (toujours instable) entre les besoins des entreprises-employeurs et les revendications de ceux qui travaillent pour elles. Il donne un cadre au marché. Ce qui est vrai, c'est qu'un perpétuel débat d'idées - à chaque époque - préside à son interprétation* » (42).

Franck Héas

(38) Supiot A., *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p 9.

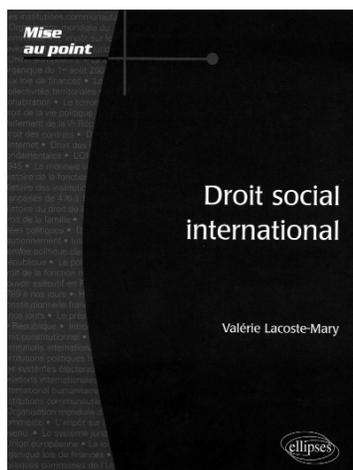
(39) De La Garanderie D., Gouvernance mondiale, Cadres de régulation et rôle de l'Union européenne, *Gazette du Palais*, 2004, n° 6, 3.

(40) Supiot A., ouvr. préc., p 29.

(41) Teyssié B., A propos de la pertinence économique de la règle de droit du travail, in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, 2005, LGDJ, p 67.

(42) Lyon-Caen G., *Le droit du travail, Une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995, p 4.

Droit social international, par Valérie Lacoste-Mary



Cet ouvrage se propose de présenter une vision large du droit social international, entendu comme une spécialisation du droit international en matière de droit du travail et de la sécurité sociale. Il envisage l'étude des règles de conflits de lois et de juridictions relatives aux relations de travail ainsi que les règles matérielles concernant le statut du travailleur étranger. Le caractère international du droit social est abordé sous l'angle des sources émanant de l'Organisation internationale du travail. Cette présentation oblige à embrasser une infinité de situations et à aborder un florilège de concepts qui présentent un regain d'intérêt. L'application de la convention de Rome, la transformation de la convention de Bruxelles en règlement communautaire, les nouvelles données en matière d'immigration, l'utilisation des conventions internationales dans les stratégies judiciaires ou syndicales justifient cette synthèse inédite.

- Quelle est la loi applicable au contrat de travail international ?
- Quel tribunal saisir en cas de contentieux du travail ?
- Quelles sont les règles applicables au travailleur français à l'étranger et au travailleur étranger en France ?
- Quels sont les modes d'élaboration et la portée des normes internationales du travail ?

Ellipses coll. Mise au point - 978-2-7298-3130-1 - 128 pages - 11,50 € - A commander en librairie