



XVIII CONGRES DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SECURITE SOCIALE

Paris, 5-8 Septembre 2006

THÈME 1

LIBERALISATION DES MARCHES ET DROIT DU TRAVAIL

François GAUDU

Francois.Gaudu@univ-paris1.fr

Rapport français pour le XVIIIe Congrès de l'Association Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Paris, septembre 2006)

1. Dans ce thème général, le rapporteur général du Congrès de Paris, M. Lance Compa¹, distingue quatre sous thèmes :

- La construction et l'évolution du droit du travail sous l'effet de la mondialisation ;
- Les relations entre droit du travail et droit des marchés (ou droit des affaires) ;
- L'impact des processus d'intégration régionale sur le droit du travail (il s'agit bien entendu, pour la France, de la construction européenne) ;
- L'émergence de nouveaux *stakeholders* – de nouveaux intérêts, pourrait-on peut-être traduire –, et il cite pour illustrer la question les codes de conduite des multinationales, les accords collectifs transnationaux et le rôle des ONG.

2. Il y a très longtemps que le droit du travail français évolue sous l'influence de la libéralisation des marchés, quoique le terme de « mondialisation » ne se soit imposé dans le débat public qu'à la fin des années 1990.

Le processus d'ouverture des marchés est évidemment bien antérieur à la création de l'OMC² : sauf pour le textile, une assez large ouverture du marché des produits manufacturés a eu lieu dès les années 1970³, sans parler du Marché Commun. La première ouverture du Marché Commun a d'ailleurs entraîné son lot de réformes, avec par exemple la

¹ Senior Lecturer, Cornell University.

² Née le 1^{er} janvier 1995 par application de l'Acte final de l' « Uruguay Round » signé à Marrakech le 15 décembre 1993.

³ Dans le cadre du « Kennedy Round » (mai 64-juin 67) et du « Tokyo Round » (sept. 73-avr. 79) du Gatt (*General Agreement on Tariffs and Trade*) signé en 1947.

loi de 1966 sur le droit des sociétés, un premier renforcement du droit des comités d'entreprise⁴ et le projet avorté de développement de la participation Capitant-Vallon, que devait favoriser la création des sociétés à directoire et conseil de surveillance⁵, dans la recherche d'une convergence avec le droit allemand qui sera périodiquement évoquée jusqu'à l'enterrement du rapport Sudreau⁶.

3. Peut-être le choc pétrolier de 1973-1974 est-il le premier acte de ce que l'on appelle maintenant la mondialisation. À compter de ce moment, le droit du travail est soumis aux pressions qui résultent d'une concurrence exacerbée entre les entreprises. On peut distinguer trois périodes dans l'évolution qui s'est produite depuis :

- Dans une première phase, on parle de « la crise ». C'était l'époque où les gouvernements annonçaient de temps à autres « le bout du tunnel », parce qu'ils croyaient se heurter à de simples difficultés conjoncturelles. Si le langage est commun, les oppositions politiques sont alors très réelles – d'autant plus qu'au début des années 1980, la Droite française a voulu s'inspirer du modèle thatchérien ou reaganien.

- Dans une deuxième phase, plus aucun mot ne paraît s'imposer pour nommer la situation, et je l'appellerai donc par commodité la période de la « pensée unique ». Paradoxalement (puisqu'il n'a cessé depuis de fustiger ce conformisme), c'est Monsieur Philippe Seguin, Ministre du travail à partir de 1986, qui inaugure cette période en faisant renoncer la Droite à la déréglementation.

À partir de 1986, l'assouplissement du droit du travail est, avec les privatisations et le cantonnement des revenus du travail, une préoccupation à peu près constante des dirigeants français. Mais il faut le faire sans le dire, ce qui donne d'autant plus de relief aux empoignades homériques sur l'autorisation administrative de licenciement ou le partage du travail.

L'une des évolutions les plus marquantes de cette phase – quoique le mouvement commence avant, avec l'ordonnance du 16 janvier 1982⁷, se poursuit jusqu'à la loi du 18 janvier 2005 sur la cohésion sociale et n'ait sans doute pas fini de jeter tous ses feux -, c'est, dans le contexte du développement de la négociation d'entreprise, l'essor des « accords dérogatoires ».

- La troisième phase commence, peut-être, en 1997 ou en 1998 (date de la création d'ATTAC). On a retrouvé un mot-symbole pour désigner les contraintes qui sont causes de changements, c'est la « mondialisation » (qui fait pendant au terme anglais de *globalization*).

4. L'avenir dira si la controverse relative au CPE et au « contrat de travail unique »⁸ constitue l'un de ces débats écrans qui masquent les évolutions de fond, ou si une nouvelle phase commence qui serait celle de l'effondrement du droit du travail. À vrai dire, l'hypothèse intermédiaire ne peut être écartée, tant il est vrai que le Danemark et l'Allemagne, qui ont

⁴ Loi du 18 juin 1966, qui étend notamment les prérogatives du comité d'entreprise en matière d'emploi.

⁵ Cf. F. Gaudu, "La participation des salariés", Rev. Soc. 96.571.

⁶ « La réforme de l'entreprise », La Documentation française, 1975.

⁷ O. n° 82-41 du 16 janv. 1982, JO 17 janv. 1982, Liaisons Soc., 20 janv. 1982, A2 27.

⁸ Sur le contrat de travail unique, v. not. P. Cahuc et F. Kramarz, F. Eymard-Duvernay, F. Gaudu, in Le droit du travail confronté à l'économie, dir. A. Jeammaud, Dalloz, Actes, 2005.

assoupli leur droit du licenciement⁹, conservent vu de l'étranger – à nos yeux – un droit social protecteur.

Dans son questionnaire, M. Lance Compa porte ainsi sur le droit communautaire une appréciation, sans doute très partagée en dehors d'Europe. « *Seule l'Union européenne, écrit-il, a réussi à mettre en place un projet politique, social et économique qui va bien au-delà d'un simple marché commun* ». Cette appréciation fait ressortir la distorsion qui peut exister entre notre perception de l'évolution du droit du travail face à la libéralisation des marchés en France et en Europe – beaucoup d'entre nous seraient d'accord pour conclure, comme le Professeur Jean-Jacques Dupeyroux dans le numéro de décembre de « Droit Social » que « l'avenir est noir »¹⁰ - et la perception qu'en a le reste du monde.

Il faut donc sans doute nuancer. Mais les facteurs d'inquiétude sont nombreux.

5. Au nombre des facteurs d'inquiétude, les Français, comme d'autres, ont pris conscience de deux phénomènes :

- Le premier, c'est *la mise en concurrence des législations* qui résulte de l'ouverture des marchés européens et mondiaux¹¹. L'idée, nourrie par les délocalisations et les menaces de délocalisations, est maintenant devenue banale, et l'ouverture du marché des services, que celle-ci résulte de l'AGCS¹² ou d'une directive Bolkestein revisitée, favorise en outre les « délocalisations sur place » (l'emploi de main d'œuvre à des conditions différentes de celles du pays où a lieu la prestation). Même sous le régime actuel, où ne s'applique pas le principe du pays d'origine¹³, il est quasiment impossible d'assurer le respect de la loi du pays de prestation, tant les fraudes sont faciles à organiser¹⁴.

- Le second phénomène, c'est bien évidemment *le changement d'orientation de la construction européenne*.

L'adhésion des Français au projet européen, jusqu'au traité de Maastricht, reposait sur deux idées, vraisemblablement davantage partagées avec les autres Etats membres que celle d' « Europe puissance » :

- I. L'Europe peut protéger les entreprises et donc les travailleurs de la concurrence mondiale, parce qu'elle a une taille suffisante pour mettre en œuvre une politique économique, avec ce qu'il faut de protectionnisme, que chaque Etat membre serait trop faible pour appliquer unilatéralement. C'était l'Europe antidote à la libéralisation (mondiale) des marchés, reposant sur une préférence communautaire sur un grand marché régional, ouvert à l'intérieur, comme le *Zollverein*, mais régulé vis-à-vis de l'extérieur.

⁹ Pour l'Allemagne, c'est le fait d'une loi du 24 décembre 2003, qui relève le seuil d'application de dispositions de la loi de protection contre le licenciement (*Kündigungsschutzgesetz*, art. 23), de 5 à 10 salariés dans l'entreprise ou l'établissement. La règle ne s'applique cependant que pour les contrats conclus après le 31 décembre 2003, et, par ailleurs, certaines dispositions protectrices trouvent leur source dans la loi sur la constitution sociale de l'établissement (*Betriebsverfassungsgesetz*), qui s'applique à compter du seuil de 5 salariés. Pour le Danemark, la question a été réformée par une loi du 24 avril 1996. Cependant, contrairement à la thèse fréquemment répétée en France, le licenciement doit être motivé (d'après la Section 2b de cette loi, « *If the dismissal of a salaried employee who has attained 18 years of age and who has been continuously employed in the enterprise concerned for at least twelve months prior to the notice of termination is not considered to be reasonably justified by the conduct of the employee or the circumstances of the enterprise, the employer shall pay compensation* ») (natlex/OIT).

¹⁰ Droit social 2005.1081.

¹¹ Cf. A. Supiot, « Le droit du travail bradé sur le « marché des normes » DS 2005.1087.

¹² Accord Général sur le Commerce des Services, annexe 1B du Traité de Marrakech créant l'OMC.

¹³ L'article L 341-5 du Code du travail soumet en effet à la législation et aux conventions collectives françaises la prestation de service assurée par une entreprise non établie en France.

¹⁴ En effet, même si les documents présentés à l'administration française sont réguliers, il est très difficile de vérifier que les versements faits aux salariés, souvent réalisés à l'étranger par une banque étrangère, sont effectivement du montant mentionné sur ces documents. On murmure en outre, de source patronale française et de source administrative, que les salariés reversent parfois en liquide à leur employeur une partie des sommes qui leur ont été versées pour respecter en apparence la loi française.

- II. L'Europe a notamment pour objectif, suivant la forte formule de l'article 117 du traité de Rome, « *l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès* ».

Mais force est de constater, surtout après l'élargissement à 25, que ces deux idées, ou ces deux espérances, ont été démenties.

- I. L'Europe a pour objectif, suivant la formule de l'article III-292 du projet de traité constitutionnel que le peuple français a rejeté en mai 2005, la suppression progressive des obstacles au commerce international. Elle est devenue un « vecteur de mondialisation »¹⁵, non pas une protection contre celle-ci.
- II. Chacun perçoit que l'harmonisation dans le progrès – le mot même d'égalisation doit donner un haut-le-cœur à beaucoup des dirigeants de la nouvelle Europe – est hors de portée, que l'on procède d'ailleurs à l'unanimité ou à la majorité qualifiée.
- Ce constat peut conduire à revisiter le droit social communautaire, et à constater que les seuls textes ambitieux – discrimination, santé et sécurité, et même la directive transfert¹⁶ – sont ceux qui ont été nécessaires à la réalisation d'un marché unique¹⁷.

6. Le deuxième facteur d'inquiétude, c'est *la désagrégation morale des élites françaises*, pour reprendre une seconde fois les mots employés par le Professeur Jean-Jacques Dupeyroux au mois de décembre.

Le patronat français a, bien entendu, toujours été divisé – division, notamment entre les dirigeants des petites entreprises et ceux des grandes entreprises. Mais une autre ligne de clivage s'est fait jour au fil des années, entre les entreprises qui ne peuvent concevoir leur avenir hors de France, et celles pour qui les liens avec – la Nation, le peuple ou le territoire – sont pour ainsi dire devenus superfétatoires.

Nombre d'entre nous a pu constater l'action de lobbying inlassable qu'a menée une partie du patronat français¹⁸ pour s'opposer au principe du pays d'origine, action qui convergeait, en l'occurrence sans arrière-pensées, avec celle des syndicats ouvriers. Mais l'on voit bien que le « patriotisme économique », qui aurait semblé aller de soi pour Jacques Calvet, semble grotesque pour Claude Bébéar...

Certaines entreprises pensent que, dans les conditions économiques actuelles, elles peuvent se dispenser d'organiser leurs relations à long terme avec leurs salariés. S'agit-il des entreprises de services par opposition aux entreprises industrielles ? La distinction qu'il faudrait opérer est vraisemblablement plus subtile. Toutefois, le poids prépondérant pris au sein du patronat français par les grandes entreprises des services et de la finance, avec une dirigeante qui a fait toute sa carrière dans un institut de sondage – sorte de lien

¹⁵ Suzanne Berger, « Notre première mondialisation », Seuil, La république des idées, 2003, p. 93.

¹⁶ Harmoniser les règles qui gouvernent le sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, n'était-ce pas en effet contribuer à la création d'un marché unifié *des entreprises*. Comme l'Allemagne des *Konzern* avait été le premier pays d'Occident à régler la question, en raison de la concentration précoce de son économie. Comme la France de 1928 s'est inspirée du BGB et surtout du HGB allemands pour intégrer à sa législation l'actuel article L 122-12 du Code du travail, sous l'impulsion notamment du député François de Wendel, chef de file des Maîtres de Forges.

¹⁷ *Mutatis mutandis*, les directives relatives à la santé et à la sécurité du travail (directive 89/391 du 12 juin 1989, directive 89/392 du 14 juin 1989... ; v. P. Rodière, « Droit social de l'Union européenne », LGDJ, 2^e éd., n° 477 s.) réalisent la même opération que celles qui ont trait à la sécurité des produits (directive 92/59 du 29 juin 1992 ; v. Lucas de Leyssac et Parléani, « Droit du marché », Thémis 2002, et les réf. citées). Un marché non-discriminatoire, où les acteurs sont égaux, un marché sûr, mais un marché sans *Betriebsverfassung* (« constitution sociale ») ni statut du travail.

¹⁸ Ainsi, les organisations professionnelles du bâtiment.

symbolique avec le monde des faiseurs d'opinion qui fait des gorges chaudes du patriotisme économique -, montre bien dans quel sens souffle le vent.

Or, le point de vue des grandes multinationales des services rejoint celui d'une large partie de l'aristocratie d'État, pressée de joindre au banquet de la mondialisation¹⁹, via, par exemple, les grands cabinets de conseil.

La France se trouve donc, depuis plusieurs années, dans une configuration nouvelle des relations professionnelles, où il semble ne plus y avoir d'interlocuteur patronal global, soucieux d'établir un compromis durable, et où les Français paraissent être des « gens en trop » pour une bourgeoisie « eltsinisée », une bourgeoisie qui n'a plus besoin de pays.

7. C'est pourquoi la perspective d'un effondrement, d'une rupture brutale comme celle qui s'est produite aux Etats-Unis en 1981, après l'échec de la grève des contrôleurs aériens²⁰, ou en Grande-Bretagne en 1985, après l'échec de la grève des mineurs²¹, ne peut pas être écartée.

À l'opposé de ces deux pays, où le droit du travail reposait presque exclusivement sur la force des syndicats, le droit du travail français repose presque exclusivement sur la loi, c'est-à-dire, en dernière analyse, sur l'état de l'opinion. Or, l'opinion pourrait se résigner, d'autant plus que les syndicats ouvriers, dans leur très grande faiblesse, en sont réduits, par exemple, à s'en remettre aux groupements étudiants pour s'opposer au CPE²². En s'opposant, comme d'ailleurs certains syndicats de fonctionnaires, à toute modernisation, le mouvement étudiant nourrit la tendance des élites à rechercher le changement dans la déréglementation²³. Le *statu quo* dans le service public et dans l'éducation sape ainsi en permanence la position des salariés du secteur privé (contrairement à la thèse de la « grève par procuration »).

8. Cependant, la libéralisation des marchés a aussi été un facteur de renouveau.

Certaines branches d'industrie françaises ont réalisé un redressement remarquable – qui aurait parié, en 1985, que ce soit Renault qui rachète Nissan et non l'inverse ? Ces succès sont dus, non seulement à la réalisation d'économie – toutes les entreprises concurrentes ont réalisé les mêmes -, mais aussi à une modernisation des organisations productives, avec ses ombres – les abus de la sous-traitance – et ses lumières – l'adaptation des entreprises à la « concurrence par l'innovation »²⁴.

¹⁹ Il faudra un jour montrer les incidences qu'ont eues les privatisations sur le niveau de vie moyen des membres des grands corps de l'État, dont sont comme chacun sait issus les équipes dirigeantes des entreprises privatisées.

²⁰ En août 1981, les contrôleurs aériens américains, fonctionnaires fédéraux régis par le *Federal Service Labor-Management statute*, et non par la loi Wagner, se mirent en grève. La grève leur étant interdite (§ 7116, b, 7A, www.flra.gov), le Président Reagan les licencia tous et leur emploi dans la fonction publique fut interdit à vie (*life ban*). Malgré un très fort soutien dans le pays, la mesure ne fut pas rapportée après la fin de la grève, et le syndicat des contrôleurs aériens PATCO fit faillite (jusqu'à ce que sous la présidence de Bill Clinton, la mesure de *life ban* ait été levée et que certains des intéressés soient réembauchés et reforment leur syndicat). Cette défaite publique d'un syndicat puissant face au Gouvernement, en mettant en scène l'affaiblissement des syndicats américains, a accéléré celui-ci. V. not. Rebecca Pels, « *The pressure of PATCO: Strike ans Stress in the 1980s* », *Corcoran Department of History, University of Virginia*, vol. 37, etext.lib.virginia.edu.

²¹ En 1984, la fermeture de 20 mines de charbon par le *National Coal Board* déclencha une grève des mineurs qui dura six mois. Le Gouvernement de Margaret Thatcher avait prévu le conflit et, notamment, constitué des stocks de charbon près des centrales électriques ; il ne céda rien. Le syndicalisme britannique ne s'est jamais remis de cette défaite.

²² Quel aveu de dénuement lorsqu'un dirigeant syndical, juste après l'adoption de la loi, s'est exclamé : « Le Gouvernement va s'attirer une réponse sèche... de la jeunesse »...

²³ Comme une pendule arrêtée donne l'heure exacte deux fois par jour, les syndicats étudiants ont par ailleurs tout à fait raison de s'opposer au CPE.

²⁴ Avec la « révolution de la conception », la place de l'innovation a changé dans la vie des entreprises. Dans le contexte du « capitalisme de l'innovation intensive », « l'innovation est désormais une condition essentielle de la compétitivité, voire de la survie des firmes. Les entreprises ne peuvent plus se contenter d'innover une fois pour toutes, et ensuite de vivre sur la rente générée par cette innovation. Il leur faut innover de façon répétée et radicale » (V. not. A. Hatchuel, V. Chapel, X. Deroy, P. Le Masson, « Innovation répétée et croissance de la firme », rapport du programme « Enjeux économiques de l'innovation », CNRS, sept. 98). Les conditions de la conception déterminent la concurrence entre entreprises.

Le droit français a aussi connu des progrès notables, dans des domaines comme celui de l'application du principe d'égalité entre les sexes, ou encore de la sécurité au travail (sous l'effet combiné de la transposition des directives communautaires²⁵ et de la jurisprudence, avec par exemple les arrêts rendus dans les affaires de l'amiante²⁶).

9. Dans les changements qui ont atteint le droit du travail, est-il possible de démêler ce qui revient à la libéralisation des marchés de ce qui serait attribuable aux changements technologiques ou à la modification des modes de gestion des entreprises ? L'opération de « tri » serait très difficile à conduire, pour deux raisons : en premier lieu, la libéralisation des marchés trouve sa source dans la technologie tout autant que dans l'évolution des politiques ou des normes (que serait la mondialisation sans Internet ?) ; ensuite, l'innovation technologique et la modification des modes de gestion constituent, très fréquemment, une réaction face à l'accroissement de la concurrence, qui résulte lui-même de la libéralisation des marchés. La crise du droit du travail, qui atteint tous les pays développés, en bien, en dernière analyse, un effet du processus de libéralisation des marchés, même si d'autres causes²⁷ y contribuent.

10. Secoué par la libéralisation des marchés, le droit du travail pourrait se déliter pour ne plus garantir qu'un minimum, sur le modèle des 4 droits fondamentaux de l'homme au travail proclamés par la déclaration de 1998 de l'OIT – liberté syndicale, élimination du travail forcé, abolition du travail des enfants, non-discrimination. Mais cette issue n'est pas certaine, car la France n'est pas isolée dans sa difficulté. Elle a des partenaires, Allemands, Belges, Suédois..., qui disposent comme elle d'institutions fortes de droit du travail, et qui ne veulent pas les voir disparaître.

Le bilan doit donc explorer deux lignes d'analyse : face à la mondialisation, le droit du travail a cédé par endroits, il s'est adapté. Mais cette adaptation du droit du travail à la libéralisation des marchés (I) ne ferme pas la voie d'une refondation (II), quoique celle-ci soit bien incertaine.

I. L'ADAPTATION DU DROIT DU TRAVAIL A LA LIBERALISATION DU MARCHE.

11. En décembre 2003, le Professeur anglais Ronald Dore a présenté à Tokyo un rapport sur « *les nouvelles formes et le sens du travail dans un monde de plus en plus globalisé* »²⁸, dans le cadre d'un séminaire organisé par l'OIT avec les fonds du prix Nobel de la paix que cette organisation a reçu en 1969. Prenant l'Angleterre comme exemple, il écrit que le premier sens du mot d'efficacité productive est de « contrer les pratiques restrictives des *trade-unions* »²⁹, des syndicats ouvriers, faisant ainsi allusion aux pratiques qui limitent artificiellement le nombre des apprentis ou réservent une catégorie de tâches aux membres d'un syndicat de métier. Pour la France, ce débat n'a évidemment aucun sens, parce que les syndicats français n'ont jamais développé de pratiques restrictives de ce genre.

L'adaptation du droit du travail, en France, est nécessairement une adaptation du droit étatique. L'adaptation de la loi à la libéralisation des marchés résulte de l'addition de deux

²⁵ Avec notamment la loi n° 91-1414 du 31 déc. 1991.

²⁶ Soc. 28 fév. 2002, B. n° 81 ; DS 2002.445, note A. Lyon-Caen ; RTDCiv. 2002.310, obs. P. Jourdain ; D. 2002.2696, note Xavier Pretot.

²⁷ Aspirations individuelles des salariés qui leur ont fait dès la fin des années 60 rejeter le modèle rigide d'organisation du travail ; déclin des idéologies millénaristes qui constituaient, au moins dans les pays latins, l'un des ressorts du développement de mouvement syndical...

²⁸ « *New forms and meanings of work in an increasingly globalized world* », séminaire du Prix Nobel de la Paix de l'OIT (ILO Nobel Prize Symposium), Tokyo déc. 2003 ; *Work in the global economy : papers and proceedings of an international symposium*, Tokyo, 1-3 December 2003, dir. J.-P. Lavié, M. Horiuchi, K. Sugeno, Genève, OIT, International Institute for Labour Studies, 2004.

²⁹ « *Productive efficiency. My sense of the history of the word in the English-speaking country that I know best, namely England, is that it first came into use as the rallying call in attempts to counter the restrictive practices of British craft unions.* » (Op. et loc. cit.).

tendances. D'une part, la loi tend à perdre sa valeur, soit parce qu'elle est inappliquée, soit parce que l'on légifère à tort et à travers. C'est l'érosion de la loi (A). Mais, à côté de l'« effet essuie-glaces » qui résulte de l'adoption successive de réformes contraires, un processus continu de réforme se poursuit malgré les alternances (B).

A. L'érosion de la loi.

1) Érosion par inapplication.

12. L'érosion de la loi par inapplication peut être présentée brièvement, parce qu'il s'agit de situations bien connues :

- Les dispositions qui encadrent le recours aux contrats précaires (contrat à durée déterminée, travail temporaire) sont, comme chacun sait, largement méconnues, et un grand nombre des contrats conclus sont illégaux. L'édition de sanctions pénales³⁰ et de peines civiles³¹ n'y a rien changé.

- Il en va de même, par exemple, des règles relatives au contrat à temps partiel (limitation du recours aux heures complémentaires, délai de prévenance en cas de modification des horaires...).

- L'actuel mouvement des stagiaires (Génération précaire³²) illustre parfaitement l'état des choses. Il y a, d'après le rapport Walter³³, 800 000 stagiaires en France, et il va de soi que ce chiffre excède très largement les stages légaux (ceux qui s'insèrent dans des formations, les stages de master ou ceux de l'enseignement secondaire professionnel, les stages d'insertion du service public de l'emploi³⁴, et les « petits stages » d'observation, comme les séjours d'un mois dans un cabinet d'avocat, dans lesquels le stagiaire ne travaille pas vraiment). Ainsi, il est très apparent qu'à la faveur du laxisme des établissements d'enseignement supérieur, des dizaines et peut-être des centaines de milliers de jeunes travaillent sans contrat de travail, semble-t-il en toute illégalité.

Or il y a une jurisprudence civile de la requalification des stages en contrat de travail, qui s'est formée notamment à propos des anciens « SIVP »³⁵. Il y a une jurisprudence pénale, avec par exemple l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 3 décembre 2002³⁶, qui fait application de l'article 225-13 du Code pénal (rétribution sans rapport avec le travail accompli). Il n'y a donc pas de « vide juridique », mais le droit, pour autant, ne s'applique pas.

13. Pourquoi cette inapplication du droit ?

La *complexité formelle des règles* y est pour quelque chose (dans un autre domaine, l'exécution des accords dérogatoires en matière de temps de travail doit évidemment être très difficile à contrôler, parce qu'il faut dans chaque cas commencer par interpréter un texte, du reste souvent obscur).

Mais, si la complexité du Code du travail³⁷ est un obstacle à l'application de la loi, une autre explication tient à la démoralisation des salariés, effet du chômage durable, sans aucun

³⁰ Art. L 152-1-4 C. trav. (contrat à durée déterminée) ; art. L 152-2 s. C. trav. (travail temporaire).

³¹ Art. L 122-3-13, al. 2 C. trav. (contrat à durée déterminée) ; art. L 124-7-1 C. trav. (travail temporaire).

³² www.generation-precaire.org

³³ Jean-Louis Walter, « L'insertion professionnelle des jeunes issues de l'enseignement supérieur », Conseil économique et social, déc. 2005.

³⁴ Art. L 322-4-1 C. trav.

³⁵ V. not. Soc. 19 juin 1991, B. n° 316 ; Soc. 17 déc. 1992, pourvoi n° 89-44024 ; Soc. 17 fév. 1993, B. n° 53 ; Soc. 17 mars 1993, pourvoi n° 90-44841... V. aussi F. Favennec-Héry, « SIVP et déclin du contrat de travail », DS 88.511, note sous Rennes, 10 sept. 1987.

³⁶ B. n° 795.

³⁷ Qui est, très largement, la conséquence de l'empilement des dérogations, soit de la recherche de l'assouplissement du droit sans le dire...

doute, mais aussi du fait que la loi a perdu sa légitimité à force d'être chargée de fausses promesses.

2) Érosion par vanité.

14. L'annonce récurrente de « plans » sans véritable effet (plans Barre, plan Mauroy..., loi quinquennale sur l'emploi, ... plan Borloo) a décrédibilisé l'action publique, qui s'est accoutumée à l'« effet essuie-glaces » - on légifère pour rassembler son camp, fournissant ainsi un programme d'abrogation à l'opposition, sans que rien de tout cela ne soit très sérieux.

Prenons ainsi l'exemple de la présomption de non-salariat posée par l'article L 120-3 du Code du travail aux termes d'une loi du 1^{er} août 2003. Les incidences, positives ou négatives, de cette loi, sont impalpables, mais c'est la troisième loi sur la question, puisqu'elle ne fait que rétablir les dispositions d'une loi du 11 février 1994 (« loi Madelin ») qui avaient été abrogées par la loi du 19 janvier 2000.

De même, la tentative avortée, dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, de contenir les licenciements économiques en jouant sur leur définition³⁸, appelait-elle tout naturellement le mouvement de balancier inverse qui résulte de la loi du 18 janvier 2005.

La « législation communicationnelle » contribue à l'inapplication du droit, parce qu'elle donne le sentiment de la futilité de la loi.

Je serais aussi tenté de rattacher à la loi vaine les lois de « partage du travail » de 1998 et 2000, si je ne pensais qu'elles participent en réalité d'un projet très pensé de flexibilisation du droit. L'adaptation du droit à la libéralisation des marchés passe en effet aussi par la continuité de la réforme.

B. La continuité de la réforme.

15. Sur la moyenne période 1982-2005, deux projets assez cohérents de réforme ont été poursuivis sans discontinuer. Le premier a rendu la loi négociable dans de nombreux domaines. Le second, dans le contexte de la recontractualisation des rapports de travail, a voulu faciliter la modification des situations juridiques.

1) La loi rendue négociable.

16. Dans la conception traditionnelle, les règles d'ordre public sont celles qui ne sont pas dans le commerce juridique, et qui ne peuvent donc pas faire l'objet de contrats.

Cette conception a été remise en question avec l'ordonnance du 16 janvier 1982, qui permettait par exemple la modification par voie d'accord du contingent réglementaire d'heures supplémentaires, et surtout, qui instituait les premiers « accords de modulation ». Des règles, qui sont purement et simplement d'ordre public au regard du contrat de travail individuel, ne le sont dès lors plus au regard de la négociation collective.

Le domaine des dispositions légales et réglementaires ainsi « dérogeables » a été ensuite étendu par la loi Delebarre de 1986³⁹, puis par la loi Seguin de 1987⁴⁰. Qui se souvient de la tragédie autour du refus du Président de la République de signer l'ordonnance dont cette loi reprend le texte ? La question reste à peu près en l'état jusqu'à la loi quinquennale sur l'emploi de 1993⁴¹, qui met en place une incitation à l'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail. Cette incitation est mal conçue, et c'est la loi du 11 juin 1996⁴², dite loi Robien, qui lui donne une véritable efficacité. Les lois Aubry I et II s'insèrent dans cette longue évolution, en simplifiant le régime des accords dérogatoires et en créant les conditions qui favorisent la conclusion de tels accords. Avec le recul du temps,

³⁸ Art. L 321-1 C. trav.

³⁹ Loi du 28 février 1986, JO 1^{er} mars 1986, Liais. Soc. 10 mars 1986, A2 33.

⁴⁰ Loi du 19 juin 1987, JO 20 juin 1987, Liais. Soc. 29 juin 1987, A2 35.

⁴¹ Loi du 20 déc. 1993, JO 21 déc. 1993, Liais. Soc. 27 déc. 1993, A1 206.

⁴² Loi n° 96-502, JO 12 juin 1996, Liais. Soc. 20 juin 1996, A2 55.

il est en effet très clair que la négociation, dans les entreprises, n'a pas principalement porté sur les créations d'emplois que les 35 heures étaient censées faciliter, mais plutôt sur le couple maintien des salaires/ampleur des dérogations consenties. La réduction de la durée du travail, en ouvrant, sauf pour les « smicards », la perspective d'une baisse de salaire, a ainsi constitué un puissant levier de déréglementation.

17. Une fois que la loi est devenue, ponctuellement, objet de négociation, la dérogation peut continuer de s'étendre. C'est ce qui se produit avec les « accords de méthode » dérogatoires, introduits à titre expérimental par la loi du 3 janvier 2003⁴³ et pérennisés, avec une portée accrue, par la loi du 18 janvier 2005⁴⁴.

Les dispositions qui rendent la loi négociable concourent bien évidemment à la « recontractualisation » du droit du travail : développement des accords d'entreprise, essor des clauses particulières du contrat de travail... Toutefois, cette recontractualisation revêt une physionomie assez particulière, parce qu'elle s'accompagne d'un effort législatif soutenu pour faciliter la modification des situations juridiques. Ce n'est donc pas un pur et simple retour au droit des contrats.

1) La modification des situations juridiques facilitée.

18. La loi – il s'agit ici principalement de la loi quinquennale sur l'emploi et des lois Aubry I et II – est intervenue pour donner une plus grande portée aux accords dits « donnant-donnant », en liant notamment allègement des charges sociales, embauches ou réduction du nombre des licenciements projetés (« Robien défensif »⁴⁵, « licenciement évité » des lois Aubry⁴⁶) et aménagement du temps de travail. Il est dans ces conditions parfaitement logique, et conforme à l'esprit des institutions, que la Cour de cassation, dans l'arrêt *Compagnie générale de géophysique*⁴⁷, ait modifié sa technique d'application du principe de faveur en cas de conflits entre conventions collectives.

Dans un accord de révision rentrant dans le champ d'application de la jurisprudence *Basirico*⁴⁸ – il avait été signé par la CFDT, mais pas par la CGT, cependant également signataire de l'accord initial –, l'employeur renonçait à certains licenciements en échange de la suppression d'avantages de nature salariale. Au lieu, pour mettre en œuvre le principe de faveur, de raisonner de façon distributive – ce qui aurait conduit à appliquer aux salariés, pour ce qui est des primes, l'ancien accord toujours en vigueur –, la Cour de cassation procède à une comparaison globale des deux accords en concours et fait prévaloir en bloc le plus favorable. Elle ne peut pas faire autrement, sans *priver de cause* l'engagement de l'employeur (les concessions faites par la CFDT sont en effet la cause de celles de l'employeur). Toutefois, l'analyse de l'accord en contrat synallagmatique ne se soutient que parce que la loi a voulu encourager la conclusion de tels accords. L'impulsion législative est déterminante, dans ce qui constitue, quoique le nombre des accords qui relèvent d'une telle analyse soit très faible⁴⁹, une modification radicale de la conception des conventions collectives.

19. Depuis la fin des années 1980, la Cour de cassation, lorsqu'elle a eu à connaître de la modification des contrats de travail ou des accords collectifs, s'en est tenue à une approche

⁴³ Art. 2, L. n° 2003-6 du 3 janvier 2003.

⁴⁴ Art. L 320-3 C. trav.

⁴⁵ Art. 39-1 de la loi quinquennale sur l'emploi, modifiée par la loi du 11 juin 1996.

⁴⁶ V. not. la circulaire d'application de la loi du 13 juin 1998 (loi « Aubry I ») du 24 juin 1998 relative à la réduction du temps de travail, JO 25 juin 1998, Liaisons Soc. 3 juill. 1998, A2 69, fiches n° 4 et 5.

⁴⁷ Soc. 19 fév. 97, DS 97.432, obs. Couturier.

⁴⁸ Que l'on peut résumer de la façon suivante : lorsqu'un employeur a signé un accord collectif avec deux syndicats représentatifs et, sans dénoncer celui-ci, conclut un accord de révision avec l'un des deux, les deux accords sont simultanément en vigueur. Le premier, parce qu'il reste signé par un syndicat représentatif – condition suffisante –, le second, parce qu'il vient d'être signé par un syndicat représentatif.

⁴⁹ Soc. 8 juin 99, DS 99.852, note Savatier, confirme la solution tout en refusant de l'appliquer au cas d'espèce soumis.

civiliste classique : arrêt *Raquin*⁵⁰, arrêt *Basirico*⁵¹. En revanche, à deux reprises, la loi a servi à faire prévaloir un régime de modifications des conventions plus souple que le régime civil de droit commun : loi Giraud du 20 décembre 1993⁵², instituant une procédure de modification du contrat de travail pour motif économique⁵³, loi Aubry du 31 décembre 1992, permettant la révision des accords collectifs par une partie des syndicats initialement signataires⁵⁴.

20. Il est vrai cependant que la recontractualisation des relations de travail s'est heurtée à des limites : clauses de non-concurrence qui, parce qu'elles portent atteinte à la liberté du travail, font l'objet d'une jurisprudence plus restrictive⁵⁵ ; clauses de mobilité, qui doivent s'accommoder de la liberté dont dispose le salarié de fixer librement son domicile⁵⁶... L'adaptation du droit du travail à la libéralisation des marchés a suscité des réactions, dans lesquelles il est tentant de rechercher les germes éventuels d'une refondation.

II. LA REFONDATION DU DROIT DU TRAVAIL FACE A LIBERALISATION DES MARCHES ?

21. Le questionnaire élaboré par M. Lance Compa interroge les rapporteurs nationaux sur le rôle des instruments de la *soft law* - codes de conduite relatifs aux droits des travailleurs, standards sociaux développés par les ONG, lignes directrices de l'OCDE⁵⁷, déclarations de l'OIT et de l'ONU⁵⁸. La question posée incite à chercher la refondation du droit du travail, dans un premier temps, du côté des Droits de l'homme (A). L'individu se trouverait ainsi mis au premier plan⁵⁹. Toutefois, le droit du travail est d'abord un droit des rapports collectifs. Il est donc difficile de ne pas rechercher aussi les éléments d'évolution qui pourraient faire espérer un regain des régulations collectives (B).

A. La refondation du droit du travail par les Droits de l'homme.

22. L'application des droits fondamentaux individuels est très certainement l'un des rares domaines où le droit du travail ait fait des progrès depuis vingt ans. Toutefois, en France, ces progrès résultent, non de la *soft law*⁶⁰ ou des déclarations des grandes organisations internationales, mais plutôt de la combinaison du droit communautaire et des sources internes, loi et jurisprudence.

C'est ainsi par exemple qu'à partir de la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans le cas de discriminations fondées sur le sexe, la jurisprudence⁶¹, puis la loi

⁵⁰ Soc. 8 oct. 1987, DS 88.135, note Savatier (lorsque le salarié ne consent pas à une modification de contrat de travail, il appartient à l'employeur de prendre ses responsabilités en licenciant, alors qu'auparavant, la proposition de modification s'analysait en licenciement conditionnel, ce qui excluait toute action en exécution du salarié s'il ne l'acceptait pas).

⁵¹ Soc. 9 mars 1989, B. n° 200 ; D. 90, somm. 165, obs. A. Lyon-Caen ; DS 89.631, note Despax.

⁵² Loi précitée, art. 47.

⁵³ Le salarié qui ne répond pas à la proposition de modification de l'employeur est au terme d'un délai réputé avoir accepté, alors qu'en droit civil, qui ne dit mot ne consent pas.

⁵⁴ JO du 1^{er} janv. 1993 ; Liaisons Soc. 15 janv. 1993, C1 14.

⁵⁵ Soc. 14 mai 92, B. n° 309 (exigence d'un intérêt légitime de l'entreprise) ; Soc. 10 juill. 2002, DS 2002.954, note R. Vatinet (exigence d'une contrepartie financière).

⁵⁶ Soc. 12 janv. 1999, B. n° 7.

⁵⁷ P. ex. « *Non-Member Economies and the OECD Guidelines for the Multinational Enterprises* », Paris, 12 déc. 2000, www.oecd.org.

⁵⁸ « Pacte mondial » (*Global compact*) entre l'ONU et les entreprises, proposé au forum de Davos par le Secrétaire général en 1999 et lancé par lui le 26 juill. 2000 (www.un.org/french/globalcompact).

⁵⁹ Traditionnellement, le droit du travail était d'abord un droit des rapports collectifs (d'où l'ambiguïté de *labor law* en anglais, *labor* signifiant à la fois travail et Travail, c'est-à-dire syndicat).

⁶⁰ V. sur ce point G. Besse, « À qui profite la RSE ? Responsabilité sociétale de l'entreprise et mondialisation », DS 2005.991 ; F. Meyer, « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », DO 2005.185.

⁶¹ Soc. 23 nov. 1999, B. n° 99.

du 16 novembre 2001 ont procédé à une réforme globale du régime de la preuve applicable à toutes les discriminations prohibées par l'article L 122-45 du Code du travail.

23. Nécessaire, cette évolution n'est cependant pas sans effets pervers.

Depuis que la loi du 17 janvier 2002 a édicté de nouvelles dispositions relatives au harcèlement⁶², une prolifération des actions qui invoquent le harcèlement moral a pu être constatée. De toute évidence, ce contentieux a beaucoup à voir avec l'intensification du travail et la flexibilité croissante du droit du travail. Cependant, contrairement aux Américains, qui n'ont pas d'autre recours, les Français peuvent dans l'immense majorité des cas invoquer d'autres arguments substantiels que la discrimination et le harcèlement – il s'agit la plupart des cas d'affaires liées à un licenciement.

Pourquoi les salariés français, alors qu'ils ont d'autres recours, se fondent-ils de plus en plus sur la discrimination, et, surtout, sur le harcèlement ? Je propose l'analyse suivante : les actions fondées sur le harcèlement ou la discrimination semblent avoir une plus grande légitimité que les recours classiques de droit du travail, parce qu'elles se fondent sur les principes d'un marché équitable entre contractants libres et égaux. L'égalité entre les contractants est l'âme du marché. Sur un marché équitable, la discrimination, comme l'intimidation ou la violence, sont interdites. Si les salariés préfèrent invoquer le harcèlement plutôt que d'autres arguments, c'est parce que l'idéologie du marché équitable – qui alloue réparation aux victimes des fautes – leur paraît plus crédible que les principes traditionnels du droit du travail, qui font supporter des obligations aux employeurs, non point parce qu'ils sont coupables, mais parce que la subordination est ce qu'elle est.

Au passage, le développement de ce contentieux opère une redistribution des rôles : dans le droit du travail traditionnel, la figure importante était celle du syndicaliste ou du délégué. Lorsqu'il s'agit de harcèlement ou de discrimination, la figure centrale devient celle de l'avocat.

23. Il est légitime que l'on ait fait plus de place aux droits fondamentaux en droit du travail. Cependant, l'obsession de la discrimination est devenue un facteur de déconstruction du droit du travail, pour un ensemble de raisons :

- Cette obsession légitime la suspicion vis-à-vis de la classe ouvrière traditionnelle, majoritairement composée d'hommes blancs – ces odieux *breadwinners* de la sociologie anglo-saxonne.

- Elle idéalise le marché, comme cela vient d'être dit.

- Il est logique que le patronat le plus « mondialisé » y adhère sans réserves, puisqu'il a très souvent besoin de convaincre les travailleurs d'accepter d'être dirigés de l'étranger et par des étrangers – il faut que les Chinois puissent être dirigés par des Japonais, les Allemands par des Italiens, les Italiens par des Français, et les Français par des Indiens, si l'OPA de Mittal sur Arcelor réussit...

- On voit bien la place qu'a pris le thème de la discrimination dans les argumentaires les plus récents de la déréglementation. Ainsi, si le rapport Cahuc-Kramarz⁶³ propose de remplacer le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée par un contrat de travail unique – en fait, un contrat à durée indéterminée dans lequel il n'y aurait plus de restriction juridique aux licenciements pour motifs économiques, les entreprises qui licencient étant en revanche taxées -, c'est en raison du caractère discriminatoire que revêt selon eux la stabilité de l'emploi. De même, lorsque le Premier Ministre a annoncé le projet de loi sur le CPE, la première réaction de la Présidente du MEDEF a été de parler de discrimination,

⁶² Art. L 122-49 s. C. trav.

⁶³ « De la Précarité vers la Mobilité : Vers une Sécurité Sociale Professionnelle, rapport au Ministre de l'économie et au Ministre de l'emploi, 2 déc. 2004.

puisque le nouveau contrat ne concerne que les jeunes. Le CPE pour tous eût de ce point de vue été irréfutable.

24. S'il faut un droit du travail, ce n'est pas parce que les employeurs sont coupables vis-à-vis des victimes que seraient les salariés, mais parce que les rapports de travail sont naturellement déséquilibrés. On ne peut donc pas – c'est ce que démontre la période récente – remplacer le droit du travail par les Droits de l'homme (à moins, mais ce serait s'illusionner, de ranger artificiellement tout le droit du travail parmi les droits fondamentaux).

La refondation d'un droit du travail ébranlé par l'idéologie du marché appelle un regain des réglementations collectives. Y a-t-il des évolutions qui iraient dans ce sens ?

B. La refondation par les réglementations collectives ?

1) La voie de la participation.

25. On peut d'abord penser à reprendre la voie autrefois suivie par Capitant et Vallon dans leurs projets de participation, et à articuler droit du travail et droit commercial. Mais la moisson de celui qui cherche le progrès de ce côté sera décevante.

Le droit de la concurrence a d'abord été, aux Etats-Unis, un droit « populiste »⁶⁴, un droit social de protection des petits contre les abus de gros, une sorte de droit social donc, et certains, partant de ce constat, ont pensé tirer parti, en droit français, des recours de droit de la concurrence pour protéger, indirectement, les salariés des sous-traitants. On pouvait par exemple imaginer d'utiliser de la sorte l'article L 420-2 du Code de commerce, qui sanctionne l'abus de dépendance économique. Mais il est question d'abroger ce texte...

La loi de 1985 sur les procédures collectives avait fait aux salariés une place qui leur permettait, au moins en théorie, de participer à la discussion judiciaire qui détermine le sort de l'entreprise en difficulté. La loi du 18 janvier 2005 vient de réduire cette place⁶⁵.

La loi sur les nouvelles réglementations économiques a adopté de nouvelles dispositions relatives aux OPA⁶⁶. Mais la sanction des obligations imposées aux auteurs d'OPA demeure incertaine⁶⁷, et la loi du 18 janvier 2005 est venue en limiter la portée⁶⁸.

⁶⁴ L'adjectif « populiste » n'est devenu en France une manière d'insulte que dans les années 1980 – au moment où les intellectuels ont voulu rompre les liens qu'ils croyaient auparavant avoir avec le peuple. Dans les années 60 ou 70, le populisme russe ou américain (de Théodore Roosevelt à Frank Capra...) était plutôt regardé avec sympathie.

⁶⁵ En effet, une partie de ce qui relève actuellement de la procédure de redressement judiciaire est absorbé par la procédure de conciliation (puisque celle-ci peut être utilisée dans certains cas où il y a cessation des paiements) (art. L 611-4 nouveau C. Com. : la procédure est ouverte aux entreprises qui « *se trouvent, depuis moins de quarante-cinq jours, en cessation des paiements* »). Or, dans la procédure de conciliation, les tractations qui se déroulent, entre l'entreprise et ses créanciers, ou plutôt ses gros créanciers, sont au plus haut point opaques pour les salariés. Au lieu, par exemple, d'offres de reprise transmises à l'administrateur judiciaire dans des conditions théoriquement transparentes (contenu réglementé, information des contrôleurs et du représentant des créanciers...), des discussions informelles vont se dérouler : on passe des enchères au gré à gré.

⁶⁶ Art. L 432-1 C. trav.

⁶⁷ Le comité d'entreprise peut décider d'auditionner l'auteur de l'offre. Si celui-ci ne s'y rend pas ou ne s'y fait pas représenter, la société qu'il dirige « ne peut exercer les droits de vote attachés aux titres de la société faisant l'objet de l'offre qu'elle détient ou viendrait à détenir. Cette interdiction s'étend aux sociétés qui la contrôlent ou qu'elle contrôle » (art. L 432-1, al. 6 C. trav.). Toutefois, d'après l'article L 235-1 du Code de commerce, la nullité d'un acte ou d'une délibération ne peut résulter que de la violation des dispositions de son Livre II (Sociétés commerciales et GIE) ou des lois qui régissent les contrats... V. Paul Le Cannu, Droit des sociétés, Domat 2002, n° 473.

⁶⁸ Art. L 432-1 *ter* C. trav., qui prévoit que le chef d'entreprise qui lance une OPA n'a pas à consulter (préalablement) le comité d'entreprise, mais seulement à l'informer dans les deux jours ouvrables suivant le lancement de l'offre. Solution sans doute rationnelle, si l'on pense qu'il faut mettre les entreprises françaises en mesure de lancer des OPA, lesquelles impliquent le secret. Mais qui comporte en creux le rejet du « patriotisme économique » : on ne peut pas décemment adapter le droit pour permettre aux entreprises françaises de lancer des OPA, et pousser de hauts cris lorsqu'une entreprise française fait l'objet d'une OPA...

La directive relative à l'implication des travailleurs dans la société européenne⁶⁹ et sa transposition par la loi du 26 juillet 2005⁷⁰ sont d'une portée très limitée.

En somme, à moins, ce qui n'est pas à l'ordre du jour, qu'une politique très volontariste fasse converger le droit français et le droit allemand, la voie de la participation paraît fermée.

2) Le statut de l'actif.

26. Le deuxième axe possible d'un regain de la régulation collective se trouve du côté de la « sécurisation des trajectoires » Il y a vraisemblablement un peu plus à glaner de ce côté, parce que la question se trouve maintenant « sur agendas », aussi bien national que communautaire, sous l'appellation de « flexisécurité »⁷¹.

27. Il y a cependant deux conceptions de la « flexicurité », une conception anglaise (marché équitable + formation professionnelle à laquelle concourent les politiques publiques + service public d'insertion et de placement)⁷² et une conception « continentale ». Dans la conception continentale, l'État ne se borne pas à assurer l'employabilité, il met en place – suivant des présentations qui varient, quoiqu'elles soient convergentes, un état professionnel des personnes⁷³, une « Sécurité sociale professionnelle »⁷⁴, un statut de l'actif⁷⁵... Il dote le travailleur d'outils qui lui permettent de planifier sa carrière – outils financiers et juridiques⁷⁶ – et organise les périodes de transition de la vie professionnelle. Cette voie d'évolution, cela va de soi, demeure ouverte, mais s'il s'agit de parler de refondation, on est loin de compte.

28. Adapté dans sa confrontation à la libéralisation des marchés, mais pas refondé, le droit du travail voit s'ouvrir devant lui trois possibilités :

- I. Le *statu quo*, c'est-à-dire un affaissement plus ou moins rapide. Bien entendu, la Chine et l'Inde, comme auparavant le Japon et la Corée du Sud, construiront à la longue leur droit du travail⁷⁷. Mais, dans la convergence entre l'ascenseur qui monte – le droit du travail des pays émergents – et l'ascenseur qui descend – le droit du travail des pays développés -, le point de rencontre peut se fixer à un niveau assez bas. Au passage, la tradition sociale de l'Europe continentale du Nord-Ouest pourrait se perdre.
- II. Seconde possibilité, la formation d'une « petite entente » : sans craindre rien – et, notamment, sans craindre de provoquer une crise avec les autres États membres – la France parvient à s'entendre avec les pays dont la situation est comparable à la sienne – Allemagne, Belgique, Suède, Autriche... - et à mettre en place une stratégie commune.

⁶⁹ Directive 2001/86 du 8 octobre 2001.

⁷⁰ V. F. Gaudu, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », Journal des sociétés, janv. 2006, p. 36.

⁷¹ Cf. le rapport d'activité annuel de la commission européenne sur la stratégie de Lisbonne rendu public le 25 janv. 2006, IP/06/71.

⁷² Cf. les « huit principes » de la réforme du *Welfare State* anglais, www.dwp.gov.uk/aboutus/welfarereform/principles.V. aussi l'évocation par A. Supiot de la politique sociale du *New Labour*, « Lectures étrangères sur le devenir du droit social », DS 2005, p. 1002.

⁷³ A. Supiot (dir.), « Au delà de l'emploi » (« *Beyond employment* »), Flammarion 1999.

⁷⁴ Jean-Christophe Le Duigou, « La Sécurité sociale professionnelle, une utopie réaliste », Analyses et Documents Économiques CCEES, n° 98, janv. 2005, téléchargeable sur le site de la CGT.

⁷⁵ F. Gaudu, « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », DS 95.535.

⁷⁶ Qu'il s'agisse de la généreuse assurance chômage danoise, doublée d'une politique de l'emploi très active (v. Liais. Soc. Europe, déc. 2005, « Le modèle social danois »), ou d'une combinaison de « droits de tirage sociaux » et de formes juridiques de transition comme on pourrait l'imaginer en France. V. D. Méda, B. Minault, « La sécurisation des trajectoires professionnelles », DARES, Document d'études, n° 107, oct. 2005

⁷⁷ Cf. Liais. Soc. Europe, 15 au 28 sept. 2005, « Quand la Chine s'éveille au modèle social européen ».

Cette possibilité est de loin la préférable. Aussi devons nous soutenir les autres nations européennes dont le droit social est ébranlé par la mise en concurrence des législations ; par exemple soutenir sans réserves les Suédois dans l'affaire lettone⁷⁸.

III. L'issue, cependant, ne dépend peut-être pas de nous. Comme le montre Madame Suzanne Berger, historienne américaine, la « première mondialisation » s'est brisée sur la Première Guerre Mondiale⁷⁹ – et l'on voit bien le lien qu'il peut y avoir entre la militarisation de l'économie que la guerre a alors rendue nécessaire, et le développement ultérieur du « droit économique », ainsi que du droit social⁸⁰. La paix met au premier plan les multinationales, et les conflits mettent au premier plan les États... Il se pourrait, ce qui n'est évidemment pas à souhaiter, que le droit social soit sauvé par les orages à venir, et la nécessité, qui s'imposerait dès lors à nouveau aux dirigeants, de rassembler le peuple.

⁷⁸ Lorsque des entreprises lettones ont voulu rémunérer aux salaires lettons les ouvriers qu'elles avaient envoyés sur des chantiers en Suède, le syndicat suédois s'y est opposé, pour ainsi dire *manu militari*. Les Suédois ont alors donné une leçon de solidarité nationale, le patronat, le syndicat et l'État ayant uni leurs efforts pour convaincre le reste de l'Europe du bien fondé de ce refus (Le Monde, 14 décembre 2004).

⁷⁹ *Op. cit. supra*.

⁸⁰ Par exemple, ce n'est pas par hasard que la France et l'Allemagne ont toutes deux légalisé les conventions collectives en 1919 ; ou encore que la France et la Grande Bretagne ont refondu leur premiers dispositifs de Sécurité sociale juste après la Deuxième Guerre Mondiale... L'union nationale dans une société développée – qu'il s'agisse de l'Union sacrée, de l'alliance des conservateurs et des travaillistes britanniques en 1940 ou du CNR français -, parce qu'elle impose de mobiliser (au propre et au figuré) tous les citoyens, fait souvent prévaloir le progrès social.