

Le livre vert et le futur du droit du travail Barcelone, 8-9 novembre 2007

Les questions relatives au droit du travail ne sont pas nouvelles pour Medel, qui réunit quinze associations progressistes de magistrats. En 2002, Medel a organisé à Lisbonne, à l'initiative de l'association des juges portugais et du syndicat du ministère public portugais, un colloque sur le thème *Travail, Justice, Egalité. Le droit du travail en Europe à l'heure de la mondialisation et de l'informatique*. En 2005, le Syndicat de la magistrature a consacré le colloque qui précède son congrès au « *droit du travail à l'épreuve des temps modernes* ». La réponse au livre vert sur le droit du travail dont *Jueces para la democracia* a pris l'initiative au nom de Medel, et le présent colloque s'inscrivent dans ce contexte.

La Charte des droits sociaux du Conseil de l'Europe (de 1950, révisée en 1996) rappelle que *tous les droits de l'homme, qu'ils soient civils, politiques, économiques, sociaux ou culturels ont un caractère indivisible*. Le préambule de la Constitution française de 1946 (repris dans la Constitution de la Vème République) proclame même ces droits sociaux comme *particulièrement nécessaires à notre temps*. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'appuie parfois sur la Charte des droits sociaux met en évidence l'imbrication de ces droits. La réflexion de Medel s'inscrit dans ce cadre.

Mais aujourd'hui, l'architecture de la construction européenne ne facilite pas la mise en œuvre de ces principes. Elle place le juge, gardien d'une promesse d'effectivité du droit, en situation difficile.

1. Une architecture déséquilibrée entre droits commerciaux et droits sociaux.

1.1 Déséquilibre dans la mondialisation du droit. La mondialisation juridique progresse par les droits de l'homme et les droits économiques. Mais cette progression est inégale. En matière de droits sociaux, il suffit de comparer le pouvoir de l'Organisation internationale du travail et celui de l'organisation mondiale du commerce pour mesurer l'importance du déséquilibre. D'un côté, une autorité morale, pour promouvoir *un travail décent au service d'une mondialisation équitable*¹. De l'autre, un Organe de règlement des différends disposant d'une autorité quasi juridictionnelle pour faire respecter les traités. Les deux organisations se sont longtemps ignorées, avant de publier en 2007 leur premier rapport conjoint (*Commerce et emploi, un défi pour la recherche en matière de politiques : « La principale conclusion qui se dégage de cette étude, c'est que les politiques commerciales, d'une part, et les politiques de l'emploi et les politiques sociales, de l'autre, interagissent (...) Dans cette perspective, les recherches destinées à appuyer l'élaboration de politiques plus efficaces et plus cohérentes seraient certainement d'une grande utilité pour la communauté internationale ».*)

1.2 Déséquilibre dans la construction du droit européen. Le livre vert sur la modernisation du droit du travail fait une brève référence à la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux*, adoptée en 1989 par 11 Etats. Il ne fait aucune référence à la *Charte des droits fondamentaux* adoptée en 2000 à Nice. L'affirmation des droits sociaux dans cette Charte est pourtant très modeste. La plupart des droits sociaux sont considérés comme des principes qui s'adressent au législateur, et ne peuvent être directement invoqués devant le juge : le texte ne crée donc pas des droits directement opposables, mais renvoie largement au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. Il paraît aujourd'hui cependant trop ambitieux aux opinions conservatrices.

1.3 Déséquilibre consacré par le livre vert. Il faut mesurer la distance qui sépare le livre vert sur la modernisation du droit du travail et le rapport commandé par la Commission en

¹ Forum Lisbonne, 30 octobre -2 novembre 2007.

1999 et publié sous le titre *Au-delà de l'emploi*². Ce rapport envisageait l'évolution du droit du travail de façon globale, en pensant l'articulation du droit avec les nouvelles pratiques sociales. Il avançait notamment des propositions pour les travailleurs non salariés qui se trouvent dans une situation de dépendance économique. Il soulignait la nécessité de faire remonter les responsabilités malgré les écrans des entreprises sous traitantes, pour limiter le trafic de main d'œuvre. Il insistait sur la nécessité de garantir la *continuité d'une trajectoire* pour protéger le travailleur dans les phases de transition entre les emplois. Les formes non-marchandes de travail (charge de la personne d'autrui, formation professionnelle, travail bénévole) étaient prises en compte.

Par ailleurs, le Conseil de l'Europe avait organisé en 2005 un colloque sur le défi de la flexibilité dans un contexte de cohésion sociale : il s'agissait d'apprécier les conditions dans lesquelles la cohésion sociale peut être compatible avec la flexibilité des rapports de travail.³

Même si aucun instrument de droit européen ne sera proposé sur le fondement du livre vert, celui-ci accompagne le bouleversement du *modèle social européen*. C'est une nouvelle philosophie des relations du travail qui s'exprime⁴.

2. Les enjeux juridiques

2.1 Un rôle déterminant. La difficulté politique de définir des équilibres, voire une certaine hypocrisie législative ont créé un droit flou. Dans de telles circonstances, le rôle du juge, dans son office d'interprétation de la loi et de gardien de la hiérarchie des normes est particulièrement important. Ainsi, en France, le contrat nouvelles embauches a été créé en 2005 ; il permet, dans les petites entreprises, un licenciement discrétionnaire pendant les deux premières années –expression radicale de la *flexisécurité*. Il pourrait, au terme de longs développements procéduraux, être déclaré non-conforme à la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail.

2.2 Un rôle contesté. Le juge est aussi d'autant plus sollicité que, dans un contexte d'affaiblissement du syndicalisme et d'individualisation des relations du travail, le recours au procès est parfois le seul moyen pour que le travailleur obtienne une reconnaissance de ses droits. La souffrance au travail, le harcèlement, les discriminations sont d'autant plus importants en l'absence de rapport de forces au sein de l'entreprise.

Mais l'intervention du juge crée un petit aléa juridique pour l'employeur. Le contrat de travail s'est distingué du droit civil pour rétablir un équilibre dans une situation généralement défavorable au salarié. Le rôle du juge est de garantir l'effectivité de ce droit. Depuis plus d'un siècle, le droit du travail s'est peu à peu renforcé. Il fait partie intégrante du modèle européen. Il n'a jamais été démontré que le respect du droit nuisait au développement économique. Mais aujourd'hui, les pressions se multiplient pour remettre en cause ce droit. Et même si en France, seuls 2,3% des licenciements font l'objet d'un procès qui n'aboutissent généralement qu'au versement d'indemnités, c'est encore trop.

2.3 Afficher une hiérarchie de valeurs. Le rôle du juge en droit du travail n'est pas uniquement civil. Le droit pénal sert aussi à afficher des principes. La forte pénalisation des infractions au droit du travail dans certains pays, notamment en France, traduit la place de

² Rapport piloté par le Alain Supiot, en collaboration notamment avec l'université Carlos III de Madrid.

³ Tendances de la cohésion sociale n°15, éditions du Conseil de l'Europe.

⁴ Ainsi par exemple, dans la communication du 13 juin 2007 sur la directive de 1996 concernant le détachement des travailleurs : la Commission annonce des procédures contre les États membres qui continuent à imposer des exigences protectrices que la Commission considère comme incompatibles avec le droit communautaire.

ce droit dans une hiérarchie de valeurs. Cette pénalisation est très contestée, même si elle ne trouve qu'une application modérée. Elle est pourtant de plus en plus indispensable, quand de nouvelles zones de non-droit émergent : recours à de la main d'œuvre non déclarée, sous-traitance en cascade –avec le recours à des sociétés écran pour éluder toute responsabilité-, traite des êtres humains... Il y a donc un lien nécessaire entre la réflexion sur le droit du travail et la réflexion sur la coopération judiciaire européenne. Les salariés sont généralement les premières victimes des faillites frauduleuses, des pratiques économiques de prédatons, de la concurrence déloyale.

Plus généralement, la coordination des inspections du travail sur le plan européen, la coopération judiciaire, le rôle d'un parquet européen- encore à constituer- en matière de lutte contre certains trafics de main d'œuvre, font partie des enjeux qui ne sauraient être ignorés d'une réflexion sur l'avenir du droit du travail.

Conclusion

Un projet de société. Les droits économiques et sociaux sont le fondement d'un projet de société, né en Europe après la seconde guerre mondiale. Ce projet est aujourd'hui remis en question. Pourtant, depuis 1945, la richesse a considérablement progressé. Nous devrions donc être capables de payer le prix de ces droits et de leur application. Nous devrions pouvoir opposer, au cœur de la guerre économique, une résistance. Nous devons être à la hauteur de nos anciens qui avaient conçu cette deuxième génération des droits de l'homme.

La légitimité de la construction européenne. Ce sont les principes d'égalité de tous devant la loi, de dignité de la personne humaine, de solidarité qui sont aujourd'hui à l'épreuve. De nombreux débats qui ont précédé le vote français hostile au Traité constitutionnel concernaient les effets redoutés de la directive services et de la troisième partie du traité. La légitimité de la construction européenne à venir dépendra aussi de sa capacité à garantir et à développer les droits sociaux.

Eric Alt, vice président de Medel