UNIVERSITÉ PANTHÉON – ASSAS (PARIS II)
(Droit – Économie – Sciences sociales)

PERTINENCE ET DEVENIR DU PRINCIPE PROTECTEUR EN DROIT DU TRAVAIL

Thèse pour le Doctorat en droit
(Arrêté du 30 mars 1992 modifié par l'arrêté du 25 avril 2002)

présentée et soutenue publiquement devant le jury de
l'Université de Paris II par

Martha HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT

Jury:

Monsieur Jean-Claude JAVILLIER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Directeur du Département de Normes Internationales du Travail (OIT), Directeur de thèse
Madame Marie-France MIALON, Maître de Conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Codirecteur de thèse
Monsieur Gérard COUTURIER, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Rapporteur
Monsieur Bernard GERNIGON, Chef du Service de Liberté Syndicale au Bureau International du Travail (OIT), Docteur en droit
Monsieur Estêvão MALLET, Professeur à l'Université de São Paulo (Brésil), Rapporteur
Madame Corinne PIZZIO-DELAPORTE, Maître de Conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Date de soutenance : le 5 janvier 2004

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit-Économie-Sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mon mari, Guilherme, et à mes parents, Rufino et Maria do Carmo, avec tout mon amour et toute ma reconnaissance.

AVANT-PROPOS

L'auteur tient à remercier vivement de leur collaboration, tous ceux et celles qui, d'une manière ou d'autre, l'ont aidée à réaliser cette thèse.

Tout spécialement, elle voudrait remercier Dieu, pour lui avoir accordé le don d'aimer travailler et la force pour accomplir ce travail, et aussi, bien au-delà des conventions d'usage, M. le Professeur Jean-Claude JAVILLIER, pour sa constante attention et gentillesse et pour les précieuses et exactes observations dans la rédaction de cette thèse ; Mme Marie-France MIALON, Maître de Conférences, pour ses nombreux et aimables conseils juridiques et stylistiques, tous extrêmement utiles ; M. le Professeur Márcio Túlio VIANA, pour ses inquiétantes idées ; M. le Professeur Estêvão MALLET, pour son gentil soutien ; Mme Maristela ROGET, pour l'inestimable aide dans les démarches bureaucratiques auprès de l'Université de Paris II, pendant son absence de France ; M. Claude Pierre Gustave LEBŒUF et Mlle Aude LOVIGNY, pour la correction de son français ; ses frères, Paulo et Carlos, et sa sœur, Regina, pour leur réconfort.

D'autre part, l'auteur compte bien sur l'indulgence du lecteur, car il semble que l'entreprise dans laquelle elle s'est lancée soit bien au-dessus de ses compétences. La principale raison pour expliquer ce travail est toutefois une profonde inquiétude intérieure à l'égard des transformations du droit du travail, auquel l'auteur s'est décidée à consacrer sa vie professionnelle.

Manuscrit terminé le 19 octobre 2003.

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS……p. 4
LISTE DES ANNEXES……p. 6
LISTE DES ABRÉVIATIONS……p. 7
RÉSUMÉ……p. 8

TITRE INTRODUCTIF……p. 10

TITRE PREMIER
LA REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE PROTECTEUR…..p. 68

CHAPITRE PREMIER – L'effectivité du principe……p. 70
CHAPITRE II – Les limites du principe……p. 174

TITRE II
L'ADAPTATION DU PRINCIPE PROTECTEUR……p. 290

CHAPITRE PREMIER – Le domaine de la protection……p. 292
CHAPITRE II – La négociation de la protection……p. 406

CONCLUSION……p. 510
BIBLIOGRAPHIE……p. 527
INDEX……p. 570
ANNEXES……p. 573
ABSTRACT……p. 625
RESUMO……p. 626

LISTE DES ANNEXES

I – Capitaux levés sur les marchés boursiers (en pourcentage du PNB)……..p. 573
II – Le Chant des Ouvriers, de Pierre DUPONT (1846)…….……..p. 574
III – Temps de travail par semaine pour les salariés à temps partiel…….p. 575
IV – Le travail indépendant en tant que % de l'emploi civil non agricole en 2000 et modifications entre 1980 et 1990……..……..…p. 576
V - Travailleurs à temps partiel involontaire……..……...p. 577
VI – Secteurs et types d'activités susceptibles de connaître une forte proportion de travail impliquant une dépendance économique……..……..p. 578
VII – Catégories de personnes exclues du calcul du taux de chômage…….....p. 580
VIII – Taux de chômage……p. 581
IX – Incidence des bas salaires dans la Communauté européenne et en Norvège…p. 583
X – Taux de cotisations sociales (patronales et salariales) et impôt sur le revenu (en % du coût salarial)……..p. 585
XI – Coût horaire du travail dans la manufacture en 2000 dans divers pays au monde (en dollar américain)…….p. 586
XII – Principaux déterminants de la fixation des salaires dans les États membres de l'UE……p. 587
XIII – Initiatives sur les bas salaires et le salaire minimum……..…p. 588
XIV – Initiatives portant sur l'égalité de rémunération hommes-femmes……p. 589
XV – Estimation de la mortalité mondiale liée au travail……p. 590
XVI – Article L. 230-2 du Code du travail français…….….p. 591
XVII – Article 13 de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989……...p. 592
XVIII – Tableau comparatif entre le harcèlement sexuel et le harcèlement moral (*bullying*)……p. 593
XIX – Dépenses en Ressources Humaines……p. 594
XX – Jeunes ayant quitté prématurément l'école et ne poursuivant ni études ni formation……p. 595
XXI – Initiatives portant sur la formation et l'apprentissage tout au long de la vie..p. 596
XXII – La participation des adultes entre 25-64 ans à une formation permanente…p.597
XXIII – Le déroulement de la procédure collective brésilienne……p. 598
XXIV – Histoire (résumée) de la négociation collective au Brésil……...…p. 600
XXV – Les conventions et les accords collectifs au Brésil……...…p. 602
XXVI – Bref historique du syndicalisme brésilien……p. 605
XXVII – Brèves considérations sur la relativité de la liberté syndicale au Brésil…p. 608
XXVIII – Le système confédéral brésilien et les centrales syndicales……..p. 613
XXIX – Exemples de comparaisons transnationales utilisées dans la négociation collective…….…p. 616
XXX – Accord-cadre sur le télétravail au niveau européen……..…p. 617

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACT – Accord collectif de travail
ANPE – Agence nationale pour l'emploi
BIT – Bureau international du travail
CCT – Convention collective de travail
CE – Communauté européenne
CEC – Confédération européenne des cadres
CEE – Comité d'entreprise européen
CEEP – Centre européen de l'entreprise publique
CEREQ – Centre d'études et de recherches sur les qualifications
CES – Confédération européenne des syndicats
CIPA – *Comissão Interna de Prevenção de Acidentes*
CJCE – Cour de justice des Communautés européennes
CLT – *Consolidação das Leis do Trabalho*
CT – Code du travail
CUT – *Central Única dos Trabalhadores*
DRH – Direction des ressources humaines
EIRO – *European International Relations Observatory*
EDW – *Economically dependant workers*
FGTS – *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*
IBGE – *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*
INSEE – Institut national de la statistique et des études économiques
IRES – Institut de recherches économiques et sociales
MEDEF – Mouvement d'entreprises de France
NMW – *National minimum wage*
NTIC – Nouvelles technologies de l'information et de la communication
OCDE – Organisation de coopération et de développement économique
OIT – Organisation internationale du travail
OMS – Organisation mondiale de la santé
ONG – Organisation non-gouvernementale
ONU – Organisation des Nations unies
PME – Petites et moyennes entreprises
PNB – Produit national brut
RTT – Réduction du temps de travail
SINE – *Sistema Nacional de Emprego*
TED – Travailleurs économiquement dépendants
TRT – *Tribunal Regional do Trabalho*
TST – *Tribunal Superior do Trabalho*
UE – Union européenne
UNICE – Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe
WHO – World Health Organization

RÉSUMÉ

Depuis leur apparition, le droit du travail et le principe protecteur du salarié ont subi des changements importants, liés soit à la sophistication du système de production, soit à l'augmentation de la concurrence. Le capitalisme s'est imposé comme modèle et une nouvelle pensée domine donc le droit du travail. Désormais, on prône l'éloignement de l'État pour accorder aux parties une liberté renouvelée de créer les règles applicables au contrat de travail. Toutefois, il existe une disparité entre les forces négociatrices du droit applicable au rapport salarié-employeur, surtout face au chômage et à la crise économique. Le résultat ne peut être autre que la survenance d'une crise épistémologique du droit du travail. La solution à cette crise passe sans doute par l'évolution continue du droit, mais surtout par l'adoption d'un nouveau concept de travail protégé et une nouvelle approche du champ d'application du droit du travail, avec l'établissement de règles minimales pour chacune des nouvelles formes de travail. Bien entendu, cela n'empêche pas d'admettre le rôle complémentaire de la négociation collective, pourvu que certaines conditions soient respectées, ce qui met d'ailleurs en relief l'importance de l'articulation des sources du droit du travail et des mécanismes d'engrenage à long terme. Cependant, une remise en question des propres priorités des parties intéressées est surtout nécessaire, en vue de renforcer une philosophie fondée sur les valeurs humaines communes du travail décent, de la santé, de la liberté réelle.

« Je ne crois pas assez à la raison pour souscrire au progrès, ni à aucune philosophie de l'Histoire. Je crois du moins que les hommes n'ont jamais cessé d'avancer dans la conscience qu'ils prenaient de leur destin. Nous n'avons pas surmonté notre condition, et cependant nous la connaissons mieux. Nous savons que nous sommes dans la contradiction, mais que nous devons refuser la contradiction et faire ce qu'il faut pour la réduire. Notre tâche d'homme est de trouver les quelques formules qui apaiseront l'angoisse infinie des âmes libres. Nous avons à recoudre ce qui est déchiré, à rendre la justice imaginable dans un monde si évidemment injuste, le bonheur significatif pour des peuples empoisonnés par le malheur du siècle. Naturellement, c'est une tâche surhumaine. Mais on appelle surhumaines les tâches que les hommes mettent longtemps à accomplir, voilà tout.

(…) La première chose est de ne pas désespérer. N'écoutons pas trop ceux qui crient à la fin du monde. Les civilisations ne meurent pas si aisément et même si ce monde devait crouler, ce serait après d'autres. Il est bien vrai que nous sommes dans une époque tragique. Mais trop de gens confondent le tragique et le désespoir. « Le tragique, disait Lawrence, devrait être comme un grand coup de pied donné au malheur ». Voilà une pensée saine et immédiatement applicable. Il y a beaucoup de choses aujourd'hui qui méritent ce coup de pied. »

Albert Camus, Noces
Gallimard, 1998 (première publication en 1938).

TITRE INTRODUCTIF

La protection du salarié d'absolue deviendrait-elle relative en droit du travail ? Voire serait-elle même appelée à disparaître ?

Le mouvement pendulaire qui régit les rapports sociaux semble, aujourd'hui, revenir du côté de l'entreprise. La survenance de la troisième révolution industrielle[1], qui suit de près l'arrivée de l'ère informationnelle a bouleversé le *statu quo.* L'intérêt de tous s'est centré sur la survie de l'entreprise, les contraintes du droit du travail étant considérées comme une entrave à la liberté de gestion. La notion de flexibilité semble se substituer à celle de protection pure et dure. Le droit de l'emploi paraît l'emporter sur le droit du travail. Et, dans cette perspective, les salariés voient « s'envoler » quelques droits jusqu'alors reconnus.

Le droit du travail souffre donc d'une crise d'identité. Le principe protecteur, appelé primaire, d'où sont issus, par dédoublement, tous les autres qui régulent le droit du travail, change, lui aussi. Les salariés considèrent sans doute que la protection du droit n'est pas suffisante. Le patronat, quant à lui, se plaint d'une

protection encore excessive. En tout état de cause, la protection du salarié ne paraît pas s'imposer à tous.

Comment alors concevoir le principe protecteur dans le contexte actuel et quelle est sa place parmi les principes généraux du droit ? Une analyse juridique plus approfondie des *principes du droit* en général s'avère nécessaire, car chacun d'entre nous a une connaissance de la notion de principe, mais cette connaissance est, dans la plupart des cas, *a priori* sans forme[2], d'où la nécessité de la systématiser. Il convient donc d'abord de réfléchir sur la définition des principes juridiques et leur place dans la hiérarchie des sources du droit.

Les principes en Droit

D'après le Grand Dictionnaire Universel de Pierre LAROUSSE, le vocable *principe* vient d*u* latin « *principium*, mot que quelques-uns rattachent à *princips*, premier. Selon d'autres, *principium* signifierait littéralement première prise, de

[1] On considère que la première révolution industrielle coïncide avec l'apparition de la machine à vapeur et la deuxième avec l'invention de l'automobile.

[2] À cet égard, M. le Professeur CARBONNIER : « Comme une coutume supérieure à la loi ordinaire, le Conseil constitutionnel invoque souvent, à l'appui d'une déclaration d'inconstitutionnalité, les *principes fondamentaux,* les principes fondamentaux reconnus par les lois de la *République*, sans que l'on sache clairement s'il s'agit de la seule V^e^ ou de toutes les républiques que la France a connues (ou même plus banalement de la *res publica*, des lois de l'État) ; ce sont des principes tantôt visés directement par des textes fondateurs, tantôt dégagés de l'esprit de ces textes. » (CARBONNIER, Jean. *Droit civil. Introduction*. 26^e^ édition refondue. Paris : PUF, 1999, novembre, p. 256.)

primum, premier, et d'un substantif allié au radical qui est dans *capere*, prendre. »[3] Selon le même dictionnaire, publié en 1875, le principe peut être une première cause ou raison, un élément ou une matière essentielle, l'origine, la base, la source ou la nature intime, une règle fondamentale de conduite ou une maxime ou même une « proposition élémentaire et fondamentale, qui sert de base à un ordre de connaissances ». Cette dernière définition semble concorder avec celle de LACORDAIRE, pour qui les principes sont « des vérités certaines, indémontrables et qui servent à démontrer le reste. »[4]

La philosophie soutient toutefois une autre approche :

> « Les principes sont, en effet, les commencements, soit de la connaissance, soit de l'existence. Ce qui fait être les choses est leur principe ; ce qui fait qu'une chose est d'une façon plutôt que d'une autre est le principe de cette façon d'être. De même tout ce qui fait qu'on sait, toute connaissance de laquelle découlent d'autres connaissances, de quelque manière d'ailleurs que cette dérivation puisse avoir lieu (…) dans tout raisonnement, les jugements premiers d'où se tirent des conséquences. (…) Ce mot, si usité en philosophie, embrasse dans son acception très étendue toute connaissance ainsi que toute existence qui, à un titre quelconque, peut être dite première, soit absolument, soit relativement à quelque autre existante, à quelque autre connaissance. »[5]

---

[3] LAROUSSE, Pierre. *Grand Dictionnaire Universel du XIX^e siècle*. Tome Treizième. Paris. Administration du Grand Dictionnaire Universel, 1875, pp. 157/160.
[4] *Apud* LAROUSSE, op. cit., p. 157.
[5] LAROUSSE, op. cit..

La doctrine juridique, d'autre part, s'est efforcée de déterminer une définition de « principe » la plus systématique possible. Pour MARQUES DE LIMA, « principe signifie la base, le point de départ et, en même temps, la synthèse et le point de retour. » En droit, observe-t-il, on part du principe pour faire des lois (écrites ou fondées dans les coutumes, expresses ou implicites) qui, à leur tour, atteindront un but. Voilà une parfaite inter-relation intersubjective, chemin de la justice et de la paix.[6] Américo PLA RODRIGUEZ a déjà souligné que « les principes sont des lignes directives qui informent quelques normes et inspirent directement ou indirectement une série de solutions. C'est pourquoi ils peuvent servir à promouvoir et fonder l'approbation des nouvelles normes, orienter l'interprétation de celles existantes et résoudre les affaires non prévues. »[7]

A cet égard, M. le Professeur Jean CARBONNIER[8], après avoir détaché quelques principes généraux du droit[9], remarque : « La doctrine et la jurisprudence ont formulé ces principes généraux. Mais elles ne les ont pas créés. Elles

---

[6] Pour cet auteur, « tous les principes sont circulants : le principe se confond avec la fin. Alors, on a les formes des corps célestes, le mouvement planétaire, tout obéissant à la loi circulaire des choses de l'Univers. Les lois, soit naturelles, soit humaines, sont des descriptions qui se prêtent à faire partie du cercle, unissant en pointillé l'espace compris entre le point de départ et le point de retour. Le point de départ et celui de retour sont coïncidents et se représentent à travers un principe. » (MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os princípios de Direito do Trabalho*: na lei e na jurisprudência. 2ª edição. São Paulo: LTR Editora, 1997, p. 15, *apud* MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor"* Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 111).

[7] RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho.* Trad de Wagner D. Giglio, 2e édition. São Paulo, LTr, 1993, p. 16.

[8] CARBONNIER, op. cit., pp. 254 et 256.

[9] Par exemple, « nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui » et « toute promesse de mariage est nulle en elle-même comme portant atteinte à la liberté ».

les ont trouvés en suspension dans l'*esprit* de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires. »[10] Les principes « sont, en général, non écrits, bien qu'ils puissent souvent s'induire de textes fragmentaires. Mais il leur est parfois arrivé, comme aux coutumes de l'Ancien Droit, d'être rédigés, codifiés. »[11] LA TORRE soutient également qu'il n'est pas exact d'interroger les principes à partir de la science juridique, car celle-ci ne les crée pas ; elle naît d'eux.[12]

Pour LLRENA, les principes du droit « sont ces principes de valeur universelle, sanctionnés par la conscience humaine elle-même en tant que synthèse de ce qui est le plus juste et équitable et que Dieu a inspiré au cœur humain. »[13] Néanmoins, les principes de droit ne se contentent pas de la morale, car ils sont nés pour réguler les rapports dans la sphère juridique. C'est peut-être pourquoi FLÓREZ-VALDÉS a ajouté qu'en plus d'« une loi morale imprimée dans le cœur de l'homme disant ce qu'il doit faire et omettre de sa vie individuelle », les principes en droit

[10] Par exemple, en matière d'enrichissement sans cause, article 555, 1437 ; en matière de nullité des promesses de mariage, article 146 ; en matière de nominalisme monétaire, article 1895.
[11] Ex. les remarquables *principes directeurs du procès civil*, en tête du C. Pr. C. de 1975.
[12] LA TORRE, Angel. *Los principios classicos del Derecho*, Madrid: Union Editorial, S.A., 1975, pp. 167-8, *apud* MARQUES DE LIMA, op. cit., p. 115.
[13] Traduction de l'auteur. Dans la version originale: «aquellos principios de valor universal, sancionados por la propia conciencia del hombre como síntesis de lo que es justo y equitativo y que Dios há inspirado al corazón humano. » (LLRENA, apud MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor", op. cit., p.122).

constituent également « une loi juridique qui lui impose les normes de convivialité de sa vie sociale. »[14]

Cette dernière définition semble aller de pair avec celle de GARCIA DE ENTERRÍA, pour qui les principes traduisent non simplement des idées vagues ou des tendances morales, mais contiennent des valeurs fondamentales de l'ordre juridique et sont le produit des expériences juridiques, à travers lesquelles ils sont connus.[15] Quelle que soit la définition adoptée, toujours est-il que les principes en droit sont nés du sentiment général de rationaliser la morale universelle. Personne ne sait pourtant avec précision d'où ils sont nés et quand ils sont apparus.

Cette affirmation entraîne une interrogation : existe-il vraiment des principes ? Certains auteurs « affirment que la chose politique variant chaque jour, avec les temps, comme avec les lieux, il est impossible de dégager de tant de faits contradictoires des principes. (…) En un mot, ils ne croient pas aux principes pour cette raison que les faits sont trop nombreux et trop différents pour pouvoir être ramenés à

---

[14] FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1990, 163 p., p. 38, *apud* MARQUES DE LIMA, op. cit., p. 116.

[15] Dans la version originale: « Los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales, que pueden explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia jurídica y sólo a través de ésta cognoscible. » (GARCIA DE ENTERRÍA, Ramón Fernández. *Curso de Direito administrativo*, I, 1974, pp. 68-69, *apud* MARQUES DE LIMA, op. cit., p. 119).

une idée générale. »[16] Pour d'autres, comme LA TORRE, une vérité devient un principe ontologique quand elle remplit les conditions suivantes :a) primauté ; b) « vérifiabilité » ; c) communauté (ordinaire) ; d) auto-suffisance ; e) « indispensabilité ».[17]

Or, il est vrai que la place des principes change, selon que telle ou telle valeur acceptée comme véridique prédomine dans les périodes de l'histoire. En effet, « les principes se dégagent de tel ou tel état social ; ils ont une valeur correspondante à celle de l'état social qu'ils régissent ; ils sont comparables entre eux et rien de plus. »[18] Par conséquent, même si une valeur perd momentanément son prestige, le principe correspondant existera toujours avec un potentiel d'effectivité. Seulement, il pourra être dans un état « d'hibernation », n'étant pas appliqué ou reconnu valable en tant qu'instrument de régulation sociale durant une certaine période.

Ainsi, les principes représentent-ils la concrétisation ou, mieux, l'objectivation des valeurs. À travers les principes, l'ordonnancement juridique en vigueur dans un pays ou une communauté donnés prend position quant aux valeurs qu'il privilégie. Et, de leur part, les valeurs prêtent aux principes un caractère déontologique,

---

[16] Cf. LAROUSSE, op. cit., p. 158.
[17] *Apud* MARQUES DE LIMA, op. cit., p. 117.
[18] LAROUSSE, op. cit.. De la même source : « Dans les sociétés qui vivaient il y a plusieurs siècles et notamment avant la Révolution française, les *principes* politiques se résumaient en ceci : pouvoir absolu des rois, des nobles et des prêtres. Depuis 1789, date à jamais mémorable, les *principes* politiques se résument en ceci : pouvoir du peuple qui constitue la nation, qui est l'État. » Depuis la Révolution

puisque les principes, sans les valeurs, sont dépourvus de signification. L'échelle des valeurs se trouve donc représentée par les principes adoptés.[19] Le droit est cependant dynamique et une situation momentanément acceptée peut toujours s'inverser dans l'avenir.

Dans cette perspective, il ne saurait exister de hiérarchie fixe et définitive entre les principes. Même s'ils ne vont pas tous dans le même sens, il n'est pas possible d'établir un ordre de priorité figé des uns par rapport aux autres. Tout dépend de l'acceptation temporaire ou non d'un principe, plutôt que d'un autre contraire. C'est dire qu'il peut y avoir des *contre-principes* ou des principes opposés à ceux premièrement identifiés. Les contraires, dit Aristote, ne peuvent agir l'un sur l'autre.[20] Les conditions présentes étant donc changées, le contraire qui est momentanément absent, peut se substituer à l'autre contraire. Le principe n'est donc pas « abrogé » par l'existence d'un contre-principe. Dans ce cas, les principes opposés seront mis en balance et le juriste ou le législateur procédera au choix, pour vérifier lequel est le plus adéquat à la situation concrète. Mais le principe mis de côté existera toujours.

Française, le principe constitue donc une des manifestations de la démocratie, c'est dire que le principe est une protection contre l'autoritarisme des gouvernements.

[19] Il est bien vrai que cette hiérarchie des valeurs peut se modifier au cours du temps. C'est ainsi que le travail esclavagiste a été aboli, de même en ce qui concerne la forme de travail usuel pendant le régime féodal (serfs). De nos jours, ce genre de subordination extrême n'est plus admis ni toléré. Cela veut dire qu'au moins une valeur a pris le dessus : celle de la dignité humaine, peu importe la race ou l'origine de la personne. S'ensuit la conclusion qu'à travers la protection du travailleur, l'humanité s'est approchée d'un but majeur, la protection de la dignité de l'être humain.

Cette dynamique pourrait d'ailleurs expliquer le fait qu'étant le produit de la vie sociale, les principes nous soient connus, les uns à la suite de l'expérience et par induction, les autres par la raison opérant sur ses propres données, et que d'autres nous apparaissent comme engagés dans les faits qui les enveloppent, ou plutôt comme exprimés par les phénomènes et semblent n'en être que des applications ou même des signes.

Quant à la classification, les principes peuvent être classés en deux sortes, selon l'approche philosophique : ceux de la connaissance et ceux de l'existence, *principia cognoscendi* et *principia essendi*, ou, comme disent les Allemands, les principes formels et les principes réels. Les derniers se préoccupent de savoir d'où vient l'univers et de quoi il se compose, bref, de la nature même des choses. Les premiers, quant à eux, se penchent sur les éléments et les lois de la pensée et de la valeur objective de l'esprit humain. Mais la distinction la plus importante a été faite entre les principes premiers et les principes seconds.[21]

---

[20] Ainsi, par exemple, matière et forme, la première existant antérieurement à la forme qui la modifie, comme l'airain ou le marbre préexistent à la statue.

[21] Pourtant, « il semble que des principes ne puissent être que premiers. Sans doute, mais ils le sont absolument ou relativement. La majeure d'un syllogisme, par exemple, sera toujours principe au regard de la conséquence qu'on en tire ; elle pourra être elle-même la conséquence d'un autre principe ; ce sera une vérité dérivée, de laquelle découleront à leur tour d'autres vérités : conséquence et principe. Il y a des principes seconds comme il y a des causes secondes, subordonnées aux causes premières. Les principes premiers sont nécessaires et absolus. Les principes des choses contingentes, que l'expérience nous donne seule à connaître, sont toujours seconds : l'attraction, principe de la gravitation des astres ; l'hydrogène et l'oxygène, principe de l'eau, etc., voilà des principes qui n'ont rien d'absolu ni de nécessaire ; aussi ne

Par conséquent, en ce qui concerne la protection du salarié, la première question à étudier est celle-ci : s'agit-il d'un principe *premier* ou *second*. Ou, plus scientifiquement, d'un principe premier *absolu* ou *relatif*. La réponse à cette interrogation n'est ni aisée à trouver, ni définitive dans son essence. Étant donnée la dynamique des relations professionnelles, il est concevable qu'un principe juridique puisse être considéré *absolu* à une époque et *relatif* dans la période suivante.

D'autre part, une classification juridique traditionnelle des principes énonce trois espèces, selon leur origine : *de droit naturel*, exemple du principe de l'égalité de tous devant la loi ; *de tradition*, avec comme illustration le principe du droit à l'héritage ; *de politique*, comme le principe de l'unité de la République ou du fédéralisme.[22] En ce sens, le principe protecteur pourrait bien être qualifié principe de droit naturel, car il tend à équilibrer le rapport capital–travail afin d'établir une égalité réelle et proportionnelle des personnes concernées, son ultime finalité étant la protection de la dignité humaine.

---

peut-on dire qu'ils soient premiers ; où est l'assurance qu'on ne remontera pas au-delà de l'attraction ? » (LAROUSSE, op. cit.).

[22] « De ces trois espèces de *principes*, les uns sont, dans l'ordre de la connaissance, des résultats auxquels parviennent, par l'induction expérimentale, la physique, la chimie, l'histoire naturelle ; les autres sont les définitions de la quantité, de l'étendue plane ou dans l'espace, etc., traînant après elles comme de longues chaînes de corollaires, toutes les mathématiques. Les uns et les autres ne valent que ce qu'ils empruntent

Les principes dans la philosophie du droit

Il est bien vrai que les fonctions des principes varient selon le courant adopté par le juriste. D'une part, les positivistes ne considèrent droit que ce qui est inscrit dans les textes. Pour eux, le droit est indépendant de la notion de justice. Les principes sont donc atteints par induction à partir des textes légaux. Pour ce faire, il faut partir des dispositions spécifiques dans la loi et, par voie d'abstraction, les inférer, d'où leur caractère de simples directives abstraites. En ce sens, ce qui n'est pas extrait de l'ordonnancement juridique ne peut constituer un principe. C'est pour cela que l'on parle d'une « hégémonie positiviste ». En résumé, ce qui n'est pas extrait de l'ordonnancement juridique n'est pas du droit.

On pourrait dire que l'attitude de chaque interprète est positiviste, car il essaie d'extraire les principes des règles existantes, pour remplir avec ceux-ci les lacunes de l'ordre juridique. Dans cette perspective, on pourrait se demander si le rôle des principes se borne … à une fonction supplétive de la loi. Ou, au contraire, s'ils peuvent aussi avoir un sens concepteur ou fondateur du droit.

---

de valeur à ceux de la troisième espèce, qui sont les vrais premiers *principes*, les notions et vérités premières, fondement de toute vérité. » (LAROUSSE, op. cit.).

Pour répondre à cette interrogation, les jus naturalistes observent que le droit naturel préexiste au droit positif et que, pour être juste, il faut que celui-ci se conforme à la loi naturelle (*Lex naturalis*), car c'est bien de la notion de justice que l'on déduit la norme. Les principes naîtraient donc à partir d'une loi naturelle et seraient les *premiers principes* ou l*es principes radicaux du droit*, conçus comme des préceptes universels et constituant des instances pré-juridiques qui informent le droit. Ainsi, le système juridique idéal serait formé par une structure fondée sur ces quelques principes immuables et objectifs, qui découleraient de l'idée de Justice ou de la nature de l'Homme et auxquels nous serions arrivés par la raison.

Bien évidemment, selon ce courant né au Siècle des Lumières, la loi naturelle peut changer au fil du temps, s'adaptant aux transformations des sociétés, soit pour y ajouter une règle devenue utile, soit pour en supprimer une qui n'est plus nécessaire. Le droit est ainsi produit de la *ratio* humaine. D'autre part, le droit naturel permet d'apprécier l'application de l'équité lors d'un jugement. [23]

S'ensuit la question sur la pertinence de la protection du salarié en tant que principe de droit naturel. Parle-t-on du juste ? Il est vrai que l'idée de la protection du salarié semble être à l'origine de toute réglementation législative et conventionnelle

[23] Il convient toutefois de souligner que l'expression *droit naturel* est « susceptible d'acceptions fort différentes : 1) Recherche du juste par une analyse rationnelle et concrète des réalités sociales, orientée par la considération de la finalité de l'homme et de l'Univers. 2) Principes immuables, découverts par la

des rapports du travail, justement à cause de son caractère d'équité et de justice sociale. Cela pourrait contribuer à conclure à son caractère de droit naturel. Par ailleurs, pour les positivistes, si les textes de loi amoindrissent la protection du salarié, cela signifiera une diminution de la portée du principe protecteur. Par conséquent, se pose parallèlement la question de l'éventuelle disparition du principe protecteur, à force d'être retiré de la législation.

La réponse à ces questions pourrait être à la croisée des droits positif et naturel, car ils n'ont pas vraiment besoin de se contredire, d'être opposés[24]… Le courant post-positiviste, fortement soutenu par Dworkin, Alexy, Rawls, semble apporter un correctif en ce sens. Cette théorie pourrait *grosso modo* être résumée ainsi: le système juridique contient des règles, des principes et des droits naturels et les positivistes ont grand tort de réduire le droit aux seules règles posées. Normalement, le juge doit appliquer les règles, mais, en leur absence, il doit appliquer un droit préexistant, qui ne se confond pas avec le droit discrétionnaire du juge, car celui-ci est lié … par les principes !

Contrairement à l'analyse des juristes du Droit Naturel, le post-positivisme croit que les principes ne sont pas universels, mais peuvent être dégagés à

---

raison, permettant d'éprouver la valeur des règles de conduite positives admises par le Droit objectif. » (Lexique *Termes Juridiques,* Dalloz, 10e édition, p. 222).

[24] Certains ont déjà dit que, à certains moments de l'Histoire, le droit naturel s'est confondu avec le droit positif (ex. lors de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789).

partir d'une analyse de l'ensemble du droit en vigueur. Le droit est ainsi une unité complète et il incombe aux parties intéressées de bien démontrer au juge qu'il existe un principe capable d'écarter l'application d'une règle ou, au contraire, de la fonder. Les juges jouent donc un rôle actif dans l'élaboration de la norme, traduite comme un instrument de justice.

L'importance de cette théorie est qu'elle révèle une tendance de la doctrine juridique à considérer que les principes sont placés au premier rang des normes, la stricte objectivité juridique étant mise à l'écart. Ce courant renouvelle par conséquent le débat entre jus naturalisme et positivisme, dont il est équidistant ! C'est peut-être la raison pour laquelle M. TROPER a fait observer qu' « il est significatif qu'une bonne part des commentaires soit consacrée à la question de savoir auquel des deux courants appartient 'réellement' Dworkin ».[25] Car, souligne-t-il « bien qu'il critique le positivisme, son jus naturalisme paraît fondé sur le droit en vigueur » ![26]

[25] TROPER, Michel. « Présentation Dossier Ronald Dworkin (1ère partie) ». Revue *Droit et Société*. 1-1985, p. 32.

[26] À propos de la philosophie de DWORKIN, M. TROPER observe également que « la coupure entre jus naturalisme et positivisme coïncide souvent avec une opposition idéologique et politique. Les uns apparaissent conservateurs, les autres progressistes. Bien entendu, les rôles ne sont pas figés pour l'éternité et les uns et les autres ont été tour à tour conservateurs et progressistes, mais à la fin des années 60 les jus naturalistes étaient les conservateurs et les anti-jus naturalistes, ceux qui admettaient que l'Homme est inscrit dans l'Histoire, que le droit est l'expression de la volonté des détenteurs du pouvoir politique et qu'il fallait par conséquent prendre le pouvoir pour changer la société, ceux-là apparaissaient comme progressistes. Or, Dworkin se présente comme un jus naturaliste (il pense que les hommes ont des droits naturels et que les principes, que les juges sont tenus d'appliquer fût-ce en écartant des règles, sont des principes moraux), mais un jus naturaliste 'de gauche' » (TROPER, op. cit., p. 31).

D'ailleurs, à propos de l'interrelation entre le droit naturel et le droit positif, rappelons-nous la leçon de Kant, selon laquelle le droit positif sans le droit naturel est une tête sans cerveau. En effet, l'un sans l'autre incarne un vrai risque pour les démocraties et pour l'effectivité des droits de l'Homme.[27] D'autre part, il est aussi vrai que le droit naturel a, dans la plupart des cas, besoin du droit positif pour se manifester et pour être effectif, car le droit ne se contente pas des textes écrits et il s'enrichit des apports des principes. C'est ce qui permet d'ailleurs de comprendre pourquoi une règle est adoptée plutôt qu'une autre qui lui est contraire.

La relation entre principe, norme et règle

Il convient maintenant de réfléchir à propos de la fonction d'un principe inspiré par une valeur. Et la réponse est simple : **le principe imprégné d'une certaine valeur acquiert validité juridique (objectivité) quand il devient règle**. La relation entre principe et règle devient alors plus claire : le principe est une norme abstraite, qui prescrit une valeur ; la règle décrit une hypothèse de fait et une conséquence.[28]

[27] Par ex., les régimes totalitaires ou xénophobes se fondent souvent sur le droit positif…

[28] Cf. REVORIO, Francisco Javier Díaz: "Las reglas establecen mandatos, prohibiciones, o permisos de actuación en situaciones concretas previstas en las mismas (permitiendo así uma aplicación mecânica), los principios – empleando este término ahora em sentido amplio – proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas indeterminadas." (*Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 592 p., pp. 101/102).

ALEXY[29] enseigne que les principes sont des ordres d'optimisation qui se caractérisent par la possibilité d'accomplissement en divers degrés, car leur exécution dépend non seulement des circonstances factuelles, mais aussi des possibilités juridiques. On pourrait ajouter que les principes contiennent des prescriptions d'ordre générique. Au contraire, les règles sont des normes qui exigent un accomplissement plein et complet et donc ne peuvent qu'être suivies ou non, le moyen terme n'existant pas ici. Les règles prescrivent aussi des conséquences concrètes applicables lorsqu'elles ne sont pas observées. De surcroît, contrairement aux principes, s'il existe une autre règle en sens contraire, une d'entre elles sera abrogée.

Pour CANOTILHO[30], les règles sont des normes qui exigent, interdisent ou permettent de faire quelque chose de certain, tandis que les principes sont des normes qui exigent la réalisation de quelque chose de la meilleure forme possible, selon les possibilités de fait et de droit. Les principes n'interdisent point, ne permettent pas et n'exigent rien. Ils demandent l'optimisation d'un droit ou d'un bien juridique, en tenant compte de la « réserve du possible », factuelle ou juridique.

Comme on a déjà remarqué, il est toutefois bien possible qu'un principe ait une force de norme, réglementant les relations juridiques, quoiqu'il ne soit

---

[29] ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. Madrid: Biblioteca de Etica Filosofia del Derecho y Politica, (s.d.). Original allemand. 73 p., p. 14.
[30] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, 1992, pp. 544 et 545, *apud* MARQUES DE LIMA, Francisco Meton, p. 109.

pas inscrit dans les textes. Les *tria iuris praeceptum* de Ulpiano pourraient servir d'exemple : vivre honnêtement, ne causer de dommage à personne, et attribuer à chacun ce qui est de droit (*suum cuique tribuere*).[31] D'ailleurs, la conception normative des principes résulte de l'expérience démocratique et elle suppose que les principes se situent au-dessus des règles, comme inspirateurs de ces dernières.

Pour un auteur brésilien, BANDEIRA DE MELO,

> « Un principe est, par définition, le commandement nucléaire d'un système, son vrai soutien, disposition fondamentale qui s'irradie sur différentes normes, faisant partie de leur esprit et étant critère pour son exacte compréhension et intelligence, justement pour définir la logique de la rationalité du système normatif (…)
> Violer un principe est beaucoup plus grave qu'enfreindre une norme. **L'inobservance d'un principe porte atteinte non seulement à un commandement obligatoire, mais à tout le système de commandements.** C'est la plus grave des illégalités ou des inconstitutionnalités, selon le degré du principe atteint, car elle représente insurrection contre tout le système, subversion de ses valeurs fondamentales, insulte impardonnable à son squelette logique et corrosion de sa structure maîtresse. Cela parce que, avec l'offense, tombent les piliers qui le soutiennent et toute la structure sera secouée. »[32] (c'est nous qui soulignons)

[31] D'autres exemples: le principe de bonne foi, aujourd'hui aisément cité dans le nouveau code civil brésilien, l'interdiction d'abus de droit, la sanction de la fraude, l'interdiction de s'enrichir sans cause, le *non bis in idem*, la non rétroactivité de la loi, le *pacta sunt servanda*.

[32] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*, 1986, p. 230, *apud* MARQUES DE LIMA, op. cit., p. 113.

À partir des principes, le législateur construit les règles. Si, au contraire, le législateur n'utilise pas certains principes dans la création des lois, ils seront de normativité nulle ou douteuse, même s'ils gardent une dimension éthique de l'idée de justice. Et, à cet égard, écoutons l'avertissement de DEL VECCHIO : « L'idée du Droit naturel est, en effet, de celles qui accompagnent l'Humanité en son développement ; et si, comme bien souvent il est arrivé – surtout à notre époque – quelques écoles prétendent la nier ou l'ignorer, cette idée se réaffirme vigoureusement dans la vie »[33]

Les principes et les règles sont donc des normes de droit. Il s'agit là d'une intégration concurrentielle de l'ordonnancement juridique. Mais cette approche reste encore incomplète, quand on étudie la raison d'être des principes. À cet égard, l'approche juridique nous enseigne que les principes ont une triple fonction : de *soutien* de l'ordre juridique positif, *d'interprétation* des règles et *d'intégration* au cas où il y aurait des lacunes dans l'ordonnancement.[34] En ce sens, GIGENA[35] présente les principes en trois stades : a) imprimant solidité et confirmation à la solution qui se

[33] Traduction de l'auteur. Dans la version originale: "a idea del Derecho natural es, en efecto, de esas que acompañan a la Humanidad en su desenvolvimiento ; y si, como no pocas veces há ocurrido – sobre todo en nuestro tiempo – algunas escuelas pretenden negarla o ignorarla, aquella idea se reafirma vigorosamente en la vida." (*apud* LIMA, Francisco Meton Marques de. O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor", op. cit., p.127).

[34] Les principes sont « las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico." FLOREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1990, 163 p., p. 79

[35] *Apud* MARQUES DE LIMA, op. cit., p. 114.

trouve déjà dans la loi et la coutume ; b) fécondant les règles isolées, tout en majorant le rayon de leur efficacité et application ; c) complétant le droit positif, en créant de nouvelles règles de solution.

Ainsi, outre qu'ils sont une garantie contre l'autoritarisme des gouvernements, les principes constituent la connexion entre le passé et le futur, se situant au-dessus de toute forme de réglementation étatique ou conventionnelle. Les principes sont donc **atemporels et supra-légaux**, intégrant l'ordre juridique comme une sorte de miroir où l'interprète doit regarder pour consulter la racine de la règle, la *mens legis*, la volonté de la loi.

Les caractéristiques les plus répandues des principes sont, selon MARQUES DE LIMA[36] : 1) *normativité*, car les principes, encore que plus ouverts ou généraux, sont proches des préceptes (ils ont la même racine : *principium* et *praeceptum*) ; 2) *force pour être incorporés dans le droit positif*, parce qu'ils constituent l'âme de l'ordre juridique ; 3) *historicité*, exprimée par la vocation de se régénérer en permanence ; 4) *expression des valeurs*, même si celles-ci se transforment selon l'époque et le lieu ; 5) *productivité potentielle*, car à partir des principes, émergent plusieurs conséquences normatives ; 6) *irréversibilité*, en ce sens qu'après la mise en activité des principes, les conséquences sont susceptibles de produire des

[36] MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os princípios de Direito do Trabalho*: na lei e na jurisprudência. 2ª edição. São Paulo: LTR Editora, 1997, pp. 118/120.

transformations ; 7) *aptitude pour être vecteurs* , car ils viennent d'une valeur et se dirigent vers une règle ; 8) *supériorité hiérarchique*, par rapport à la loi ; 9) *haut degré d'abstraction*, condensant l'esprit d'un vaste système ; 10) *haut degré de généralité*, car imprégnés de valeurs ; 11) *fécondité*, donnant inspiration à l'élaboration de diverses autres normes juridiques.

En résumé, pour être reconnus et avoir une réelle effectivité, il convient que les principes adoptent les caractères de primarité, axiologie, objectivité, liaison et adhérence. Ils permettent alors de dévoiler des normes non-expresses, ayant une fonction de concrétisation de la *ratio legis*, tout en subissant une recréation permanente. Ils ont également une fonction négative : empêcher l'entrée en vigueur des règles contraires à leur esprit. Par conséquent, le législateur lui-même ne peut pas les négliger, sous peine de produire une loi illégitime, car les principes sont à l'origine même de la législation, naissant de l'esprit du peuple. Ils constituent l'âme de la règle, créée par le législateur élu par le peuple.

Tout cela suffirait déjà pour conclure que la valeur des principes dans l'ordre juridique est celle d'une véritable **source de droit**.[37] S'y ajoute le fait que les principes sont expressément énoncés à plusieurs reprises par le législateur, au moyen de divers « renvois ». Par exemple, l'article 4 de la Loi d'introduction au Code civil

brésilien dispose que « Quand la loi est lacunaire, le juge décidera selon l'analogie, les coutumes et les principes généraux du droit. ». Le Code civil espagnol contient pareille disposition en son art. 2, alinéa 1er : « Los principios generales del Derecho, sin prejuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinárias. »[38]

Le Code civil français fait également allusion aux principes, l'article 311-12, sur les personnes, énonçant tout naturellement : « Les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable. (…) » De même faut-il relever l'article 565: « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. »[39]

Plus précisément en droit du travail, l'article 8 de la CLT brésilienne énonce :

---

[37] La doctrine positionne d'ailleurs le principe de faveur parmi les sources professionnelles du droit du travail (PÉLISSIER, J. ; SUPIOT, A. ; JEAMMAUD, Alain. *Droit du travail*. Dalloz, 2000, Introduction, Chapitre 3, Section 4, § 4 , pp. 109 et suivantes).

[38] L'expression "en defecto de" veut dire « à défaut de ».

[39] En ce sens, l'article 1316-2 : « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. », l'article 1584 : « La vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire. Elle peut aussi avoir pour objet deux ou plusieurs choses alternatives. Dans tous ces cas, son effet est réglé par les principes généraux des conventions. » et l'article 1842 : « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Jusqu'à

> « Les autorités administratives et la Justice du travail, en l'absence de dispositions légales et contractuelles, décideront selon le cas conformément à la jurisprudence, l'analogie, l'équité et d'autres principes et normes générales de droit, notamment du droit du travail et aussi conformément aux usages et coutumes, au droit comparé, mais toujours de manière à ce qu'aucun intérêt de classe ou particulier ne prévale sur l'intérêt public. »

Même si l'on reconnaît la faute technique qui assimiler *principe* et *norme*, il faut bien constater que l'ordre juridique reconnaît non seulement un rôle subsidiaire des principes, mais aussi un rôle complémentaire des règlements et de la loi. À cet égard, le paragraphe 1er de l'article 852-I de la CLT, applicable aux affaires évaluées à moins de 40 SMIC, dispose que « le juge accueillera pour chaque affaire la décision qu'il répute la plus juste et équitable, tout en respectant les finalités sociales de la loi et les exigences du bien commun. »

À son tour, le Code du travail français, à diverses reprises, fait allusion aux principes. Ainsi, aux principes d'exclusivité (art. L. 124-21 et L. 124-1) ; au principe « à travail égal, salaire égal » (art. L. 133-5, 4e, « d » et L. 136-2, 8e)[40] ; au

---

l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations. »

[40] « La règle de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes est une application du principe plus général 'à travail égal, salaire égal' énoncé par les art. L. 133-5, 4e, et L. 136-2, 8e. » (Soc. 29 oct. 1996: Bull. civ. V, n. 359; D. 1998. Somm. 259, note Lanquetin; Dr. soc. 1996. 1013, note A. Lyon-Caen; CSB 1997. 5, A. 1, note A.P. et J.M.; Petites affiches 22 nov. 1996, note Picca). Ce principe est également consacré par l'art. 11 du Traité CE.

principe d'égalité professionnelle entre hommes et femmes (art. L. 136-2, 8e)[41] ; au principe de prévention en matière d'hygiène, sécurité et conditions de travail (art. L. 230-2, II) ; au principe de la responsabilité des employeurs et chefs d'établissement (art. L. 230-4) ; au principe d'égalité de traitement (art. L. 322-12, 2e) ; aux principes généraux du droit électoral (art. L. 423-13, alinéa 3, et L. 433-9, alinéa 3) ; aux principes posés par le chapitre sur la participation des salariés aux résultats de l'entreprise (art. L. 442-6) et au renvoi aux « principes et méthodes comptables définis au Code du commerce » en ce qui concerne les comptes des organismes collecteurs paritaires des fonds de la formation professionnelle continue dans le cadre des aides financières (art. R. 964-1-12).

D'autres articles se réfèrent indirectement à des principes. Ainsi, au principe général du double degré de juridiction (art. R. 517-3) ; au principe d'interdiction des mesures discriminatoires en matière de rémunération et avantages sociaux découlant de l'exercice de grève (art. L. 521-1, alinéa 2)[42] ; au principe de droit à la défense des salariés en droit disciplinaire (art. L. 122-41).[43]

---

[41] Ce principe est également accueilli en droit communautaire (ex. Directive du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins).

[42] « En prohibant dans l'art. L. 521-1 c. trav. les mesures discriminatoires, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public. » CE 12 nov. 1990: D. 1992. Somm. 159, obs. Chelle et Prétot; RJS 1991. 141, no 261; AJDA 1991. 332, obs. Hecquard-Théron (illégalité de la disposition prévoyant la suspension des droits à l'avancement en échelon pendant les périodes d'absence dues à une grève).

[43] D'ailleurs, la Sous-section 2 du Livre 1er, Titre 2, Chapitre II Section VI, s'intitule … *Protection des salariés et Droit disciplinaire* !

La jurisprudence procède également à des affirmations sur l'importance des principes en droit positif, au moyen de divers arrêts : « L'obligation de rémunérer un salarié à un niveau au moins égal au salaire minimum de croissance est un principe général du droit. »[44]

Plus généralement, en matière de valeur des principes en tant que source de droit, une décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme semble donner un éclairage important à la réflexion. Dans cette décision, la Cour a affirmé que les principes de la justice naturelle comprennent l'obligation d'agir équitablement, alors même qu'aucune déclaration n'avait été émise ou qu'aucun droit n'avait été reconnu en faveur de la personne.[45] On pourrait donc en déduire que, dès lors qu'il s'agit de droits des personnes ou de libertés fondamentales, même s'il ne leur est pas possible de s'appuyer sur le caractère d'ordre public d'une règle de droit positif, le principe qui inspire ce droit ou cette liberté doit être appliqué.[46]

---

[44] CE 23 avr. 1982: D. 1983. 8, note J.B. Auby.

[45] Dans cet arrêt, la Cour a décidé : « 3. Violation des principes de la justice naturelle - (...) D'une manière générale, les principes de la justice naturelle comprennent l'obligation d'agir équitablement (...). Ils s'appliquent normalement quand la décision en cause porte atteinte aux droits d'une personne, par exemple en cas d'expropriation (...). Ils peuvent aussi entrer en jeu lorsque le requérant n'a pas de droit, par exemple s'il demande une licence exigée par la loi: bien qu'il n'ait aucun droit à la licence jusqu'à l'octroi de celle-ci, l'exercice de pouvoirs légaux touchant à ses intérêts impose de respecter les principes de la justice naturelle et d'agir équitablement (...) » Affaire AGOSI c. Royaume-Uni, de 24/10/1986 (numéro de requête 00009118/80, référence REF00000003).

[46] À cet égard, M. le Professeur J.-M. VERDIER souligne l'importance d'asseoir la protection effective des droits fondamentaux dans les relations de travail. En plus de les reconnaître, il faut les appliquer les sanctions. « Car il faut bien y revenir, au risque de lasser : c'est à l'aune de leur système protecteur qu'on mesure l'importante réelle, non pas théorique et abstraite, mais pratique et concrète, des droits qu'on qualifie souvent de fondamentaux ou d'essentiels, mais sans toujours en tirer les conséquences

D'ailleurs, cette déduction paraît aller de pair avec une décision rendue le 17 juillet 2001 par la Cour de Cassation française, citée à titre d'exemple. Dans cet important arrêt, la Cour a décidé qu'une mesure discriminatoire prise à l'encontre d'un salarié licencié pouvait donner place à une demande en annulation de ce dit licenciement, même en l'absence d'un texte explicite et même si la sanction expressément prévue était celle des dommages-intérêts. « La sanction de la nullité », explique le professeur VERDIER commentant cet arrêt, « est liée au caractère fondamental du droit auquel il est porté atteinte, en l'espèce celui de ne pas être l'objet d'une discrimination antisyndicale, contraire au principe de la liberté syndicale, caractère fondamental attesté par le caractère d'ordre public attribué par le texte lui-même aux dispositions qui le protègent. ».[47] On assiste donc à une « pénétration

relativement à leur sanction effective. » (J.-M. VERDIER, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », *Droit social*, décembre 2001, p. 1035).

[47] VERDIER, op. cit., p. 1037. La décision du 17 juillet 2001 poursuit une tendance remarquable et déjà remarquée dans la jurisprudence, de garantir, par la voie du droit positif, l'application des principes liés aux droits fondamentaux de la personne, même s'ils ne sont pas expressément énoncés dans les textes. Les exemples sont aussi empruntés à M. le Professeur VERDIER : dans une décision relative au licenciement d'un salarié gréviste, la Cour de Cassation avait déjà décidé que « l'on se trouvait dans une matière distincte et que le licenciement d'un salarié gréviste obéit à des règles dérogatoires au droit commun » (en l'occurrence, l'article L. 122-14-4 du Code du travail) et que donc le juge pourrait *ordonner* la réintégration du salarié gréviste licencié en l'absence de faute lourde, alors que la loi disposait sur une simple *faculté,* susceptible ainsi d'être refusée par l'employeur (Soc. 16 juillet 1987). Dans un autre arrêt (Soc. 28 avril 1988), la Cour a, pour la première fois, admis la « nullité d'un licenciement portant atteinte à la liberté d'expression alors qu'aucune disposition ne prévoyait cette sanction » (VERDIER, op. cit., p. 1037). Une attention particulière mérite l'affirmation de la Cour que «la nullité du licenciement n'a pas à être nécessairement prononcée par application d'un texte exprès la prévoyant », suivie de la conclusion de M. le Professeur COUTURIER : « il y a donc des nullités du licenciement sans texte » (*apud* VERDIER, op. cit., p. 1037).

progressive de la logique des droits fondamentaux dans le droit des rapports de travail »[48]

La place des principes dans la hiérarchie des normes se situe, on le répète, au-dessus des textes législatifs ou réglementaires. Cette affirmation pourrait être également démontrée par le fait qu'ils sont aussi insérés dans les Constitutions. La Constitution brésilienne en vigueur, par exemple, a affirmé des principes, qui sont considérés plus importants que les règles.[49] Déjà dans le Titre I, consacré aux principes fondamentaux de la République, sont inscrits, par exemple, les principes de la dignité de la personne humaine (article 1er, alinéa III) et les valeurs sociales du travail (article 1er, alinéa IV).

Il en va de même pour le Préambule de 1946, incorporé à la Constitution française. Il proclame comme particulièrement nécessaires quelques «principes politiques, économiques et sociaux », parmi lesquels l'égalité des droits entre hommes et femmes, le droit d'asile, le droit d'obtenir un emploi, la non-discrimination dans le travail, le droit d'adhérer au syndicat de son choix, le droit de grève dans des limites fixées par les lois.

[48] VERDIER, op. cit., p. 1037.
[49] Par exemple, le droit de propriété, dès lors que sa fonction sociale est observée.

Les droits reconnus aux salariés sont donc nés à partir de la prise de conscience de certaines valeurs humaines, qui correspondent à la *Lex naturalis*. Mais ils ne sauraient s'appliquer sans leur reconnaissance par le droit positif. Il convient donc d'examiner comment sont nés ces droits reconnus aux salariés. Pour cela, un rappel historique s'impose.

L'origine et la pertinence du principe protecteur

Les mots *labeur* et *labour*, venus du latin *labor*, signifient respectivement *travail pénible et prolongé* et *travail fait en retournant la terre pour la culture*[50]. L'origine des mots est donc liée soit à la souffrance, soit à la culture de la terre. C'est ainsi qu'au Moyen Âge, le travail était synonyme de souffrance.

Par la suite, l'aspect positif de réalisation humaine a été relevé, sous influence de la philosophie de Hegel. Avec la première révolution industrielle, l'apparition du « fordisme » et du « taylorisme » a signifié l'organisation « scientifique » (ou technique) du travail.[51] Ainsi, le travail était structuré entre la ligne

[50] LAROUSSE. Dictionnaire de la langue française. 2e édition, 1999.

[51] Pour TOFFLER, les périodes de l'histoire de la production peuvent être ainsi classées jusqu'à l'ère industrielle: **Première vague (agricole)** : à partir de l'an 8 000 avant J.C., quand la production était liée à la terre (production agricole) ; le travail, dans la plupart des cas, n'était pas payé, car réalisé directement par les personnes pour elles-mêmes et leurs familles ou communautés. **Deuxième vague (industrielle)** : depuis environ 300 ans, avec le surgissement de l'ère industrielle ; le travail est devenu majoritairement payé, car il a pour finalité les échanges de marchandises ou services à travers le marché ; l'économie est devenue visible, même si le secteur invisible (travail non payé, domestique, éducation des enfants, etc) était le soutien de la génération des travailleurs de la nouvelle économie ; charbon, textiles, acier, automobile, caoutchouc, fabrication d'outils ont été les industries classiques, basées sur des principes

de production et le chronomètre. Désormais, le tapis roulant fixe le temps dans lequel le travail doit être accompli. Certains ont pensé que ce serait la fin du travail manuel et du salariat. Mais, contre toute attente, ceux-ci ont persisté. Le salariat a même été reconnu en tant qu'élément antagonique du patronat, avec l'organisation systématique d'un droit tout neuf à l'époque, le droit du travail. Ce nouveau droit avait comme critère fondamental la protection du travailleur contre les abus du capitalisme.

Diverses causes ont contribué à l'apparition du droit du travail, parmi lesquelles l'identification du paradoxe de l'égalité établi par Marx et Engels dans le *Manifeste du Parti communiste* (1848). Il est « inutile de nous provoquer », incitent-ils, « avec vos idées bourgeoises de liberté et de culture, de droit, etc. Vos idées sont elles-mêmes les produits du système bourgeois de production et de propriété, tout comme votre droit n'est que la volonté de votre classe, érigée en loi ; et il n'y a rien d'autre dans cette volonté que les nécessités matérielles de votre classe ».[52]

électromécaniques essentiellement simples, jetant de grandes quantités de choses au rebut et créant beaucoup de pollution ; le travail était caractérisé par de longues lignes de production, peu d'exigences d'habilité, répétition, articles standardisés et contrôles centralisés ; la civilisation de cette vague a appris à démanteler les problèmes en divers composants, comme faisait l'industrie avec les pièces de la ligne de montage ; plus l'industrie était grande, mieux c'était : *the bigger, the best.* Selon TOFFLER, durant la période industrielle, six principes dirigeaient la production : standardisation : résultant du besoin d'améliorer la productivité ; spécialisation : consécutive à l'identification du produit à commercialiser ; synchronisation : tout se fait en même temps, l'emploi du temps des enfants est égal partout, les malades dans les hôpitaux se réveillent simultanément, le transport défaille à l'heure du *rush*, les personnes regardent la télé à la même heure, etc. ; concentration : dans les centres urbains, écoles, prisons, hospices ; maximisation : « *grand* est devenu synonyme *d'efficient* » ; centralisation : dans les centres administratifs, industriels, urbains (Alvin TOFFLER, *A Terceira Onda*, Rio de Janeiro, Record, 1980).

[52] *Apud* FRYDMAN, Benoît ; HAARSCHER, Guy. *Philosophie du droit*. Collection « Connaissance du droit ». Dalloz, 1998, p. 70. D'autres auteurs proclamaient également l'exploitation du travail : « le capital est du travail volé » (Auguste BLANQUI, *Critique sociale)* ou alors « le Capital mourrait si, tous

Le surplus ou la plus-value étant la différence entre ce que le capitaliste reçoit et ce qu'il paye au salarié, le système capitaliste contribuerait à l'exploitation de l'homme par l'homme, masquée sous un voile de légitimité et d'égalité conférées par l'affirmation des droits de l'homme.[53] Pour le marxisme, l'État alors existant jouait un rôle ignoble en ce qui concerne la protection des travailleurs. Outre qu'il ait adopté une politique répressive contre ceux qui ne jouaient pas le jeu capitaliste, l'État tenait un discours juridique d'égalité qui à la fois masquait la réalité de domination existante et se vantait de la justice de ses règles, incitant tous au maintien de l'ordre établi.

Bien évidemment, cette situation ne pouvait se perpétuer sans des « freins ». L'État « bourgeois » a dû été renversé, cédant place à un autre : L'État « providence », fondé sur le désir d'une répartition moins inégale des revenus et des richesses. En ce qui concerne le droit du travail, l'objectif d'égalité n'étant pas naturellement atteint lorsqu'il s'agit de parties en positions économiquement distinctes, il fallait une manière artificielle de compenser, encore que superficiellement, cette

---

les matins, on ne graissait pas les rouages de ses machines avec de l'huile d'homme. » (Jules Vallès, *Jacques Vingtras*).

[53] Il convient de souligner qu'il existe deux conceptions fort différentes des droits de l'homme : la *libérale*, selon laquelle les droits de l'homme seraient les « droits inhérents à la nature humaine, donc antérieurs et supérieurs à l'Etat et que celui-ci doit respecter non seulement dans l'ordre des buts mais aussi dans l'ordre des moyens » et la *marxiste*, selon laquelle il s'agirait des « droits conquis par l'homme à la suite de l'instauration d'une société sans classes et donc sans exploitation de l'homme par l'homme. Tout ce qui favorise cette libération est bon, même une dictature, car ce qui importe ce ne sont pas les

inégalité.[54] C'est là que le droit du travail est intervenu.[55] Il est incontestable que cette compensation ne saurait être jamais totalement équilibrée, mais serait du moins plus équitable.

Pourtant, en 1864, Jules SIMON a professé que, si les salariés ont conquis la liberté dans le courant du XVIII[e] siècle, la loi insiste à les considérer comme des « incapables », dès lors qu'elle réglemente la prestation du travail.[56] Dans ses analyses, « l'auteur s'efforce de faire comprendre que le travail ne doit être gouverné,

---

droits et libertés actuels (qui sont abstraits, formels), mais les droits et libertés futurs, seuls authentiques. » (*Lexique Termes Juridiques*, Dalloz, op. cit., p. 220).

[54] Bien évidemment, le droit du travail ne compense pas l'inégalité structurelle entre patrons et salariés.

[55] Et encore, certains n'ont pas manqué d'accuser le nouveau régime d'être insuffisant : « En somme, en dépit des améliorations apportées à leur condition par les ouvriers eux-mêmes ou par les rares hommes d'État qui, depuis la grande réforme faite au siècle dernier, ont consenti à s'occuper des classes laborieuses pour autre chose que pour les maintenir en tutelle et les accabler sous les lois dictées plutôt par la peur que par la justice, la situation des ouvriers est loin encore de ce qu'elle pourrait être dans une société mieux organisée, et là, comme sur le terrain politique, de nombreux progrès restent à accomplir. » (Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE, tome 11, 1875, p. 1596, 2[ème] colonne).

[56] Le Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE de 1864 apporte un résumé de son ouvrage : « L'histoire du travail se lie intimement à celle des révolutions politiques et sociales. Dans l'antiquité, la main-d'œuvre était esclave ; l'effort des bras dénotait une condition servile ; sous l'empire romain, à côté des esclaves figure une population d'ouvriers libres, mais parqués dans l'enceinte infranchissable des corporations, à ce point que l'état de liberté n'était pour eux qu'une forme nouvelle et perfectionnée de la servitude, et qu'ils ne comptaient ni comme individus ni comme classe. Au Moyen Âge, l'ouvrier vit dans l'abaissement et sous le despotisme seigneurial ou royal, ne se défendant à une époque tardive que par l'organisation tyrannique elle-même des confréries, écrasé sous les impôts, sous les exactions, sous les règlements de toutes sortes, et par suite incapable de conquérir l'indépendance et la dignité. Les philosophes du XVIII[e] siècle considèrent le travail comme le principe du droit qui faisait égaux tous les citoyens. La Révolution prit des mesures pour assurer la liberté du travail ; mais de nombreuses lois l'ont entravée depuis cette époque et il s'agit de regagner le terrain perdu. Poursuivant jusqu'à nos jours l'histoire du travail manuel, M. Jules Simon reconnaît que l'irrévocable suppression du régime des castes a consacré l'égalité pour les populations ouvrières ; il accorde que depuis la proclamation du suffrage universel, il n'y a plus de privilège politique et que chacun est citoyen au même titre. Cependant il conclut que, pour les ouvriers, l'égalité n'existe guère que de nom (parce qu'ils sont protégés par la loi), qu'elle ne représente qu'un droit abstrait dont ils ne peuvent faire usage ; il nous montre les ouvriers frappés d'incapacités sociales (ici, l'incapacité sociale serait la protection de la loi !) qui contrastent avec leur récente capacité politique et qui résultent non-seulement de leur manque d'instruction, mais encore du maintien de certaines lois inspirées par la défiance et par les préjugés d'un autre âge. » (SIMON, Jules.

administré que par lui-même ; que les règlements protecteurs le gênent ; (…) et que désormais la concurrence est le seul régime qui puisse, d'une part, susciter et multiplier les éléments de travail, d'autre part attribuer à chacun ce qui lui revient selon sa capacité et ses œuvres ».[57] Aussi, sur le vieux monde du travail, mais adoptant une position totalement opposée, un juriste brésilien au début du siècle dernier, en 1905, a écrit :

> « L'homme est libre – argumente-t-on ; il a le droit de vendre son travail au prix et aux conditions qu'il veut. Mais dans la vie industrielle moderne, cette liberté de travail n'a géré qu'oppression, misère, exploitation de l'ouvrier et son rabaissement progressif. Aujourd'hui, personne ne conteste quand l'inexorable loi de la concurrence influence la rémunération du travailleur ouvrier – et cela suffit pour défaire l'enchantement illusoire de la 'liberté de travail'. (…) Ces conséquences évidentes et redoutables de la liberté du travail indiquent la nécessité de régulation, dans l'intérêt du travailleur et sans préjudice de l'industriel, des conditions dans lesquelles le premier vendra son effort conscient au dernier. Il faut admettre et légaliser, jusqu'aux minuties, selon les usines et les circonstances du lieu, le contrat de travail, fixant trois conditions : prix du travail ou taux du salaire, durée du travail et qualité de celui-ci. Pour ce faire, les pouvoirs publics, spécialement le pouvoir législatif, ont deux champs d'action : édition des lois réglementaires du travail et animation des syndicats professionnels. »[58]

Ainsi est né le droit du travail : pour compenser l'inégalité économique naturellement existante entre capitaliste et travailleur avec l'inégalité juridique artificiellement créée à travers la norme juridique protectrice du travailleur. En

---

Le Travail, étude philosophique et sociale. 1864, *apud Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE*, t. 15, 1876, p. 439).

[57] *Grand Dictionnaire Universel Larousse*, t. 15, 1876, p. 439.

effet, elle se faisait nécessaire, pour la protection des valeurs humaines les plus précieuses, telles que la vie, la santé, l'aptitude au travail, le développement de la famille ou l'assurance des moyens indispensables d'existence. Une égalité véridique et substantielle se voulait assurée dans le rapport du travail et le salariat est donc devenu le « noyau dur » de ce droit. Au début, la règle juridique protectrice du salarié s'exprimait en effet à travers la loi. Au fil du temps, d'autres sources formelles s'y sont ajoutées (p. ex : la convention collective), ce qui explique l'existence concomitante des règles autonomes et hétéronomes dans cette branche du droit.

Dans cette perspective, un principe fondamental ressort naturellement du droit du travail : le **principe protecteur du salarié**. Aussi appelé principe de la faveur, principe de tutelle, principe *pro operario*, quelle qu'en soit la dénomination, son fondement est, plutôt que d'éliminer les inégalités, de les niveler. C'est pourquoi le droit du travail, dans une certaine mesure, est un droit unilatéral. Dès le début, le propos est décidé : se pencher du côté du salarié, pour lui garantir à titre exclusif une protection capable de lui permettre de récupérer sur le plan juridique ce qu'il a perdu sur le plan économique. Le principe d'égalité formelle face à la loi est donc définitivement abandonné. C'est la juste proportionnalité qui commande, traitant inégalement les inégaux, dans la mesure de leurs inégalités.

---

[58] MORAES, Evaristo de, *apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho. "A prevalência do convencionado sobre o legislado", *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 67, numéro 2, avril/juin/2001, p. 21.

Le principe protecteur a par conséquent été considéré comme le seul élément de justification de l'existence du droit du travail.[59] L'idée de protection était donc à l'origine celle qui a marqué l'apparition du droit du travail. C'était l'idée dominante, car manifestée dans les prescriptions les plus importantes du droit du travail : celles concernant la durée du travail, les congés payés, les conditions du travail des mineurs et des femmes, la rémunération, le licenciement, etc.

Même si son appellation demeure absente des codes (comme c'est le cas de la France et du Brésil), son existence est le produit d'une *induction amplifiante* de quelques textes légaux[60] et a souvent servi d'orientation au juge, ce qui contribue à affirmer qu'il s'agit d'un *principe-règle*, « permettant de conclure à la positivité d'une norme d'un plus haut niveau de généralité, procurant solution à des situations non prévues par la loi ».[61]

Certains auteurs défendent toutefois l'idée que le droit du travail ne protège pas celui qui travaille, ni ne gêne celui qui fait travailler autrui pour son profit. Il ne fait que réguler les rapports entre le capital et le travail, en instituant un équilibre

[59] Cette conception risque pourtant de négliger d'autres fonctions du droit du travail, p. ex., la fonction éducatrice (disciplinaire) ou alors celle distributive de richesses ou encore la fonction organisatrice dans la structure interne de l'entreprise, quoique certaines d'entre elles puissent bien être exercées par une autre branche du droit (p. ex., droit civil).

[60] P. ex., en droit français, Code du travail, article L. 132-4 (« La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ») et article L. 135-2 (« Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables »).

entre les revendications des salariés et les besoins de l'entreprise. Il semble, toutefois, que cette approche soit un peu trop objective et assez peu adaptée au caractère humain des rapports du travail. En droit, la réglementation n'existe pas en soi. Elle n'est qu'un moyen pour atteindre l'objectif majeur, révélé par la valeur visée. En droit du travail, comme d'ailleurs en droit de la consommation et en droit des baux, le but principal est la protection de la partie la plus faible figurant au contrat.

Le raisonnement inverse pourrait amener à la conclusion inacceptable que toute réglementation législative pourrait être adoptée... dès lors qu'elle régule les rapports entre le capital et le travail. Il n'est pas difficile d'imaginer que des abus pourraient alors être commis. Le droit du travail (le mot « droit » ici est employé au singulier, signifiant science juridique) ne se résume pas à un catalogue de « droits » reconnus aux salariés. En accordant au salarié certains avantages par rapport à l'employeur, le droit du travail rend la relation de travail plus équitable. C'est pour cela aussi qu'il est aussi appelé droit « social ».

En général, les signes qui identifient le salarié sont non seulement la subordination aux ordres de l'employeur, mais aussi la dépendance économique. Il est vrai que cette dernière n'existe pas toujours, mais elle est tout de même présente dans la plupart des cas. En effet, lorsque quelqu'un travaille pour compte d'autrui, il s'agit normalement d'une personne qui, toute seule, ne peut pas subvenir à ses besoins. Par

[61] Cf. expression utilisée par PÉLISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD, op. cit., pp. 109/110.

conséquent, le droit du travail (et spécialement le principe protecteur) a pour but de limiter les inconvénients de cette soumission personnelle et économique envers l'employeur. Il s'agit véritablement d'un droit, donc constitué d'une valeur[62], ayant pour finalité majeure d'assurer au salarié l'amélioration de ses conditions de vie.

Trois principes découlent du principe général de protection du salarié en droit du travail.

Les « sous-principes »

Le principe protecteur peut justifier l'existence de bien d'autres principes en droit du travail, qui en découlent. Ainsi, les principes de l'indisponibilité du salaire, de la non-modification du contrat de travail, du caractère impératif des règles, de la continuité du contrat de travail, de la primauté de la réalité sur la forme dérivent-ils du principe protecteur, qui est plus premier.

Selon l'auteur uruguayen Américo Plá Rodrigues, cependant, le principe protecteur comporte trois volets distincts. Le premier est le principe « in dubio pro operario » ou « in dubio pro misero ». Le deuxième est celui qui ordonne l'application, en cas de trop-plein de normes, de la norme la plus favorable au salarié.

[62] Allusion faite à la théorie tridimensionnelle du droit de H. Kelsen : le droit est fait, valeur et norme.

Enfin, le troisième volet est le maintien pour le salarié des avantages acquis pendant le déroulement de son contrat de travail.

A - « IN DUBIO PRO OPERARIO »

Rappelant un peu *mutatis mutandis* le principe « in dubio pro reo » en droit pénal, l'application de ce sous-principe est restreinte aux cas où il y aurait des doutes sur l'interprétation de la règle légale ou conventionnelle, car le principe est *in dubio pro operario* et non simplement *pro operario*. Pour son application, encore faut-il que le doute soit authentique, c'est-à-dire une véritable hésitation sur quelle interprétation choisir parmi les plusieurs possibles.

Il ne s'agit pourtant pas de corriger la règle, ni de l'intégrer. Le juge ne doit donc pas l'appliquer pour créer de nouvelles institutions. L'interprète ne peut pas l'utiliser pour se substituer au législateur et moins encore pour s'éloigner de son sens originaire. Au contraire, il doit rechercher la *ratio legis*, la raison pour laquelle le texte a été créé[63]. Cela peut déboucher sur la conclusion, par exemple, que la loi a eu l'intention non seulement de prendre en compte les intérêts du salarié, mais aussi

[63] On parle ici de la volonté de la loi (« mens legis ») et non point de la volonté du législateur (« mens legislatoris »), parce que, une fois créée et promulguée, la loi se libère du législateur et acquiert vie propre. Du moins, c'est cela la vision la plus moderne en philosophie du droit.

d'harmoniser les intérêts des deux parties du contrat du travail avec les intérêts de la collectivité.[64]

Les modalités d'application de ce « sous-principe » sont diverses : d'abord il peut aussi bien étendre un bénéfice que diminuer un préjudice, selon l'expression latine *odiosa restrigenda, favorabilia amplianda*. En d'autres mots, lorsqu'il existe un doute sur l'interprétation de la règle, la solution choisie doit être la plus protectrice possible, quitte à augmenter un bénéfice ou à diminuer un préjudice, encore qu'une application modérée soit recommandée.

Ensuite il n'est pas difficile d'observer que la règle s'applique d'autant plus que la rémunération perçue par le salarié est moindre. L'application sera donc dégressive en fonction d'une rémunération plus élevée. La protection d'un cadre, par exemple, sera objet de moins de soucis que la protection d'un ouvrier non-qualifié. Cela révèle aussi la recherche d'une certaine équité, dans l'hypothèse où certains salariés, par leur propre qualification, disposent de moyens plus appropriés pour la défense de leurs intérêts, tandis que d'autres n'ont que la protection minimale conférée par la loi ou par la règle conventionnelle. Étant donnée cette différence de situation, l'application du principe, elle aussi, doit être proportionnelle.

---

[64] À cet égard, M. le Professeur J-E. Ray mentionne une certaine « ambivalence du droit du travail ». Un exemple tiré de l'historique du droit du travail montre bien cette ambivalence : maintenir l'ordre public dans la rue ou dans les manufactures contre les « classes laborieuses, classes dangereuses ». (RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du travail, droit vivant*. 8ème éd., 1999-2000, pp. 13-14).

Enfin, même si cette règle n'est pas expressément acceptée par les droits nationaux, toujours est-il qu'elle est bien acceptée par la doctrine et par la jurisprudence de la plupart des pays.

B – L'ORDRE PUBLIC SOCIAL

Le deuxième volet du principe protecteur est l'ordre public social. En cas de conflit positif de normes applicables à la relation de travail, c'est la norme la plus favorable au salarié qui aura vocation à être invoquée, quelle que soit son origine et indépendamment de la hiérarchie traditionnelle des normes en droit commun. En effet, cette règle générale de l'ordre public social représente en vérité une rupture avec toute la structure classique de hiérarchie des sources. Dans le domaine du droit du travail, la règle qui prévaut sur les autres ne dépend plus de l'importance de l'organisme qui l'a créée ni de sa place dans la hiérarchie classique des normes, mais de l'importance de la protection accordée au salarié. La hiérarchie rigide des normes est donc écartée, pour donner place à une hiérarchie plus souple et plus flexible, qui va dépendre de l'examen concret de chaque norme ayant vocation à être appliquée.

Cela est significatif dans la mesure où la loi fonctionne comme un plancher pour assurer des droits minimaux.[65] Les parties peuvent donc « déroger » à la loi par la voie conventionnelle. Mais cette dérogation ne doit pas être conçue dans son sens habituel, c'est-à-dire absolu et définitif, mais dans le sens où la norme plus favorable rend la moins favorable inopérante dans une situation donnée, même si cette dernière est originaire d'une source hiérarchiquement supérieure. Il s'agit donc d'une dérogation relative, parce que la norme moins favorable conserve tout son caractère exécutoire à l'égard de ceux qui ne sont pas couverts par l'univers d'application de la norme plus favorable. Il en va de même à l'égard de ceux qui étaient soumis à la règle plus favorable et qui, pour une raison ou pour une autre, ont cessé de l'être [66].

Le Code du travail français a clairement adopté ce principe, d'après ce que l'on peut conclure, par exemple, de la lecture de son article L. 135-2 : « Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables. » La CLT brésilienne va dans le même sens, selon l'article 444 : « Les relations contractuelles de travail peuvent être l'objet de libre stipulation par les parties

[65] C'est pourquoi certains parlent d'une clause de "non-régression" : un certain niveau est garanti par l'ordre public, mais l'application d'une norme prévoyant un niveau de protection plus élevé demeure possible. Après tout, il s'agit de prescriptions minimales.

[66] Exemple : un salarié recevait une rémunération supérieure au SMIC dans une entreprise et, à la suite d'un licenciement, est embauché par une autre entreprise sur la base du SMIC. La loi du SMIC n'était pas définitivement dérogée par le contrat individuel de travail, mais simplement rendue inopérante, temporairement ou non.

intéressées, tant qu'elles n'enfreignent pas les dispositions de la protection au travail, les contrats collectifs applicables et les décisions des autorités compétentes. »

Selon ce principe, par exemple, si la loi dispose que la durée du travail est de 35 heures, la convention collective peut prévoir une durée moindre (par exemple, 30 heures) et le contrat de travail peut prévoir une durée encore plus réduite (par exemple, 25 heures). Dans ce cas, c'est cette même clause du contrat individuel de travail qui régira la durée légale du travail, car elle comporte la règle la plus favorable aux salariés.

À cet égard, un auteur a déjà dit qu'« Il est essentiel que les prescriptions de droit en vigueur fixent les standards minima qui remplacent *ipso jure* les stipulations contradictoires moins favorables pour le travailleur. C'est cette automaticité ainsi que le cumul des sanctions civiles (nullité) et administratives (peines infligées par les inspecteurs du travail et par d'autres organismes) qui mettent en relief le caractère protecteur du droit du travail. Le même caractère se reflète dans les prescriptions concernant la rupture du contrat du travail qui est réglementé, à vrai dire, dans un sens unique : pour protéger le travailleur contre le congédiement brusque et

préjudiciable, alors que sa liberté de quitter l'emploi qui ne lui convient pas n'est soumise en principe à aucune restriction. »[67]

La protection ainsi accordée aux travailleurs vise non seulement leurs intérêts individuels, en tant qu'individus isolés, donc faibles, mais aussi les intérêts de la société toute entière, car la justice sociale doit être un des objectifs majeurs de l'État et des organisations professionnelles. En France, l'application de l'ordre public social peut être trouvé, par exemple, dans l'article L. 132-4, C. Tr., *in princ.* : « La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. » En droit communautaire ce principe se trouve également inséré dès le début, quand les États se sont décidés à promouvoir l'amélioration du milieu du travail. Dans cette perspective, souvent les directives laissent aux États membres la faculté d'appliquer ou de créer des dispositions plus favorables aux intérêts des salariés.[68]

Le même raisonnement est valable pour la plupart des règles nationales applicables, encore qu'il existe des limites représentées par l'ordre public absolu. En effet, dans certains cas, la loi prévoit non un minimum au-dessus duquel les

---

[67] Vaclaw SZUBERT, Professeur à l'Université de Varsovie (Pologne), « Rapports du droit du travail et de la politique sociale », *Études de droit du travail,* offertes à André BRUN. Librairie sociale et économique. Paris, 1974, p. 565.

[68] En ce sens, les articles 136, alinéa 1er et 137, notamment § 2 (ex-article 118 A), du Traité instituant la Communauté européenne, qui parlent, respectivement de « l'amélioration des conditions de vie et de travail » et de « prescriptions minimales ».

parties pourraient construire un édifice juridique plus favorable au salarié, mais un niveau stable, rigide, c'est dire un niveau qui représente à la fois un minimum et un maximum[69]. En tout état de cause, la règle générale demeure l'ordre public social. En droit français, le Conseil d'État a élevé l'ordre public social à la catégorie de **principe général de droit, applicable même sans texte**.[70]

La Cour de Cassation dans une décision rendue publique le 17 juillet 1996, a considéré en outre ce principe « **fondamental en droit du travail**, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable ». En l'occurrence, il s'agissait d'une décision qui avait considéré que « l'ensemble du régime des congés payés prévu par le statut accorde aux agents des avantages supérieurs à ceux qui résulteraient de l'application du code du travail ». Cette appréciation a été faite de manière globale « à raison du caractère indivisible de ce régime de congés payés institué en tenant compte des nécessités du service public ». La conclusion de la Cour a été l'« incompatibilité des dispositions du code du travail relatives aux congés payés avec les nécessités du service public ferroviaire ».[71] De

---

[69] Cf., à ce propos, l'article 6 du Code civil français : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Aussi, l'article L. 132-4, *in fine* du Code du travail français va-t-il dans le même sens : « La convention et l'accord collectif de travail ... ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements. »

[70] C.E., ass. générale, 22 mars 1973, *apud* (PRÉTOT, Xavier. « Le Conseil Constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective », *Droit social,* mars 2003, p. 261; C.E. 8 juillet 1994 : RJS 1994, n. 1386, *apud* ANTONMATTEI, P.-H., op. cit., p. 23.

[71] Dans cet arrêt, la Cour a également décidé : « les dispositions du livre II c. trav. et spécialement celles des art. L. 223-1 s. sur les congés annuels sont, en principe, applicables aux agents de la SNCF et d'EDF-GDF, lesquels sont en outre soumis aux dispositions d'un statut, qui comporte des règles spécifiques aux congés payés » (Soc. 17 juill. 1996 (1 er arrêt): Bull. civ. V, no 296; Dr. soc. 1996. 1049, concl. P. Lyon-

même, la Cour de Cassation a décidé que « le principe fondamental en droit du travail, (veut que), en cas de conflit de normes, (ce soit) la plus favorable au salarié qui doit recevoir application »[72] et, plus récemment, a parlé du « principe fondamental du droit du travail énoncé dans l'art. L. 132-4 C. trav. »[73]

Le Conseil constitutionnel, lui non plus, n'a pas manqué de souligner l'importance de l'ordre public social, en tant que **principe fondamental du droit du travail**[74]. MM. les Professeurs PÉLISSIER, SUPIOT et JEAUMMAUD ont pourtant souligné que le Conseil Constitutionnel, « sollicité en ce sens par des parlementaires, a évité de se prononcer sur sa qualité de principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du préambule de 1946. Le principe n'a donc pas *valeur constitutionnelle*. »[75] Cette jurisprudence a été confirmée par la décision du Conseil Constitutionnel du 13 janvier 2003[76], brillamment commentée par M. le Professeur PRÉTOT[77] :

Caen, note J. Savatier; RJS 1996. 708, no 1115; CSB 1996. 277, A. 56; JCP 1997. II. 22798, note Chorin. 17 juill. 1996 (2e. arrêt): Bull. civ. V, no 297; Dr. soc. 1996. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier; RJS 1996. 708, no 1115; CSB 1996. 277, A. 56; JCP 1997. II. 22798, note Chorin).

[72] Soc. 17 juillet 1996 (SNCF), *Droit social* 1996, 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier ; 17 juillet 1996 (EDF), *Bull civ.*V, n. 296 ; 8 octobre 1996, *Droit social* 1996, 1046, note J. Savatier, *apud* PÉLISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD, op. cit., p. 110.

[73] Soc. 26 octobre 1999, *Droit social* 2000. 381, note Ch. Radé, *apud* PÉLISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD, op. cit., p. 110.

[74] C.C. D. n. 67-46 L. du 12 juillet 1967, p. 31, *apud* JAVILLIER, J.-C. *Droit du travail*, 6ème éd., L.G.D.J., p. 715. Aussi, C.C. 25 juillet 1989, *apud* ANTONMATTEI, P.-H., *Les conventions et accords collectifs de travail,* Dalloz, 1996, p. 23.

[75] Op. cit., p. 111.

[76] « 2. Considérant que, selon les députés requérants, les dispositions déférées porteraient atteinte à un principe fondamental reconnu par les lois de la République en vertu duquel la loi ne pourrait permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ; 3. Considérant que le principe ainsi invoqué ne résulte d'aucune disposition

> « On peut bien s'interroger, en second lieu, sur le bien-fondé de l'argumentation retenue, tant en 1997 qu'en 2003, par le Conseil constitutionnel. Certes, la législation du travail antérieure à 1946 était quelque peu imprécise : tout en faisant interdiction aux partenaires sociaux de méconnaître les lois et règlements en vigueur, les dispositions de la loi du 24 juin 1936 les habilitaient à insérer dans les conventions collectives des stipulations plus favorables sans plus d'indication ; l'application de ces dispositions a par ailleurs été suspendue en tout ou partie, pendant la Seconde Guerre mondiale et l'immédiat après-guerre, jusqu'à l'intervention de la loi n. 50-205 du 11 février 1950 qui introduit explicitement, dans les termes qui figurent aujourd'hui sous l'article L. 132-4 du Code du travail, le principe de la disposition la plus favorable. On peut toutefois admettre, sans grand effort d'interprétation, que celui-ci découlait, en substance, de la loi du 24 juin 1936. Dans ces conditions, l'appréciation portée par le Conseil constitutionnel tient sans doute moins aux lacunes et imprécisions des dispositions adoptées sous la III^{ème} République qu'à la réserve dont il fait preuve à l'endroit des principes du droit du travail et du droit de la protection sociale. »

En dépit du refus du Conseil Constitutionnel à l'ériger en principe de valeur constitutionnelle, l'ordre public social garde son caractère de principe fondamental du droit du travail. La difficulté consiste à établir les critères de comparaison afin de savoir, en cas de concurrence, quelle sera la règle la plus favorable au salarié et qui sera donc applicable. Après certaines réticences sur l'application de la

---

législative antérieure à la Constitution de 1946 et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, **il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République** au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, par suite, le grief n'est pas fondé » (c'est nous qui soulignons).

[77] Article cité, *Droit social,* 2003, p. 262.

règle dans son ensemble (théorie du « conglobamento »[78]) ou de l'accumulation des avantages tirés de normes différentes (théorie de l'accumulation), la doctrine s'est inclinée vers une position intermédiaire : il est possible de diviser les normes pour y choisir seulement les meilleurs avantages, à condition que les dispositions choisies soient indépendantes. Autrement dit, la méthode de comparaison est, non point par règle, mais par groupe d'avantages ayant la même cause. C'est l'option, par exemple, de P. Durand, laquelle est dominante dans la doctrine et dans la jurisprudence tant française que brésilienne[79].

En effet, l'accumulation des avantages contrarie la logique de la négociation, car le corollaire de l'ordre public social est justement le principe du non-cumul des avantages.[80] En outre, la comparaison doit être objective, car elle doit se faire « eu égard à l'ensemble des intéressés et non en égard à l'un d'eux en particulier ».[81] M. le Professeur ANTONMATTEI[82] illustre comme pouvant être cumulés l'indemnité de licenciement prévue par un accord et les avantages résultant d'une autre convention collective, en matière de rémunération, d'horaires de travail, et de congés de maladie. En revanche, ne peuvent être cumulées :

---

[78] Le mot est italien et signifie quelque chose qui n'est pas susceptible de scission.
[79] Par exemple, Cass. Soc. 25 janv. 1984, RJS, 1984, n. 67.
[80] À cet égard, Cass., Ass. Plén. 18 mars 1988 : D. 1989, 221, note J.-P. Chauchard, *apud* ANTONMATTEI, op. cit., p. 24 : « en cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé », car la comparaison doit se faire entre « ensembles d'avantages se rapportant à un même objet ou une même cause ».
[81] Il s'agit d'une formule classique de la Cour de cassation, selon M. le Professeur ANTONMATTEI, op. cit., p. 24.

a) une indemnité de licenciement avec un régime de retraite complémentaire et une allocation de mise à la retraite ;
b) une prime de bilan acquise au moment du départ en congés avec une prime de vacances ;
c) les dispositions de deux ensembles formés par la protection contre le licenciement pendant la période de maladie avec la durée et le montant de l'indemnisation complémentaire.

C - LE MAINTIEN DES DROITS ACQUIS

Le troisième et dernier volet du principe protecteur est la règle de la condition la plus bénéfique au salarié. En France, ce principe est connu comme le maintien des droits acquis. Cela signifie qu'une situation antérieure plus favorable au salarié doit être maintenue si une clause moins favorable intervient pour régir pareille situation et cela au nom de la stabilité du rapport contractuel. L'application du principe suppose donc une situation concrète issue, soit d'une condition particulière de fait volontairement accordée par l'entreprise, soit d'une règle de droit imposée par la loi. En tout état de cause, ce principe a un double sens, l'un *restrictif*, dans la mesure où il impose le respect par l'employeur des conditions les plus avantageuses aux salariés ;

[82] ANTONMATTEI, op. cit., pp. 24-25.

l'autre *extensif*, étant donné qu'il ouvre aux parties la possibilité d'établir des conditions supérieures, plus bénéfiques aux salariés.

Le paragraphe 8 de l'article 19 de la Constitution de l'OIT semble renforcer l'adoption de ce principe. Il énonce qu'« En aucun cas, l'adoption d'une convention ou d'une recommandation par la Conférence, ou la ratification d'une convention par un Membre ne devront être considérées comme affectant toute loi, toute sentence, toute coutume ou tout accord qui assurent des conditions plus favorables aux travailleurs intéressés que celles prévues par la convention ou la recommandation. »

Les avantages acquis gardent leur effet même en face de l'accord nouvellement applicable, à condition qu'ils soient plus favorables. En ce sens, l'arrêt de la Cour de Cassation du 17 octobre 2000 : « Un accord d'établissement conclu après l'engagement d'un salarié et instituant une clause de non-concurrence ne peut modifier son contrat de travail qui en était dépourvu ».[83]

Il est important de signaler, toutefois, que seulement les avantages accordés de manière définitive doivent être respectés. Cela signifie que les conditions plus bénéfiques établies à caractère provisoire ne peuvent pas être invoquées

[83] Ainsi, un salarié engagé en 1978 par contrat oral, étant licencié en 1992, n'a pas à respecter une clause de non-concurrence instituée par un accord d'établissement conclu après son recrutement. La Haute juridiction a donc décidé qu'en l'espèce c'est le contrat de travail qui était applicable et non l'accord collectif. L'arrêt a été rendu sous le visa de l'article 1134 du Code civil.

indéfiniment, parce qu'elles ont une vie limitée dans le temps. Ainsi, une gratification payée tant que le salarié exerce une fonction de remplacement provisoire d'un autre ne pourra pas être considérée comme une condition plus bénéfique établie de manière définitive. Le même raisonnement peut être suivi lorsqu'une gratification est accordée tant que le travail exigé est plus important qu'en temps normal.

En tout cas, la question de savoir si la gratification était payée à titre provisoire ou définitif relève non de la recherche de la volonté de l'employeur expresse *a priori*, mais de l'interprétation objective de la réalité des faits, ce qui révèlera la vraie volonté, encore que tacite, de l'employeur. Ce qui intéresse est donc la volonté objectivement cherchée. Par conséquent, si en pratique les faits démontrent qu'il s'agissait d'un bénéfice éphémère, il ne sera plus dû, une fois la situation d'origine terminée. Au contraire, s'il s'agit d'un avantage qui s'était prolongé par-delà la circonstance originaire ou alors qui n'était lié à aucune condition, il devra être maintenu et respecté.

Au Brésil, le meilleur exemple d'application du principe de maintien des droits acquis est celui de l'« Enunciado » n. 51 du Tribunal Supérieur du Travail, qui porte sur les hypothèses découlant des avantages accordés par le règlement intérieur[84]. À titre d'exemple également, le maintien des droits acquis est généralement

[84] Les « Enunciados », en droit brésilien, sont de véritables résumés de la jurisprudence itérative en droit du travail. Énoncés par le Tribunal Supérieur du Travail, la « Cour de Cassation » brésilienne, ils sont

reconnu en France lors de l'application de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail, qui porte sur le transfert d'entreprises[85]. En dehors de cette règle légale, les conventions et accords collectifs peuvent tout aussi bien prévoir ce genre de clause.

La jurisprudence à cet égard fait une interprétation restrictive du bénéfice depuis longtemps. L'arrêt rendu public le 22 avril 1929, par exemple, a statué qu'il n'y a pas de droits acquis aux avantages. Ainsi faisant, « La Cour de Cassation a porté une atteinte au principe de la survie de la loi ancienne dans le contrat de travail, en décidant que 'la loi en vigueur au moment où le contrat de louage de services est passé, ne confère pas aux parties un droit définitivement acquis à l'application d'une clause que le législateur, pour des raisons d'intérêt social et de protection du travail, a déclarée illicite »[86]. Les exemples empruntés à M. le Professeur ANTONMATTEI[87] illustrent également bien la situation : en sont seuls bénéficiaires, sauf stipulation contraire, les salariés dont le contrat de travail est en cours à la date de conclusion de la clause ; une clause qui parle « d'avantages acquis individuellement ou collectivement » se restreint

---

publiés comme un « annexe » à la Consolidation des lois du travail, l'équivalent du Code de travail français. L'« Enunciado » n. 51 énonce que « Les clauses réglementaires qui abrogent ou qui modifient des avantages antérieurement accordés ne concernent que les salariés embauchés après l'abrogation ou la modification du règlement ». C'est dire que les salariés embauchés avant cette abrogation ou modification continueront à bénéficier des avantages supprimés. C'est l'application du principe du maintien des droits acquis pendant le déroulement du contrat du travail.

[85] L'article énonce que « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail, en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

[86] Civ. 22 avr. 1929, D.H.1929.281. Commentaire de DURAND, Paul. « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle. » *Droit Social*, juillet-août 1952, p. 439.

[87] ANTONMATTEI, P.-H., op. cit., p. 52.

évidemment aux droits déjà ouverts et ne s'applique pas aux droits simplement éventuels[88] .

Ainsi, il semble que le principe du maintien des droits acquis ne soit pas toujours appliqué, les exceptions étant plus fréquentes que la règle. Les inconvénients de ce principe sont multiples, disent ses détracteurs, à commencer par le facteur *économique* : les charges pour l'entreprise pourraient être trop lourdes pour qu'elle puisse les supporter, ce qui entraînerait sa faillite avec toutes les conséquences susceptibles d'en être déduites. Mais il y a aussi un argument *psychologique* qui pèse dans la balance : ce principe qui prône l'inaltérabilité des conditions plus bénéfiques pourrait se constituer en un élément de rétraction pour l'octroi d'autres avantages ou bénéfices.

C'est peut être pour cela qu'il est devenu courant, par exemple, tant en doctrine qu'en jurisprudence, qu'en cas de substitution d'une convention collective, les avantages antérieurement accordés sont dès lors supprimés, car ils n'intègrent pas les contrats individuels de travail.[89] Il en va de même, en droit français, en ce qui concerne la possibilité de dénonciation des usages par l'employeur, comme il est admis par la jurisprudence réitérée des Tribunaux.

---

[88] Cass. Soc. 19 juin 1987.

[89] À cet égard, l' « Enunciado » nº 227 de la jurisprudence brésilienne dispose pour situation similaire que « *les conditions de travail établies par la force de la décision normative demeurent en vigueur dans les délais signés, mais n'intègrent pas, de manière définitive, les contrats.* »

Ce principe ne s'impose pas non plus de nos jours à l'État, qui peut sans aucun doute supprimer, par voie d'une loi postérieure un avantage antérieurement reconnu aux salariés. La pratique du « toujours plus » fait exception depuis un certain temps... Effectivement, depuis la construction d'une doctrine et d'une jurisprudence du travail classiques, la société a évolué. Le principe protecteur du salarié a-t-il accompagné cette évolution ?

Le dernier millénaire a été témoin d'une période de mutations scientifiques et technologiques accélérées.[90] Toutes ces mutations, par effet domino, ont une influence sur le droit et surtout sur le droit du travail, sensible qu'il est aux contingences économiques et politiques. En effet, les transformations du monde du travail (de Ford à Toyota en passant par Taylor) se sont produites parallèlement aux transformations dans le mode de vie des individus et des collectivités, ces dernières issues notamment de la troisième révolution industrielle (micro-électronique, informatisation).

Le principe protecteur du salarié est aujourd'hui en crise, parce que les relations de travail ont évolué dans un contexte économique/politique/social différent de celui existant à l'époque où est né le droit du travail. L'actualité juridique pose donc plusieurs questions : protection de l'emploi ou du travail ? Protection du salarié ou de n'importe quel travailleur ?

Face aux profonds changements de l'organisation, des pratiques et des conditions de travail, souvent suivis d'une transformation de la législation sur le travail[91], il convient de s'interroger sur l'avenir de ce principe protecteur, qui est le plus

[90] Juste pour illustrer, à côté des avancées de la médecine et du plus grand confort apporté par les découvertes scientifiques, les guerres ont tué 188 millions de personnes et l'homme a construit la bombe atomique, l'ayant utilisée 2 fois officiellement.

[91] Bien entendu, ces transformations ne se limitent ni au droit du travail, ni aux sciences sociales elles-mêmes. Il s'agit d'un phénomène global et complexe qui se traduit par des changements de divers ordres, qui se reflètent évidemment dans la réorganisation du travail (ex., développement de la robotisation, éclosion des moyens de communication, essor du capitalisme, logique économique, etc.).

fondamental du droit du travail. Le droit du travail a-t-il changé d'esprit ou incarne-t-il encore le but de protection de celui qui est supposé être le plus faible ? Cette inquiétude se justifie dans la mesure où, à l'heure actuelle, le droit du travail dérange. Il est à peine reconnaissable, tant il a subi de modifications au fil des années.

Par conséquent, le sentiment commun est que le droit du travail ne protège plus le salarié avec la même intensité que naguère. Cette branche du droit, qui auparavant avait comme raison d'être la protection des ouvriers, éprouve aujourd'hui aussi le besoin de tenir compte de l'autre partie à la relation contractuelle. Son but est moins clair. C'est dire que la survie de l'entreprise a pris une place importante dans le panier des soucis juridiques, parce que l'employeur est parfois courbé sous le « faix du fagot »[92] des charges sociales. Le droit dit « social » a changé de visage. Côté employeur, il est rigide, formel, contraignant, coûteux. Côté salarié, il est insuffisant pour assurer à la fois une stabilité dans l'emploi et un revenu décent.

À cet égard, les discussions actuelles sur l'assouplissement de la RTT en France sont-elles prémices ou corollaire de la modernisation du dialogue social et, plus largement, du droit du travail ? En effet, on parle d'un côté de revoir ou « toiletter » le Code du travail[93], de l'autre, de moderniser, d'aménager, d'adapter, d'assouplir, de renégocier, d'améliorer et d'ajuster des lois Aubry. Autant de mots qui

[92] L'image est de La Fontaine, Jean de (1621-1695), « La Mort et le Bûcheron ».
[93] « Une commission lance le 'toilettage' du code du travail », *Le Monde* du 08/10/03.

signifient la volonté de corriger les rigidités apparemment existantes dans l'ensemble de l'ordre juridique et non seulement dans les lois régissant la RTT.

Le projet de réforme actuellement en cours de discussion prévoit en ce sens de modifier les règles de validité des accords collectifs, mais aussi la hiérarchie des normes. « Un changement qui, s'il était adopté, permettrait à un accord d'entreprise de revenir sur un accord de branche plus favorable, notamment en matière de durée et d'organisation du travail ».[94] Évidemment, cela signifierait revenir « sur le principe de faveur – en vertu duquel un accord ne peut déroger à la loi que s'il est plus favorable – » et, selon certains, cela « va bloquer le dialogue social ».[95]

M. le Ministre F. Fillon veut par ailleurs inscrire toute réforme des 35 heures dans le cadre de la modernisation sociale. La Commission Virville – chargée de lui présenter un rapport après le débat sur la formation professionnelle, prévu pour début 2004 – devra ainsi proposer des moyens pour atténuer les complexités existantes à l'égard des sources du droit du travail, qui sont d'origine fort diverses (législatives, réglementaires, jurisprudentielles et conventionnelles). Le principal risque est de donner priorité absolue au dialogue social sur la loi, auquel cas le débat sur la pertinence du principe protecteur ou de faveur pourrait être relancé.

[94] « Le gouvernement pousse les partenaires sociaux à corriger les 35 heures », *Le Monde* du 07/10/03.
[95] « Une commission lance le 'toilettage' du code du travail », *Le Monde* du 08/10/03.

Comme l'a souligné M. Bob HEPPLE[96], les partisans d'une approche légale minimaliste argumentent d'une part que le déclin du syndicalisme et des négociations collectives est un trait permanent des relations collectives qui ne saurait être renversé par la loi et, d'autre part, que le raffinement des droits sociaux individuels doit être au centre des attentions des juristes. Cela répondrait aux besoins de flexibilité et serait justifié par la nécessité d'affronter la compétition présente sur l'économie de marché mondialisé. Le principal argument des tenants de cette approche est donc qu'en ayant plus de liberté et moins de contraintes, les entreprises auraient plus de postes de travail, ce qui contribuerait à la diminution du chômage structurel. En revanche, la demande maximaliste est pour un code compréhensif de droits sociaux et syndicaux, y compris au niveau constitutionnel.

Néanmoins, depuis les Constitutions de Weimar et du Mexique, époque où les droits sociaux ont été incorporés à la conception de droits humains fondamentaux, le juriste du travail ne peut plus oublier que la protection de la dignité humaine offerte par le principe protecteur est au-dessus de toute règle qui lui est contraire (conception normative des principes). En un mot, le principe protecteur étant supra-légal et atemporel, demeure potentiellement effectif, même s'il n'est pas invoqué par la règle juridique.

---

[96] HEPPLE, Bob. "The Future of Labour Law", *in Industrial Law Journal*, *Oxford Journals,* décembre 1995, p. 304.

L'étude développée dans cette thèse tient à soutenir que la rigidité totale des normes qui régissent les rapports du travail n'est pas convenable. En effet, cette situation pourrait bien mener à la non-application des normes sous prétexte qu'elles sont désuètes ou trop contraignantes. Or, l'effectivité du droit du travail n'est-elle pas une de ses principales armes pour lutter contre l'injustice sociale ? Par conséquent, une certaine dose de flexibilité du droit du travail est souhaitable, pourvu qu'une protection minimale soit reconnue à n'importe quel travailleur.

Cette protection sera d'autant plus effective que les dispositions qui l'assurent seront simples et claires, surtout lorsqu'elles devront s'appliquer à un univers bien plus large de travailleurs, dans un contexte de relations de travail disparates et changeantes. Le développement de la recherche et de l'innovation, des programmes d'insertion professionnelle y compris la formation des travailleurs, aussi bien que l'amélioration du milieu du travail sont par conséquent des domaines auxquels la protection ne peut manquer aux travailleurs. Bien évidemment, cela n'exclut pas l'importance de la protection atteinte via la négociation collective, puissant instrument mis à la portée des parties à la relation de travail et qui a pour but majeur de régler équitablement les différends entre les intéressés, tout en adaptant les normes au contexte socioprofessionnel concerné.

Dans cette quête de solutions quant à l'avenir du principe de protection, il est important de souligner combien le droit est intimement lié … à

l'économie, à la sociologie et à la politique ! Cela se vérifie non seulement dans la sphère nationale, mais aussi mondiale. C'est la raison pour laquelle cette thèse apporte intentionnellement quelques brèves analyses de la situation globale mondiale, notamment en ce qui concerne la France et le Brésil, pays qui ont le plus intéressé l'auteur.[97] En effet, un examen du contexte global s'impose dans la mesure où le droit, en tant que science humaine, se fonde sur le fait social.

Il convient toutefois de bien signaler que l'auteur a délibérément laissé transparaître, dès ce Titre Introductif, les idées peu à peu développées jusqu'à la conclusion du travail. L'objectif était donc que tout le travail constitue la démonstration d'une proposition qui pourrait ainsi se résumer : même si le principe protecteur est remis en cause, il est encore utile et nécessaire, mais étant données les transformations subies, il doit être aménagé dans le contexte économique, social et technologique contemporain, afin d'être effectif et efficace.

Par conséquent, cette thèse, dont les grandes lignes sont peu à peu dégagées d'une partie à l'autre, débouche sur un diagnostic (prudemment) positif et optimiste sur le devenir du principe protecteur du travailleur (et non simplement du salarié). Évidemment, il ne s'agit ici que de proposer quelques pistes de recherche. La complexité de la question est trop importante pour qu'une analyse soit si brève.

[97] Évidemment, cette analyse comparative s'est confrontée à quelques obstacles, notamment en ce qui concerne les données disponibles, parfois trouvées pour un pays et non pour l'autre.

Ainsi, après avoir examiné certains aspects généraux des principes et du principe protecteur en particulier, notamment de son contenu exact (Titre Introductif), il conviendrait d'analyser scientifiquement cette situation et de proposer quelques solutions équilibrées et durables. On étudiera donc l'éventuelle adaptation du principe protecteur aux changements. D'une part, une analyse approfondie de l'effectivité du principe protecteur, suivie d'une réflexion sur ses limites actuelles, est donc indispensable pour concevoir et mettre en œuvre des politiques sociales axées sur le travailleur moderne qui soient efficaces. Le Titre I de cette thèse y concourt en examinant, concrètement et juridiquement, les structures et les déterminants du nouveau contexte où s'insère la protection du salarié dans ce monde en changement.

D'autre part, l'étude développée dans le Titre II permet de déterminer le domaine de cette protection modernisée, accordée non plus au seul salarié, mais à tous les travailleurs, ainsi que de défendre la possibilité d'une négociation collective de la protection, au moyen de la conciliation de quelques intérêts entre travailleurs et chefs d'entreprise. Il s'agit avant tout de caractériser le contexte, en évolution, dans lequel le principe protecteur, s'il veut survivre, doit s'adapter.

TITRE PREMIER - LA REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE PROTECTEUR

Le contexte juridique actuel reflet la contradiction entre la notion traditionnelle du principe protecteur et son application à la réalité de la vie professionnelle. En effet, aujourd'hui le salarié n'est plus le seul à être protégé par le droit du travail. D'autres sujets – tels que l'entreprise – sont venus s'ajouter aux préoccupations du droit du travail, car la réussite de l'entreprise interfère dans la création d'emplois. Cette situation s'est imposée comme résultat de quelques transformations plus larges produites dans la société toute entière, mais qui ont des conséquences indirectes sur les rapports du travail.

Ainsi, même si le rapport de fond dans le contrat de travail demeure inchangé, ayant comme marque principale l'existence de la subordination, une insécurité accrue s'installe dans les relations du travail, ce qui mène à la fois à une réduction de l'effectivité et à une augmentation des limites du principe protecteur du salarié.

Le Titre I est consacré à l'analyse de la situation actuelle du principe protecteur dans les rapports du travail. C'est pourquoi il serait utile d'étudier dans quelle

mesure le principe protecteur est appliqué (Chapitre Premier) et quelles en sont les limites (Chapitre II).

Chapitre Premier - L'effectivité du principe

> L'homme de génie crée les choses, l'homme clairvoyant en déduit les principes, l'homme éclairé en fait l'application. (Diderot).[98]

L'application du principe protecteur du salarié semble aujourd'hui ne pas être absolue. Son effectivité est en effet remise en cause, car le principe est plus ou moins respecté, selon les circonstances factuelles et les possibilités juridiques. Il n'est donc pas sans intérêt d'observer que les évolutions produites au sein des relations socioprofessionnelles ont amoindri la protection dont dispose le salarié.

Il convient par conséquent d'analyser l'effectivité du principe protecteur en droit du travail, la situation *de jure* n'étant pas suffisante à éclairer le sujet: il faut également considérer la réalité. Ainsi, d'emblée un constat s'impose : il existe une effectivité relative du principe protecteur, même s'il est proclamé par la loi et mis en valeur par le juge.

[98] *Apud* LAROUSSE, op. cit., t. 13, 1875, p. 157.

Cela est dû à divers facteurs, mais surtout à une nouvelle conception de l'organisation du travail (Section I), ce qui bouleverse les relations du travail (Section II). Dans ce premier Chapitre, les aspects sociaux seront donc privilégiés, au moyen d'une analyse socio-juridique, indispensable, de l'évolution de l'idéologie dominante, ainsi que des pratiques et conditions de travail.

SECTION 1 : UNE PROTECTION LIMITÉE DANS LA NOUVELLE ORGANISATION DU TRAVAIL

Karl Marx a dit un jour « Donnez-moi le moulin à vent, je vous donnerai le Moyen Âge ». Quelque temps après, cette phrase aurait pu se dire d'une autre invention et d'un autre événement : la machine à vapeur et l`ère industrielle. Et, plus récemment, deux autres éléments encore: l'ordinateur et la mondialisation. En effet, l'éclosion des moyens de communication a fortement influencé le développement de la mondialisation et le rapprochement des frontières entre les pays, ce dont résulte un monde qui se renouvelle (§ 1er). Évidemment, cela entraîne un changement subtil, bien que profond, des exigences à l'égard des entreprises (§ 2).

§1er. La protection des travailleurs dans un monde en changement

Aussitôt la fin de la Deuxième Guerre, l'intervention de l'État s'est faite plus présente, avec des objectifs de défense nationale. Le surgissement des États Unis d'Amérique en tant que puissance mondiale est l'exemple le plus manifeste à cet égard.[99] Dans cette période d'après guerre, un nouveau capitalisme émergeait, à travers une politique de bien-être collectif (*wellfare state).* L'État est devenu interventionniste, soucieux de l'état de pauvreté générale répandue, ainsi que du sort de milliers de personnes blessées pendant la guerre. Maints pays ont adopté des mesures sociales protectrices, y compris l'organisation d'un nouveau système de sécurité sociale.

En tant qu'instrument de pression, l'existence du socialisme dans une partie du monde a d'autre part beaucoup contribué aux concessions des pays occidentaux en faveur des travailleurs. Toutefois, avec la faillite du communisme et la chute du Mur de Berlin, l'héritage de l'État providence – où la protection des travailleurs est évidente – est mis en cause au nom du libéralisme triomphant. Les États

[99] Il convient d'analyser les raisons d'un tel phénomène. Et à ce sujet, il faut admettre, qu'au début, ce surgissement se faisait nécessaire, en tant qu'opposition au bloc communiste commandé par l'ex-URSS. En effet, sous le régime de la guerre froide, l'union des pays occidentaux sous l'égide américaine était la forme de résistance contre la menace de domination soviétique. Cette situation a perduré jusqu'à l'extinction de l'ex-URSS, à la suite de l'adoption des politiques de la *Glasnost* et de la *Perestroika*. Au temps du gouvernement de Mikhail Gorbatchev, la *Glasnost* a permis la liberté de pensée et de presse, tandis que la *Perestroika* était le processus d'ouverture politique externe, ayant des finalités d'augmentation de la consommation et de modernisation de l'économie. Mais la *Perestroika* est allée plus

Unis sont devenus la plus grande puissance mondiale, imposant un nouveau modèle de société. L'« american way of life » s'est généralement répandu comme le « modèle » à suivre, représentant la victoire du capitalisme sur le communisme. Les repères classiques se sont perdus ou presque.[100] Le capitalisme, unique système économique dominant, a pris de l'ampleur, car le socialisme et le communisme ont été pratiquement éliminés.[101]

Pendant les années 70 pourtant, le capitalisme souffre sa première crise structurelle. Les chocs pétroliers, la baisse du taux d'intérêt et la concentration des capitaux dans des monopoles soutiennent les bases pour la réaction des États. Avec

---

loin que ce que l'on croyait au début : en 1991, l'URSS s'est éteinte, peu après la chute du mur de Berlin en 1989 et l'unification des deux Allemagnes.

[100] Peut-être même que la domination américaine dans le monde était déjà allée un peu trop loin… La révolte de certains contre cette hégémonie américaine a été à l'origine des fameux attentats terroristes du 11 septembre 2001 qui ont détruit les tours du *World Trade Center.* Cela a marqué le début de l'isolationnisme cette fois-ci … américain. Toutefois, aucun État contemporain n'est capable d'assurer, seul, sa défense militaire, sa prospérité, ses propres ressources technologiques. Pas même les USA. Ce sont eux qui souvent cherchent, par exemple, des partenaires pour placer leurs bases territoriales militaires à l'étranger. Sont aussi exemples de ce besoin d'aide internationale l'intervention américaine en Afghanistan et en Irak, après les attentats du 11 septembre 2001, et au Venezuela, avant et après le coup d'état du 11 avril 2002 qui a écarté le président, considéré par les autorités américaines comme un anti-démocrate, alors qu'il avait été élu par le peuple (finalement, le président a été rétabli dans le pouvoir par la marée populaire appuyée par des militaires loyaux, « Hugo Chavez sauvé par le peuple », *Le Monde diplomatique*, mai 2002, pp. 1, 20 et 21).

[101] Dans la logique de la production capitaliste, le résultat du travail humain connaîtra la libre circulation et sera évalué en fonction de son utilisation (valeur d'usage) ou de son échange (valeur d'échange). Cette politique est axée sur deux propositions : a) le marché libre suffit à assurer la croissance et il n'est pas loin de suffire à assurer la stabilité sociale et la démocratie politique ; le développement économique est le résultat du transfert de responsabilité de la régulation de l'État au marché ; b) la politique doit combattre l'inflation, plutôt que stimuler la croissance, l'emploi étant considéré comme un dérivé secondaire. À son tour, E. K. HUNT explique que le système capitaliste est composé de quatre éléments principaux : a) production de marchandises orientée vers le marché ; b) propriété privée des moyens de production ; c) vente de la force de travail comme condition de la survie d'une grande partie de la population ; d) comportement individualiste, acquisitif, orienté vers la maximisation (HUNT, E.K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7.éd.. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 25).

comme *leaders* la Grande Bretagne et les USA, les États libéraux comprennent qu'il est temps de laisser le marché s'organiser tout seul. L'État devient minime, donnant lieu à l'apparition d'un nouveau-vieux régime : le néo-libéralisme.[102] En effet, pour dynamiser et réglementer l'économie, le marché doit être libre. La protection des travailleurs subit, dès lors, des conséquences importantes.

[102] Essentiellement né des enseignements de John LOCKE, de la Déclaration de l'Indépendance des États-Unis et de la Déclaration Française des Droits de l'Homme, le libéralisme s'oppose au conservatisme alors existant, lequel a comme standard la primauté de la société vis-à-vis de l'individu, qui doit avoir un comportement adéquat aux principes politiques et religieux sédimentés dans la société. HEGEL et HOBBES ont été de fidèles défenseurs des idées conservatrices, chacun affirmant à sa manière que l'individu doit céder une partie de sa liberté en faveur d'une autorité suprême. Le libéralisme, au contraire, préconise la liberté individuelle. Le pouvoir central doit s'éloigner de tout ce qui n'est pas essentiel pour garantir les droits individuels de l'être humain. L'idéologie libérale prône donc l'existence d'une autorité nationale centrale ayant des pouvoirs bien limités et contrôlés et une large marge de liberté civile. L'État doit exister surtout pour assurer la préservation des droits individuels inhérents à l'être humain, sans que pour autant il s'agisse d'un retour au conservatisme. Dans le système libéral, l'affirmation juridique de l'égalité ne signifie donc pas pour autant que l'État doit intervenir dans la société pour en être le garant. Au contraire, les droits reconnus aux individus sont plutôt dirigés contre l'État ! Là réside la garantie de la démocratie et de l'extinction du pouvoir absolu du roi. Au début, il a surgi comme forme de protestation contre les régimes monarchiques absolus, mais ensuite il a avancé de pair avec le développement du capitalisme. Réintroduit ainsi notamment par les politiques libérales de Mme Thatcher en Angleterre et de Ronald Reagan aux États Unis, le libéralisme règne aujourd'hui dans la plupart des pays. Comme le capitalisme, il fait opposition au communisme, où l'idéal de collectivisme et de protection de l'ouvrier dominaient. Par conséquent, le mouvement pendulaire penche maintenant pour un retour à la tradition de l'individualisme, quitte à entraîner une véritable exploitation de l'homme par l'homme. L'approche juridico-économique d'Osvaldo COGGIOLA résume que le système néo-libéral consiste à introduire des « politiques de privatisation économique et de destruction des conquêtes sociales, implantées en Europe dès la fin des années 70, aux USA dès le gouvernement Ronald Reagan, en Amérique Latine après les dictatures militaires et en ex-URSS et en Europe Orientale post-communisme. » (COGGIOLA, Osvaldo. "Neoliberalismo, futuro do Capitalismo?", *in* KATZ, Cláudio. COGGIOLA. Osvaldo. *Neoliberalismo ou crise do capital?* 2eme éd. São Paulo: 1996, pp. 195-202, *apud* MORATO, João Marcos Castilho. *Livre negociação e contrato de trabalho: limites à flexibilização trabalhista*. Mémoire présenté à l'Université PUC Minas, Belo Horizonte, 2001). Mais c'est ANASTASIA qui a le plus condensé les conséquences du néo-libéralisme : a) imposition de mesures de contrôle de l'inflation ; b) augmentation du déficit public américain, avec la valorisation du dollar et l'ouverture des marchés nationaux aux investissements étrangers ; c) diminution des investissements dans les pays périphériques. (ANASTASIA, Carla. "Os desafios da inserção na economia global". *Estado de Minas Economia*. Belo Horizonte, n. 30, pp. 130-144, octobre 2000, p. 133, *apud* MORATO, João Marcos Castilho, op. cit. , p. 19).

Finalement est arrivé le XXI^e siècle, qui paraissait un futur lointain. Le capitalisme a en effet avancé depuis son origine, ce qui a entraîné, jusqu'à un certain degré, une modification des rapports qu'il soutient. Si jusqu'aux années 80 il a gagné du terrain grâce à l'intervention ou la protection de l'État, aujourd'hui le capitalisme paraît pouvoir se passer de l'aide étatique, voire de remettre en question … la convenance de la protection et de la réglementation issues de l'État ! La science s'est déjà aperçue de cette exacerbation du pouvoir du capital :

> « la machine redistributive paraît fonctionner à rebours : au lieu qu'elle ait pour effet de transférer une partie des profits du capital vers les travailleurs et leurs familles, sous forme de prestations sociales et de services publics, ce sont aujourd'hui les revenus du travail qui sont ponctionnés pour rembourser les intérêts de la dette publique, à savoir payer des revenus de capitaux. Les capitaux, quant à eux, sont devenus 'intouchables' en raison de leur mobilité et de leur volatilité. Circulant librement et à la vitesse des impulsions électroniques sur toute la surface du globe, ils échappent au contrôle de l'État national, qui subit au contraire leur emprise. Entre un capital libéré de ses entraves et une main-d'œuvre que les gains de productivité rendent pléthorique, les rapports de force sont modifiés, provoquant une remise en cause des principales clauses du 'compromis historique' social-démocrate : le partage des fruits de la croissance est revu au nom de la compétitivité des entreprises, le statut du salariat réaménagé au nom de la flexibilité et la sécurité sociale amputée au nom de la réduction des déficits publics. »[103]

[103] FRYDMAN et HAARSCHER, op. cit., p. 75.

Comme l'a accentué Robert COOPER, conseiller du premier-ministre britannique[104], il existe différentes catégories d'État dans le monde actuel :

1) d'abord les ex-colonies, où la guerre ou le chaos prédominent encore aujourd'hui et où l'autorité étatique a presque disparu (exemple de la Somalie ou de l'Afghanistan) et tous les grands producteurs de drogues illicites, tels que certains pays de l'Amérique du Sud, font encore partie du monde de la pré-modernité ;

2) ensuite, les États modernes, qui agissent comme toujours, selon les principes de Machiavel et les « raisons d'état » , où chaque État est pour soi, vivant encore dans un monde du XIX siècle (tels que l'Inde, le Pakistan et la Chine) ; [105]

3) enfin, les États post-impérialistes ou post-modernes (pays de l'Union européenne, le Canada, le Japon), qui ne s'intéressent plus à la conquête dans le sens traditionnel de conquête géographique. Ils ne pensent donc pas à s'envahir les uns les autres, d'où l'inexistence de menace à la sécurité géographique. Ces derniers pays reconnaissent la nécessité ou la convenance d'une intervention mutuelle dans leurs affaires domestiques, ayant comme principes la sincérité et la supervision mutuelle et agissant dans les limites de la loi et de la sécurité coopérative ouverte. Le danger pour ces pays est qu'ils ont négligé leurs défenses physiques et psychologiques, étant donnée la longue période de paix par laquelle ils passent.[106]

---

[104] Article publié dans le *Jornal do Brasil*, 5 mai 2002, p. 21.

[105] Pourtant, le professeur Dani RODRIK, de l'Université de Harvard considère que ces pays-là ont relativement bien réussi le jeu actuel, justement parce qu'ils ont violé chaque règle du néo-libéralisme, même lorsqu'ils ont suivi une direction orientée vers le marché. (Revue ISTO É, 16 octobre 2002, p. 92).

[106] COOPER estime alors qu'il faudrait pour le monde l'institutionnalisation d'un nouveau mode d'impérialisme, acceptable du point de vue des droits humains et des valeurs cosmopolites : un impérialisme libéral ou volontaire, découlant de l'intégration à l'économie mondiale. Il convient pourtant de signaler que ce genre d'intervention est d'ailleurs déjà normalement opéré par des associations financières internationales, telles que le Fond Monétaire International (FMI) ou la Banque Mondiale. Elles fournissent de l'aide aux États nécessitant un redressement vers l'économie mondiale et en revanche interviennent dans l'organisation interne des affaires étatiques, en établissant des buts à atteindre et des lignes directives de politique intérieure liées surtout à la réorganisation du capital et à la stabilisation financière, au moyen d'une discipline/réforme fiscale et de taux d'intérêts positifs, change compétitif, libéralisation du marché des capitaux et du marché du travail, ouverture aux investissements étrangers, privatisation des entreprises d'État, déréglementation du système juridique et protection de la propriété privée (*Consensus de Washington* signé en 1989). Le Brésil se trouve bien entendu dans cette situation. Il doit à des organisations publiques et privées (FMI, Banque Mondiale, Club de Paris, BIRD, etc.) une somme d'environ 280 milliards de dollars (« Le Brésil dans la 'troisième voie' », *Le Monde* du 27 octobre 2002), dont plus d'un tiers est indexé, directement ou indirectement à travers les taux d'intérêt, sur le dollar. C'est pourquoi les dirigeants de ces organisations fixent souvent des limites pour la performance des autorités étatiques et tout un programme de résultats qui doivent être accomplis dans un certain délai,

Cela signifierait-il une perte de souveraineté ? Étant donnée la délocalisation progressive des décisions **de l'univers national vers l'univers mondial**, il semble que la réponse soit positive. D'où la mode de la mondialisation.[107] Ce

sous peine de représailles (v.g., annulation de son crédit dans le système financier mondial ou blocage de prêts, etc.). En août 2002, la dette a été évaluée à 58% du PNB. Le mérite de cet ensemble de mesures imposées par ces organisations internationales serait-il absolu ? La réponse semble être plutôt négative, surtout quand on parle des flux de capitaux spéculatifs, de la fragilité économique des pays dits « périphériques », exportateurs de main-d'œuvre à bas prix, ou alors de la possibilité fortement limitée d'investissement dans des programmes sociaux. C'est pourquoi certains prêchent que la solution passe par des réformes mariant la solidarité avec la croissance, la protection des faibles avec l'ouverture des frontières, l'abandon de l'ultra-libéralisme sans rechute dans le populisme, « bref, devenir 'européen' », a suggéré l'article *du Monde*, sus-mentionné. Aussi coïncidentes que soient les réformes, la susceptibilité majeure des pays émergents à l'imposition de ces règles apparemment ayant des objectifs seulement économiques, comme l'a soutenu MORATO, « réside exactement dans leur dépendance du capital étranger, lequel est transporté vers l'économie interne par des investissements d'entreprises étrangères » (MORATO, João Marcos Castilho, op. cit. ,p. 26). Aussi, les résultats de la balance commerciale ne sont-ils pas étrangers à cette susceptibilité. COOPER n'a classé ni le Brésil, ni le Mexique dans son discours. Mais le professeur Albert FISHLOW, de l'Université de Columbia, USA, en a été surpris : « Il (COOPER) a oublié, par exemple, le cas du Mexique ? Et aussi du Brésil et son importance économique et diplomatique ? » FISHLOW faisait aussi certainement allusion à la classification de ces deux pays parmi les plus grandes économies du monde et à leur participation dans les blocs latino-américains (*Jornal do Brasil*, 5 mai 2002, p. 21).

[107] D'après le sociologue allemand Ulrich BECK, la mondialisation a une triple facette : a) le *mondialisme*, caractérisé par la dimension économique ; b) la *mondialité*, fondée sur l'existence d'une société mondiale, pour laquelle il n'existe pas d'espaces fermés ; elle n'est donc pas une conséquence de la modernité, mais existe toujours ; c) la *mondialisation*, qui n'est plus que la *mondialité* modernisée, influencée par le capitalisme mondial désorganisé ; elle suppose l'existence d'un marché économique anarchique, lequel définit les relations dans la société (BECK, Ulrich. *Was is Globalisierung ? Irrtümer des globalismus – antworten auf globalisierung*, trad. Bernardo Moreno et Maria Rosa Borras. *Que es la globalización: falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Barcelona: paidós, 1997, 224 p.). Il est pourtant bien vrai que le dernier mot semble aujourd'hui cumuler les sens de ces trois facettes du phénomène, s'agissant d'un retour idéologique aux racines du libéralisme, à travers la formule renouvelée du néo-libéralisme. Plus généralement, pourtant, la définition de la mondialisation est liée à la suppression progressive, voire à l'élimination des barrières douanières entre les pays, ce qui entraîne un extraordinaire volume d'échanges à l'échelle planétaire et, par conséquent, une dérégulation du marché de capitaux. Il s'ensuit que la mondialisation existe dès l'Empire romain, quand le monde connu a été conquis. Elle s'est maintenue grâce aux « Grandes Découvertes » entreprises par les habitants de la Péninsule Ibérique. Toutefois, aujourd'hui, la mondialisation s'est accélérée. Comme résultat des nouvelles technologies de transport, de communication et d'information, les échanges à tous les niveaux sont plus rapides. Le globe est plus petit, car plus accessible aux individus. Le commerce extérieur et les marchés financiers se sont étendus à l'ensemble de la planète.

phénomène est exacerbé dans les pays capitalistes dit périphériques.[108] On assiste à un amoindrissement du pouvoir de décision de l'État dans les limites de son espace géographique. L'État n'est plus le centre de souveraineté et le souci de protection n'est plus au centre des décisions politiques. Les bases étatiques traditionnelles se révèlent en effet aujourd'hui mouvantes. Le territoire n'est plus une variable unidirectionnelle. Le local, pour être plus précis, se trouve segmenté, et néanmoins lié au global. En effet, les frontières géographiques entre les États deviennent de plus en plus souples, poreuses, en vertu de phénomènes d'ordre démographique, sociologique, technologique ou liés à la mutation du travail. [109]

De surcroît, il existe de nos jours une délocalisation des décisions **d'un champ politique vers un champ économique**, soutenue par le déplacement de la capacité de décision et d'exécution de l'État vers des sphères économico-financières (notamment vers d'importants groupements d'employeurs).[110] Or, la règle dominante dans un système où les décisions sont plutôt politiques est la *règle de la démocratie*,

---

[108] Le scientifique social américain Immanuel WALLERSTEIN, professeur à l'Université d'Yale, tente de démontrer que le capitalisme constitue depuis toujours, un système polarisé entre les pays du centre (métropoles) et ceux périphériques (colonies), formant un engrenage inéquitable qui ne fait qu'augmenter les différences, au lieu de les estomper. D'où la nécessité de changement du système global (Revue *CartaCapital*, mars 2002, p. 74).

[109] Il convient toutefois de signaler, avec LYOTARD, que l'Etat n'est pas le seul à perdre du prestige. Considérant la phase actuelle du capitalisme, d'une part, et le changement des technologies, d'autre part, d'autres anciens centres de concentration d'intérêts, tels que les partis politiques, les syndicats, les institutions, les traditions historiques ont perdu leur attrait (LYOTARD, Jean-François (1986), *apud* FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, op. cit., p. 75). Certains osent même dire qu'il s'agit d'un désenchantement des possibilités de valorisation de l'histoire ou alors d'un rétrécissement des valeurs au seul « nouveau » et aux avant-gardes. Une certaine conception Nietzschéenne ?

[110] Cela paraît d'autant plus vrai que ce sont ces sphères qui financent les campagnes électorales… des représentants « du peuple » dans le pouvoir…

tandis que, quand les décisions sont guidées par un intérêt économique, c'est la *règle du profit* qui domine.[111] Ainsi, ceux qui dominent les rapports économiques vont certainement faire des choix économiques, ce qui dès lors contribuera, d'une part, à augmenter la force du système, d'autre part, à diminuer la protection des travailleurs. Il s'agit des rapports entre l'économie et le droit, disent d'aucuns. Mais, en vérité, c'est l'économie qui pousse le droit.[112] En ce sens, un auteur a déjà dit que l'économie est la racine la plus profonde du droit du travail.[113]

Une autre définition de la mondialisation exprime bien par ailleurs cette idée. M. Percy Barnevik, président du groupe ABB, s'est reporté à la mondialisation comme *« la liberté pour chaque société de mon groupe d'investir où et quand elle veut, de produire ce qu'elle veut, d'acheter et de vendre ce qu'elle veut, tout en supportant le moins de contraintes possibles découlant de la législation sociale*. »[114]

---

[111] Comme l'a fait observer SANTOS, « L'État national semble avoir perdu en partie la capacité politique et en partie la volonté politique de continuer à réguler les sphères de la production (privatisations, déréglementation des économies) et de la reproduction sociale (rétraction des politiques sociales, crise de l'État providence) ; la transnationalisation de l'économie et le capital politique qu'elle transporte transforment l'État en une unité d'analyse relativement obsolète, non seulement dans les pays périphériques et semi-périphériques, tel qu'il est arrivé, mais aussi de plus en plus dans les pays centraux ; cette faiblesse externe de l'État est pourtant compensée par l'augmentation de son autoritarisme, ce qui résulte en partie de la congestion institutionnelle de la bureaucratie de l'État et en partie paradoxalement des politiques de l'État dans la mesure où il rend à la société civile des compétences et fonctions qu'il a assumées … et que maintenant il semble être structurellement et irrémédiablement incapable d'exercer et de développer. » (SANTOS, Boaventura dos, *apud* FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, op. cit., p. 70).

[112] À cet égard, FRYDMAN et HAARSCHER (op. cit., p. 77) : L'analyse économique du droit « scrute les causes économiques déterminant le fonctionnement et l'évolution des règles de droit dans la perspective d'une réduction en dernière instance du droit à l'économie. »

[113] Pinto, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*.

[114] Cité par Gerard Greenfield, « The Success of Being Dangerous : Resisting Free Trade & Investment Regimes », *International Viewpoint*, n° 326, Athènes, décembre 2000 (*apud* « La mondialisation

Cette délocalisation des décisions vers l'économie s'applique, selon d'aucuns, au chômage, qui, au fond, serait nécessaire et voulu…[115] En ce sens, le chômage est devenu un simple instrument pour la stabilité des prix, d'autant plus que, dans la société moderne, c'est l'inflation, plutôt que le chômage, qui gêne davantage la classe dominante…

Ce raisonnement paraît confirmer ce qu'a souligné le Directeur général de l'OIT dans le rapport *Un travail décent :* « l'activité économique est désormais davantage influencée par les forces du marché que par la médiation des acteurs sociaux, la législation ou l'intervention (protectrice) de l'État. »[116] Ainsi, la formule d'analyse économique des rapports est-elle simple : « la solution la plus

---

capitaliste contre l'emploi », Supplément *L'OIT, une organisation au service des travailleurs*, *Le Monde diplomatique*, septembre 2001).

[115] En effet, pour l'économiste libéral américain GALBRAITH, « l'économie et la société modernes ont un grand nombre de personnes qui vivent à base de revenus fixes ou plus ou moins stables ou alors une petite minorité qui dispose d'investissements bancaires ou d'autres sources de revenus fixes. Pour eux, l'inflation, même une petite majoration des prix constituent une expropriation indésirable. D'où la peur d'une inflation, dans la mesure où elle affecte une communauté grande et capable de revendiquer. Et d'où l'acceptation du chômage, qui est vu comme une *force stabilisatrice* nécessaire contre augmentations salariales qui peuvent, par ricochet, provoquer la hausse des prix. On est presque arrivé à dire, et on le dit souvent maintenant, qu'une grande réduction du chômage est économiquement adverse et même dangereuse. On peut se demander si celle-ci n'est pas une solution cruelle ou une situation difficile : l'existence de travailleurs oisifs victimes du chômage en tant que facteur de stabilisation de l'économie. Cela arrive, mais pour une raison beaucoup plus évidente : l'inflation est redoutée par un public large, influent et capable de se faire entendre. Le chômage affecte une communauté anonyme et, dans une certaine mesure, incapable de revendiquer. C'est un problème des autres. » Finalement, M. GALBRAITH a parlé de la nécessité de réduction des coûts du travail dans les entreprises : « Ces coûts peuvent être minimisés si on évite d'embaucher des salariés, en faisant appel au travail supplémentaire, à des travailleurs intérimaires, et à une technologie qui permette une meilleure rationalisation. Dans l'usine moderne, l'ordinateur et la machinerie qu'il contrôle font des travailleurs dans l'industrie ce que le tracteur un jour a fait du cheval. » (GALBRAITH, John Kenneth, *apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho. "Perspectivas do direito processual do trabalho no final do século XX", *Site* http://www.solar.com.br/~amatra/jluc2.html , pp. 1/2).

efficace des problèmes sociaux est celle qui favorise la maximisation des richesses par le moyen de l'allocation optimale des ressources »[117]. Cet exemple démontre bien que les nécessités du marché souvent l'emportent sur l'analyse des règles du droit existant et qu'elles se constituent valeur et référence pour créer un nouveau droit. C'est donc l'ordre économique et gestionnaire qui prend peu à peu le dessus, impose sa loi et ses critères, définit des arbitrages que gère l'ordre juridique. Cet état de choses contribue à la remise en cause du principe protecteur.[118]

L'internationalisation de la vie économique semble s'affirmer. Le processus est circulaire et autosuffisant: la mondialisation économique débouche sur une plus grande circulation des richesses (biens, marchandises, capitaux, etc.), ce qui mène à la transformation de la matière (progrès technologique). Un rapport étroit peut donc être établi entre la mondialisation et le capitalisme.

---

[116] BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général. Genève, juin 1999. *Site* http://www.ilo.org/public/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm

[117] FRYDMAN et HAARSCHER, op. cit., p. 78.

[118] Qu'il suffise d'évoquer ici les licenciements récents annoncés chez Ford, comme résultat de 12000 suppressions de postes. Cela paraît indiquer une grave crise dans le secteur automobile américain, après le triste sort du textile et de la sidérurgie. « Un peu plus de 2,7 millions d'emplois ont été perdus par l'industrie américaine au cours des trois dernières années et Ford et Chrysler ont l'intention d'en annoncer quelques milliers supplémentaires. (…) *'Il n'est pas impensable que dans les années qui viennent, Ford ou General Motors -GM- soit placés sous chapitre 11 -la loi américaine sur les faillites- ou que Daimler se sépare de Chrysler'*, indiquait récemment une analyse d'UBS Warburg. (…) La gravité de la situation se mesure à la teneur des accords signés par les *Big three* (les trois principaux constructeurs américains) avec le syndicat de l'automobile *United Auto Workers (UAW)* en septembre. UAW a accepté, ce qui était impensable il y a encore deux ans, la suppression de 50 000 emplois en quatre ans, pour l'essentiel à la suite de départs naturels, de retraites anticipées et autres reclassements.» (« Les licenciements chez Ford, symbole du déclin industriel américain », *Le Monde* du 03/10/03).

La logique libérale contamine également les gouvernements. Ils sont devenus les véritables « alliés » de ceux qui prêchent la subordination des États nationaux aux exigences de la liberté économique, accompagnée de la suppression progressive de la réglementation des marchés, à commencer par celui du travail, et de la réduction des dépenses publiques et sociales. Le monde est dominé par le système de *l'interdépendance financière*.[119] Du côté des entreprises privées, la situation est encore plus grave. L'inversion du rapport entre hommes d'affaires et dirigeants des pays fait que les premiers soient devenus « acheteurs » et les seconds « vendeurs » . Les chefs d'État, surtout des pays émergents, ne cessent donc de vanter leurs territoires et leurs conditions exceptionnelles d'accueil pour attirer les investissements des entrepreneurs.

Ainsi, les gouvernements sacralisent le pouvoir des marchés au nom de l'efficacité économique, exigeant la levée des barrières administratives ou politiques capables de gêner les détenteurs de capitaux. Cette prise de position contient un discours différent des autres. Il est plus fort, dans la mesure où il a pour lui, la plupart des forces d'un monde qu'il a planifié et construit.

Les politiques d'échange ne manquent donc pas, qui ont pour but la création de postes de travail : « vous implantez votre usine ici en échange de

[119] À cet égard, « les marchés financiers semblent être pris de folie », a observé Klaus SCHWAB, organisateur du Forum économique mondial de Davos : « ils humilient les gouvernements, réduisent le pouvoir des syndicats et d'autres acteurs de la société civile et créent un sentiment d'extrême vulnérabilité

dégrèvements fiscaux et des réductions du coût du travail ». De surcroît, la difficulté du contrôle de leurs effets nationaux, étant donnée la dévalorisation compétitive des politiques sociales – souvent présente – entraîne l'accroissement de la concurrence internationale, sous le signe du BIRD et de l'OMC[120]. Le « dumping social » devient règle. Les richesses des Nations sont beaucoup moins importantes que le montant qui circule dans les marchés mondiaux. L'État-providence, l'État-employeur, l'État-législateur, l'État-protecteur se réduit à un État qui subit des exigences imposées par les grandes organisations privées. On assiste à un déplacement progressif de certaines décisions vers des instances autres que nationales.

Le marché ne cesse, par conséquent, de voir son pouvoir s'étendre, tandis que la compétence des États diminue.[121] Voilà un des effets pervers de la

---

chez le simple particulier confronté à des forces et à des processus de décision qui lui échappent totalement » (*apud* BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit.).

[120] Pour prouver cela, il suffit de comparer les prix de la main-d'œuvre entre le Brésil et la Chine…

[121] COOPER considère d'ailleurs que les pays membres du monde post-moderne en ont aussi perdu une partie pour différentes raisons (*Jornal do Brasil*, 5 mai 2002, p. 21). Un exemple de cette perte de pouvoir étatique en face des grands groupes économiques est l'existence de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) élaboré au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et qui se destine à protéger les entreprises étrangères et leurs investissements. Ayant pour objectif majeur l'extension du programme de déréglementation systématique entamé par l'OMC, l'AMI impose aux États des obligations draconiennes et accorde aux investisseurs étrangers un droit absolu d'investir. Cela signifie que les États, une fois entrés dans l'AMI, doivent garantir aux investisseurs, d'une part la pleine jouissance de ces investissements, d'autre part, la protection contre toutes les perturbations ou troubles qui pourraient diminuer leur rentabilité, telles que mouvements de protestation, grèves, etc. L'AMI va jusqu'au point de prévoir l'indemnisation des investisseurs et des entreprises en cas d'interventions gouvernementales susceptibles de restreindre leur capacité à tirer profit de leur investissement. Et, quand celles-ci ont un effet équivalent à une expropriation, même indirecte, les investisseurs peuvent les contester. C'est dire que toutes les mesures protectrices du marché interne des États sont susceptibles d'être contestées, quel que soit le champ dans lequel elles se situent (environnement, protection du consommateur ou droit du travail). À titre d'exemple, une entreprise américaine a intenté une action contre le gouvernement canadien pour postuler une indemnisation du fait de l'interdiction gouvernementale de l'usage d'un produit chimique dans un additif à l'essence. Le

mondialisation : le renversement de souveraineté à l'insu des citoyens, au profit de la *Lex Mercatoria*, déliée des droits nationaux. La dialectique du mondial par opposition au national n'est donc pas anodine, y compris en droit du travail, qui devient, par conséquent, de moins en moins national et protecteur des travailleurs et de plus en plus condescendant à l'entreprise, en vue de promouvoir la concurrence internationale et de garantir la survie de celle-ci.[122]

Un doute doit d'ores et déjà être écarté : il ne s'agit pas ici de nier les valeurs sur lesquelles s'appuie la logique économique, telles que la recherche de l'intérêt individuel, l'initiative, la compétitivité, l'efficacité, le dynamisme ; mais de montrer la nécessité d'une combinaison équilibrée entre de telles valeurs et d'autres tout aussi importantes pour l'équilibre social : le respect des droits de l'homme, la solidarité, l'équité, le respect de la dignité humaine, la protection des travailleurs. Les conséquences d'une politique de laissez-faire et de peu de volonté politique pour changer le flux général peuvent être désastreuses.[123] La grande utopie néo-libérale peut

---

gouvernement canadien suspectait que ce produit pourrait endommager les dispositifs antipollution des automobiles. Cependant, la société estimait que cette interdiction équivalait à une expropriation des avoirs de la compagnie.

[122] Paradoxalement, même si cela ne concerne pas strictement le droit social, il semble que les entreprises soient davantage soumises aux risques…, car, elles aussi, sont assujetties aux lois du marché ! Pour ne donner qu'un exemple, l'Italie comptait, il y a dix ans, sur plusieurs grandes usines automobiles pour assurer du travail à ses travailleurs (Fiat, Alfa Romeo, Ferrari, etc). Aujourd'hui, seulement Fiat reste performante et de plus on a annoncé, en octobre 2002, la suppression de 8 500 postes de travail en Italie (*Jornal do Brasil* du 19 octobre 2002, p. A8).

[123] La logique économique, développée aux États-Unis dans les années soixante, par l'école de l'analyse économique du droit (*Law & Economics*) et également désignée par le terme *économisme*, est en effet « exacerbée par la mondialisation de l'économie. Elle ne considère les personnes que comme des producteurs et des consommateurs et fait de la croissance économique une fin en soi, sans s'interroger sur son contenu et sa signification. C'est dans cette optique que la législation du travail, le salaire minimum et

en effet avoir des répercussions allant au-delà de la misère d'une fraction de plus en plus grande des sociétés, même pour les plus développées. L'État de droit est lui-même menacé, dans la mesure où les pouvoirs des institutions ne sont pas entièrement contrôlés par le droit.[124]

En outre, si d'un côté les transformations économiques entraînent une certaine uniformisation des biens de consommation, résultat de la mondialisation du processus de production et des lois du marché, de l'autre elles débouchent, paradoxalement, sur un creusement des différences sociales et économiques à l'intérieur même du capitalisme, ce qui contribue à séparer nettement les peuples, les régions, les continents, les ethnies, les hémisphères[125], comme l'a d'ailleurs signalé FREITAS

---

la protection sociale font l'objet de vives critiques selon lesquelles il s'agirait d'obstacles au dynamisme des entreprises et au progrès économique. Ces critiques, auxquelles la mondialisation sert de plus en plus de justification idéologique, sont extrêmement dangereuses, car elles s'appuient sur une vision de la société réduite à sa seule dimension économique. » (A.EUZÉBY, *L'OIT a quatre-vingts ans : quatrième âge ou nouvelle jeunesse ?* in Droit Social, janvier 2000).

[124] L'État de droit (*Rule of law, Rechtsstaat*, État Administratif) est caractérisé, depuis le XIX siècle, par les juristes, comme une forme d'État constitutionnel, limitatif du droit du souverain, rompant avec l'arbitraire spécifique de l'État de police ou la monarchie absolue (*princeps legibus solutus est*). La division des pouvoirs, la garantie des droits des citoyens et la limitation par le droit des pouvoirs des institutions, en sont les traits majeurs. Les citoyens, titulaires de droits subjectifs, et centre des relations juridiques, sont égaux devant la loi, quels et où qu'ils soient. C'est le principe de l'égalité qui s'impose. Dans l'État de droit, le pouvoir se soumet au droit. Cependant l'État social semble justifier une réglementation différentielle pour tous ceux qui sont, objectivement, différents. Il s'agit d'une application raisonnable du principe de l'égalité.

[125] L'observation est de HIRSCH, Joaquim (*Fordism and post-fordism : the present social crisis and its consequences.* London: Macmillan, 1991, *apud* FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação: perspectivas para o direito numa sociedade em mudança*. São Paulo: LTr, 1997, p. 68). Par ailleurs, les inégalités ont augmenté d'une manière quasi invraisemblable. Le « colossal empire américain » possède aujourd'hui cinq des dix entreprises les plus grandes au monde, et un PNB de 7 921,3 milliards de dollars, l'équivalent du PNB de la France, de l'Allemagne et du Japon réunis. De plus, sont aussi américains la moitié des usagers de l'Internet et l'homme le plus riche du monde, Bill Gates, dont le patrimoine est estimé en 53 milliards de dollars (Cf. Revue *Veja*, 24 juillet 2002, pp. 74-75). Le patrimoine de trois américains est équivalent à celui de 43

JÚNIOR[126], dans un extrait lucide à la fin de son livre : « pour chaque conquête de consommation et d'accès technologique, la mondialisation a apporté, comme sous-produit, des douzaines de problèmes, carences et asymétries. À chaque appareil électrique qui se fait moins cher à travers la segmentation du processus de production, de nouvelles familles se trouvent dépourvues d'un toit, agrandissant la légion d'exclus d'un horizon de vie humainement digne. » [127]

---

pays ayant une population de 600 millions de personnes (Cf. revue citée, pp. 74-75. Les Américains concernés sont Bill Gates (53 milliards de dollars), Paul Allen (25 milliards) et Steve Ballmer (15 milliards), tous liés à Microsoft. La comparaison des chiffres clés actuels de certains pays est révélatrice de cette frappante inégalité, qui peut être analysée à la fois à l'intérieur des États et dans les relations entre les pays les plus riches et les plus pauvres (les pays en voie de développement détiennent 20% de la richesse mondiale, alors qu'ils abritent 80% de la population de la planète – revue citée, p. 75). La mauvaise distribution des richesses creuse le fossé existant dans la société. Au Brésil, les 10% les plus riches sont 29 fois plus riches que les 40% les plus pauvres. En Europe, la différence n'est que de 4 fois (« Quién teme a Lula ? » (Journal *El País,* le 9 juin 2002). Un américain travaille en moyenne un mois pour s'acheter un ordinateur, alors qu'un bangladais met huit ans pour s'en acheter un (revue citée, p. 75). Et cela est un phénomène mondial. Les crises de la dette en Afrique, en Russie et en Amérique latine en sont bien des exemples, et ils sont également accompagnés par la crise des pays européens en transition, sans parler de la situation particulière où se trouvent actuellement le Japon et les pays de l'Union européenne. Une étude de l'Insee relève, p. ex., de grandes disparités en France : « Les 30% de Français les moins aisés disposent, en moyenne, d'un niveau de vie huit fois inférieur à celui des plus aisés. Les premiers touchent, après impôts, moins de 920 euros par mois, alors que les seconds disposent de plus de 4 070 euros » (« L'Insee indique qu'un Français sur deux a un revenu inférieur à 1160 euros par mois », *Le Monde,* article publié le 9 août 2003). Un numéro spécial de la Revue Internationale du Travail révèle par ailleurs que les nouvelles techniques de l'information et de la communication pourraient à leur tour accentuer la «fracture numérique» entre pays industrialisés et pays en développement et renforcer l'inégalité socio-économique qui les sépare (vol. 142, numéro 2001/2).

[126] FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, op. cit., p.85.

[127] On remarquera, avec AMARTYA SEN, que l'on vit dans un monde d'opulence sans précédents. Le régime démocratique et participatif est partout le modèle prééminent de politique. On n'a jamais autant parlé des droits humains et de liberté politique. Le commerce et les communications ont atteint un niveau jamais vu. Pourtant, on vit également dans un monde de privations et d'oppression extraordinaires. De nouveaux problèmes côtoient d'anciens problèmes. La pauvreté, la misère, les nécessités primaires non satisfaites, la violation des libertés politiques, les atteintes à l'environnement, l'effrayante vie économique et sociale en sont des exemples. « Plusieurs de ces privations peuvent être rencontrées, sous une forme ou l'autre, tant dans des pays pauvres, que dans des pays riches » (*apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho. "A prevalência do convencionado sobre o legislado", op. cit., p. 23). Mais jamais on ne pourrait comparer le cadre existant dans des pays riches avec celui qui persiste dans des pays pauvres, car chez ces derniers les inégalités sont encore plus prononcées.

Il semble, par conséquent, exact d'affirmer que le monde est plutôt dominé aujourd'hui par les marchés et les grands groupes d'entreprises, étrangers à toutes sortes de responsabilité publique ou sociale et dont le pouvoir s'impose aussi aux autorités étatiques. Il semble également incontestable d'assurer que les États se voient souvent dans la contingence de céder une autre partie de leur souveraineté en vue de former des entités régionales trans ou supranationales, capables de mieux défendre leurs intérêts communs (tels que l'Union Européenne, le Mercosur, l'Aléna, etc.) ou alors en vue de maintenir … leur apparence de centre de décisions ! Il apparaît pourtant clair qu'aussi timide que soient la constitution ou le renforcement de ces entités régionales, ils pourraient apporter des solutions pour améliorer la situation, plus particulièrement celle des travailleurs, dans un souci global.

Certes, au début, l'Union européenne avait comme objectif principal le retrait des barrières douanières qui entravaient la libre circulation des marchandises en vue d'améliorer le progrès économique. Les « exigences de bon fonctionnement des marchés » écrivent FRYDMAN et HAARSCHER « l'emportent généralement sur d'autres considérations d'intérêt général pouvant motiver l'intervention de la puissance publique, telles des préoccupations sociales ou de santé publique. »[128] En effet, la CJCE

est de plus en plus souvent amenée à se prononcer sur les **contradictions au moins apparentes entre les droits garantis aux salariés par les législations nationales et les libertés économiques fondamentales,** indispensables pour faire face à la concurrence internationale et au développement du marché intérieur.

Dans ce contexte, le résultat ne peut être autre que l'ajournement successif du processus d'uniformisation et d'harmonisation du droit du travail, d'autant plus que « les divergences entre les législations sociales sont des données concurrentielles parfaitement admises par la construction européenne, tout comme celles qui résultent des législations fiscales nationales. La Cour de Justice a d'ailleurs admis dans l'arrêt Centros, en réservant l'exception générale de fraude à la loi, que **les entreprises pouvaient jouer sur les différences de législation dans le cadre des libertés économiques pour déterminer, au cas par cas, celle qui lui était la plus**

[128] FRYDMAN et HAARSCHER, op. cit., p. 76. Le tableau reproduit ci-après tente de comparer les caractéristiques des différentes formes de mondialisation et de l'intégration régionale (Source : FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, op. cit., p.73.

INTÉGRATION RÉGIONALE	MONDIALISATION GÉNÉRALE	MONDIALISATION ÉCONOMIQUE	MONDIALISATION JURIDICO-POLITIQUE
Stratégie politique induite par des agents économiques et perfectionnée par intermédiaire de l'État, par voie d'engagements internationaux et supranationaux, génératrice d'unifications douanières, marchés communs ou unions économiques	Phénomène social, consistant à diminuer les distances géographiques et à homogénéiser les expectatives de consommation, d'imagination et de pratiques politiques résultantes de la mondialisation économique	Internationalisation des marchés de biens, services et crédits, induite par la réduction d'impôts d'exportation, d'obstacles douaniers et par la standardisation des opérations mercantiles, ce qui entraîne la fragmentation et la dispersion internationale des étapes du processus productif	Délocalisation de la capacité de formulation, définition et exécution de politiques publiques, auparavant affectées à l'État-Nation et désormais responsabilité d'entités transnationales ou supranationales, ayant comme cause la mondialisation économique et ses effets sur la souveraineté

favorable ».[129] Évidemment, étant donnée la concurrence, ce choix ne tiendra pas compte des différences de législation plus favorable aux travailleurs…

Cet état de choses, néanmoins, rencontre des détracteurs dans la société civile. C'est pourquoi « l'opinion publique européenne a, semble-t-il, brusquement pris conscience de ce fait accompli et s'interroge sur l'opportunité et le moyen de redonner au projet européen une dimension plus politique et plus citoyenne ».[130] La Campagne contre l'Europe du capital n'est qu'un seul exemple des actions menées par quelques-uns des mouvements anti-mondialisation les plus radicaux. Elle est née, en fait, de la volonté d'avoir une Europe « plus sociale » et est à l'origine de plusieurs manifestations des groupes anti-mondialisation.[131]

---

[129] MOREAU, Marie-Ange. « Mobilité des entreprises dans l'Union européenne et protection conventionnelle des salariés ». Chronique, RJS mars 2002, pp. 207 et suivantes (c'est nous qui soulignons).

[130] FRUDMAN et HAARSCHER, op. cit., p. 76. En ce sens, également, « les mécanismes d'exclusion, de précarité, de marginalisation observés dans les pays riches découlent, eux aussi, de cette logique de mise en concurrence. Ainsi, on peut considérer que la construction européenne a basculé, au milieu des années 1980, d'une logique d'harmonisation à une logique de mise en concurrence des systèmes sociaux. L'austérité salariale, baptisée « modération », a très vite été complétée par une offensive visant à alléger une protection sociale présentée comme une charge indue dans la concurrence internationale. Toutes les politiques communautaires vont dans le sens d'un alignement vers le bas des services publics et de la protection sociale, d'un freinage des dépenses sociales et d'une baisse de la part des salaires dans la valeur ajoutée. Résultat : un énorme gâchis du point de vue de l'emploi et de la condition salariale. La reprise de la croissance et de l'emploi - du moins jusqu'à ces derniers mois -, autorisée par un certain relâchement (en partie subi) de la rigueur néo-libérale permet de mesurer rétrospectivement le temps perdu. » (« La mondialisation capitaliste contre l'emploi », Supplément *L'OIT, une organisation au service des travailleurs*, *Le Monde diplomatique*, septembre 2001).

[131] « Los sindicatos piden hoy en Barcelona una Europa 'más social' », *Journal El País*. Cette tendance croît également aux États-Unis. Par exemple, le Prix Nobel d'Économie en 2001, Joseph STIGLITZ et le Professeur d'économie politique à l'Université de Harvard, Dani RODRIK proclament qu'un nouvel ordre économique s'impose, abandonnant le néo-libéralisme et le Consensus de Washington, en vue d'obtenir l'élévation du niveau de vie, y compris de la santé et de l'éducation, et d'un développement qui soit à la fois démocratique, équilibré quant aux bénéfices pour les personnes et préservateur des richesses naturelles. STIGLITZ est emphatique : « Si la mondialisation continue à être conduite de la manière telle

En effet, le développement social, aussi lent soit-il, doit être constant en vue d'une législation sociale plus équitable. En ce sens, un pas important a été franchi au sein du droit communautaire, par l'incorporation de l'accord sur la politique sociale au Traité de Maastricht, par le Traité d'Amsterdam. Ainsi, de nouveaux sujets juridiques se sont imposés en marge de l'approche normative traditionnelle. Une multiplicité de pouvoirs superposés semble s'affirmer. Qui plus est, la libéralisation de l'économie conditionne largement l'efficacité des actions normatives supra-étatiques, notamment celles de l'OIT. L'action de l'OIT peut beaucoup contribuer au développement social, étant données les valeurs sur lesquelles sont fondées les règles de droit international du travail : équilibre, modernité, dialogue, dynamisme, universalisme, éradication de la pauvreté et de l'injustice sociale. Cependant il est aussi vrai que les obligations qui résultent des normes de l'OIT ne relèvent que de la compétence des États. Elles ne concernent pas la sphère juridique de grandes compagnies multinationales, ni celle des entités régionales (p. ex. l'Union européenne). Cela réduit l'efficacité des instruments classiques de régulation sociale.

---

qu'elle l'est aujourd'hui, non seulement elle échouera pour promouvoir le développement, mais elle continuera aussi à créer pauvreté et instabilité. » (Revue *Isto É*, 16 octobre 2002, pp. 91/92). Le même raisonnement est mené par M. SACHS, de l'École de Hautes Études en Sciences Sociales, pour qui l'État idéal doit fonder son action sur trois grands piliers : interface entre l'économie nationale et internationale, articulation entre objectifs sociaux (primordiaux) et environnementaux et viabilité économique, et construction de nouveaux partenariats, au moyen d'une négociation quadripartite entre les travailleurs, chefs d'entreprise, État et société civile organisée (Revue *Primeira Leitura*, octobre 2002, p. 33).

Les observations démontrent, par ailleurs, que la désorganisation de la société résultant de la mondialisation et du capitalisme exacerbé n'épargne aucun pays au monde. Il est vrai que les problèmes sont à peu près les mêmes partout dans le monde[132], bien qu'il existe des phénomènes prépondérants ici ou là. En ce qui concerne les pays développés, par exemple, la difficulté se révèle surtout par le biais du chômage et de la précarité des conditions de travail.[133] Les pays sous-développés, en revanche, doivent plutôt affronter la clandestinité du travail qui apparaît croissante. Des solutions adaptables à chaque région du globe seraient donc souhaitables, en vue d'augmenter l'effectivité du principe protecteur. Il serait peut-être opportun de privilégier la paix entre les Nations, au lieu de privilégier les gains des unes, aux dépens des autres.[134]

À ce sujet, Nicolas BAVEREZ, économiste et historien, a souligné à juste titre que « Penser la mondialisation propre, imaginer les institutions et les règles

---

[132] À cet égard, rappelons les leçons de 1929, quand l'humanité s'est aperçue, pour la première fois, « que les marchés ne produisent pas spontanément les meilleurs équilibres », explique l'économiste Elie Cohen, dans un article pour *l'Express* (semaine du 10 au 16 octobre 2002, p. 56). En effet, une ressemblance troublante rapproche la situation d'aujourd'hui et celle de 1929 : chute de valeurs des actions, profits fictifs des entreprises, sociétés fictives, réussite des bourses. En théorisant sur les vertus du marché autorégulateur, ses défenseurs ont-ils oublié les démonstrations de 1929 ?

[133] La mondialisation a ainsi provoqué une coupure : le développement de l'économie n'est pas forcément suivi de l'accroissement des postes de travail. Le chômage est plus important entre les jeunes de 15 à 24 ans. C'est peut-être pour cela qu'une hausse de l'alcoolisme ou de la consommation des drogues a été observée ces dernières années. C'est peut-être aussi la raison pour laquelle un retour des idées totalitaires et xénophobes a repris le dessus dans la pensée de quelques manifestants.

[134] En ce sens, la théorie de la « responsabilité différenciée » de Ignacy SACHS, de l'École de Hautes Études en Sciences Sociales soutient l'adoption de stratégies et de responsabilités fort différentes pour les pays du Nord et ceux du Sud de la planète. Pour lui, Le Nord doit changer son style de consommation et réduire l'usage d'énergie fossile, tandis que le Sud doit être conscient que l'imitation des modèles du Nord peut entraîner un *apartheid* social. Les responsabilités sont aussi différentes, car basées sur la thèse du traitement inégal pour les inégaux : l'équité des relations internationales oblige à définir les règles selon des critères qui bénéficieraient les moins forts (Revue *Primeira Leitura*, octobre 2002, pp. 32/33).

permettant de concilier le potentiel de liberté et de création que recèle la société ouverte avec la maîtrise des risques qu'elle génère, telle est de fait la vocation des intellectuels en ce début de XXI[e] siècle. »[135] En ce sens, il est évident qu'une action des États se fait nécessaire, pour que la croissance de l'économie engendre aussi une distribution des richesses plus équilibrée et une protection plus effective des travailleurs. Au contraire, la loi du marché régnera toujours… et le marché ne résout pas tout. Les acteurs du système financier doivent comprendre que le rendement n'est pas une fin en soi, mais un moyen de financement de la production. Ces acteurs doivent gagner avec la croissance. Force est de constater qu'il faut donc « réformer les excès du capitalisme des années 90 et re-légitimer sa nécessaire régulation par le pouvoir politique. »[136] Que le dise la capacité humaine de créer de nouveaux cycles au moyen de l'invention et du changement de paradigmes. [137]

---

[135] Article intitulé « Global writing », publié dans la revue Le Point, 22 mars 2002, p. 68.

[136] BAVAREZ, Nicolas, « Global writing », *Le Point*, 22 mars 2002, p. 68.

[137] Comme l'a sagement précisé Paul KENNEDY, professeur d'Histoire et directeur d'études de sécurité internationale à l'Université de Yale, l'Amérique et tous les pays développés du monde, ne devraient pas oublier leur responsabilité d'avoir créé un monde de plus en plus intégré, à travers leurs investissements financiers, leurs acquisitions à l'étranger, leur révolution dans les communications, leur culture, leur tourisme, leur pression sur les sociétés étrangères pour se conformer à des traités rédigés selon leur volonté en matière de commerce, flux de capitaux, propriété intellectuelle, environnement, lois sociales. Ces pays-là devraient comprendre, comme le pensent quelques américains plus ouverts qu'il a écoutés (p. ex., ex-travailleurs du *Peace Corps*, parents avec des enfants étudiant à l'étranger, cadres habitués à des relations internationales, religieux, « ambientalistes »), qu'il est impossible d'échapper et de retourner à une ère d'innocence et d'isolationnisme, même si l'impression générale est que l'Amérique ne se gêne pas avec ce que pense le reste du monde. La critique n'est pas du tout dirigée vers le peuple Américain ou Européen de l'ouest, mais vers la faille de ne plus s'attacher aux idéaux toujours cultivés de liberté, égalité, fraternité, démocratie, justice, ouverture, respect des droits de l'homme… C'est pourquoi, poursuit le même professeur, le monde a regardé avec espoir vers l'Amérique, chaque fois qu'un leader, tel que Wilson, Roosevelt et John Kennedy, défendait de vraies valeurs humaines transcendantales, rejetant les sentiments étroits de l' « Amérique d'abord » , pour se consacrer aux besoins de tous les

En tout cas, c'est la création d'un monde tolérant que beaucoup d'entre nous souhaitent voir. Ce n'est pas un retour au *leadership* arrogant du pouvoir, mais la construction d'une direction marquée par une vision large et reculée, une appréciation de notre humanité en commun, un comportement qui pourrait aboutir à un effort de réunion de toutes les nations fortes pour aider celles qui ne peuvent pas s'aider. Cela n'est certainement pas parier pour autant que la solidarité idéologique l'emporte sur l'intérêt national. Ce genre de *leadership* s'efforcerait d'expliquer que les intérêts nationaux les plus profonds se résument au souci sérieux de l'avenir de la planète, de l'avenir des sociétés, de l'avenir de la protection du travail humain. Ainsi, un socialisme modifié, certes, mais un socialisme humanisé, serait né, même si au début, cette « humanisation » servait à des propos de publicité ou « marketing ». Vive le jour où elle sera incorporée dans l'âme du système !

La nouvelle organisation du travail suppose, outre les transformations socio-économiques développées, une conception originale d'entreprise, adaptée surtout aux besoins de compétitivité et d'innovation incessante.

---

humains (article publié dans la revue *The Observer*, traduit en portugais par la revue Carta Capital du 3 avril 2002, pp. 58/59).

§ 2. La protection des travailleurs dans l'entreprise moderne

La « crise du droit du travail » a de multiples raisons d'être. Pour le professeur J.A. RODRIGUES PINTO,

> « Deux faits peuvent être énumérés comme étant les principaux déterminants de la modification des idées si fondamentales pour le droit du travail : d'une part, l'explosion technologique, qui s'est produite à la suite de la Deuxième guerre mondiale, potentialisant extraordinairement les possibilités de substitution de l'homme par la machine dans la production industrielle. D'autre part, le premier choc du pétrole, dans les années 70, qui a secoué l'économie industrielle à l'échelle mondiale, ce qui a forcé à une nouvelle analyse de l'activité des entreprises et des chances d'emploi ». [138]

Une invention capitale peut en effet bouleverser l'ordre des choses et infléchir la trajectoire d'une société.[139] À partir du milieu des années 30, débute la troisième vague de l'évolution humaine, selon l'auteur américain Alvin TOFFLER.[140]

---

[138] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho: Noções Fundamentais de Direito do Trabalho, Sujeitos e Institutos do Direito Individual*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 64.

[139] C'est d'ailleurs ce qui est arrivé à la fin du XVIII siècle, avec l'apparition de la machine à vapeur, qui a déclenché la révolution industrielle et l'essor du capitalisme, provoqué l'apparition de la classe ouvrière et la naissance du socialisme et entraîné l'expansion du colonialisme.

[140] Pour TOFFLER, la **troisième vague (technologique),** dont la dernière partie est vécue maintenant, représente un changement historique sérieux. On assiste également à une modification de la manière d'agir et de penser de l'être humain, dans la vie quotidienne. Un profond changement de la civilisation signifie aussi un changement des codes qui dirigent l'activité et le comportement humains. Les nouvelles industries sont fondées sur l'électronique du *quantum*, l'informatique, la biologie moléculaire, l'océanique, l'écologie, la génétique et les sciences spatiales. Les ordinateurs, processeurs de données, communications, pétrochimie sophistiquée l'emportent. Des régions auparavant prospères (ex : la Lorraine en France) sont devenues presque abandonnées. Les dirigeants des compagnies font plus attention aux propos multiples des entreprises : fonctions non seulement économiques, restreintes au profit ou aux objectifs de production, mais aussi sociales, politiques. **Quatrième vague (biotechnologique) :** c'est l'âge de l'avenir. La révolution biologique a dépendu de la technologie, sans laquelle les recherches ne seraient pas possibles. Mais désormais, la biologie passe d'abord pour déterminer les avancées technologiques. La conquête de l'espace fait aussi partie de la « quatrième

La conception d'une industrie traditionnelle et standardisée commence à être perçue comme obsolète. Les structures de production et les intérêts de grandes compagnies changent. De plus, la révolution financière a changé les règles du jeu dans la gestion interne des entreprises. Le paysage de ces dernières est recomposé, l'économie étant à l'origine des décisions, dans la recherche de la maximisation du profit. De nos jours, les entreprises sont devenues « business group ».

C'est finalement l'ère de l'économie mondialisée, l'âge de la synthèse, où l'industrie traditionnelle perd de son prestige et où on apprend à combiner les pièces en vue de la formation d'un nouveau modèle de production, dans un style de segmentation et de diversité ; l'usine modèle ne produit plus de marchandises standardisées, mais plutôt personnalisées[141], utilisant moins d'énergie, de matière première, de composants ; les matières premières essentielles sont l'information, l'imagination et la programmation. La société industrielle se fait substituer par la société informationnelle, *l'information* prenant, en définitive, la place autrefois occupée exclusivement par *l'énergie*. Cette transformation n'est pas sans intérêt pour la protection classique des salariés.

---

vague », une période de transformations à grandes vitesses, aux niveaux scientifique, technologique, culturel, social, mais aussi une période marquée par d'importants conflits éthiques sur l'application des inventions, dont le clonage humain n'est qu'un exemple. (TOFFLER, Alvin. *A terceira onda : a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização*. 22ème. éd. Trad. João Távora. Rio de Janeiro : Record, 1997, p. 35 ; entretien avec Alvin TOFFLER, « A quarta onda », Revue *Exame,* 15 mai 2002, pp. 66/69).

[141] On parle ainsi de dé-massification de la production et de la consommation.

De plus, l'Internet a en effet provoqué, bon gré mal gré, une révolution dans les technologies de l'information et de la communication. La prolifération des réseaux électroniques et informatiques est un vigoureux facteur d'impulsion et d'intensification des échanges. Jamais le monde n'a été aussi « branché », avec des milliers d'information disponibles sur un simple « clic » de la souris. Ces autoroutes virtuelles de la communication transportent de multiples données jour et nuit. Et des études récentes démontrent que plus une nation est « branchée », plus elle sera développée.[142] Les défenseurs de l'Internet parient donc sur une croissance monumentale des activités liées à ces réseaux informatiques. C'est la « nouvelle économie » qui impose par conséquent aux individus l'acquisition de nouveaux équipements pour s'adapter aux changements.[143]

Le système de production en série est donc pour un grand nombre d'ateliers devenu obsolète. En effet, les mutations actuelles sont extraordinaires et inédites. Chacun constate que déjà tout se transforme autour de lui : les valeurs sociales, les attitudes individuelles, le contexte économique, le pouvoir politique, la protection

[142] Dans une situation analogue, une constatation a en effet été faite sur l'influence du développement des chemins de fer sur la croissance industrielle en Europe occidentale dans les années 1840.

[143] En France, par exemple, le taux d'équipement en ordinateurs a doublé en trois ans. Le nombre d'utilisateurs d'Internet, estimé à 142 millions en 1998, devrait atteindre en 2003 les 500 millions de personnes. Le commerce électronique, embryonnaire en 1998, avec à peine 8 milliards de dollars d'échanges, devrait dépasser les 80 milliards en 2002. Et ce qui est plus intéressant pour les investisseurs est que la valeur des actions d'une dizaine de compagnies liées à Internet s'est multipliée par 100. D'autres sociétés, telles que American On Line (AOL) ont vu la valeur de leurs actions multipliée par 800.

des travailleurs. La structure des entreprises, elle aussi, a largement changé.[144] La mondialisation oblige les entreprises à être à l'avant-garde des transformations technologiques et sociales. Les exigences du marché les obligent à la découverte incessante de nouveaux mécanismes, de nouveaux fonctionnements et de nouvelles compétences de leurs salariés. Parfois, elles sont obligées de fusionner, de se réorganiser.[145] Et tout cela à une vitesse de plus en plus accélérée. Schématiquement, voici un tableau comparatif de cette évolution :

Tableau comparatif entre le paradigme « fordiste » et le modèle émergent d'entreprise[146]

Critères	**Paradigme « fordiste »**	**Paradigme mondial**
Taille	Tendanciellement grande	Tendanciellement petite
Délimitation fonctionnelle	Généralisante	Spécialisante
Structure interne	Stratifiée en divers niveaux de hiérarchie	Niveaux réduits de stratification
Paramètres d'efficacité	Auto-suffisance	Agilité et adaptabilité
Profil du client	Marché interne	Marché mondial
Stratégie pour faire face aux crises	Développement de technologie de longue maturation, stock de matières premières, d'énergie, etc.	*Downsizing*, conquête de nouveaux secteurs d'activité et développement de technologies de courte maturation
Politique de ressources humaines	Concentration physique de plusieurs travailleurs à basse rémunération	Optimisation du personnel occupé, extériorisation d'activités non stratégiques et rémunération sélectivement attirante

[144] (tableau de l'auteur)

	Autrefois	*Actuellement*
Nombre de propriétaires	**un seul propriétaire**	**plusieurs actionnaires**
Mesure de la valeur	**patrimoine**	**expectative de développement**

[145] Ainsi, la concurrence s'implante-t-elle à tous les niveaux de l'organisation productive. Non seulement entre les entreprises qui exercent des activités égales ou similaires, mais aussi entre des sociétés aux objectifs sociaux complètement différents, et même entre des filiales autonomes appartenant à un même groupe économique.

[146] Source : FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, op. cit., pp. 65/66. Bien évidement, ce tableau traduit une simplification didactique, car la conjoncture analysée est bien plus complexe.

Si la modernisation issue de l'évolution des moyens de production a pour but l'accroissement de la productivité, elle entraîne néanmoins de sérieux inconvénients pour l'employeur. Outre une bonne gérance du court, moyen et long terme des innovations, un important investissement financier est souvent nécessaire. En effet, le coût des subventions aux recherches et aux inventions, est risqué. S'il est vrai qu'une innovation peut être un succès, il est aussi possible qu'elle soit un échec.[147] C'est pour cela que les entreprises modernes se fondent aussi sur une conception de flexibilité de leurs produits. Une *invention-échec* doit rapidement être adaptée pour qu'elle soit acceptée par le marché et pour que le montant dépensé en recherches soit remboursé.

Les entreprises sont donc touchées par de nouvelles exigences : capacité de gérer leurs propres projets, organisation financière, projection administrative. Pour atteindre les impératifs de compétitivité et de productivité, plusieurs techniques ont été mises en œuvre : les programmes de qualité totale, le souci de l'efficacité entendue comme le rapport qualité-coût-délai, la préoccupation de satisfaire les consommateurs à moindre coût.[148] La protection des travailleurs n'est donc

[147] Les innovations, d'ailleurs, durent moins : alors que dans les années 80, elles ne périssaient qu'après 1 an, dans les années 90, elles ne demeuraient que 6 mois. Aujourd'hui, un investisseur peut compter sur la nouveauté d'une invention seulement pendant 6 semaines (ces données ont été saisies lors de la conférence « Globalização Econômica e o Direito do Trabalho », de José Eduardo Faria, Curitiba, Brésil, août 1997).

pas au sommet des préoccupations de l'entreprise… Toutefois, il faut constater que derrière toute cette puissance financière de grandes entreprises, une insécurité semble dominer l'esprit des employeurs. La concurrence constante issue d'une instabilité croissante peut, encore une fois, justifier cette affirmation.

Parallèlement, l'extériorisation des activités se fait présente, par la décentralisation de la production et la réduction de l'entreprise. Finie l'époque du *the bigger, the best* : maintenant on parle d'une « échelle appropriée ». Dans cette perspective, le développement fulgurant des petites et moyennes entreprises s'avère non négligeable.[149] Se servant souvent de technologies avancées, elles constituent les tentacules d'un nouveau réseau de production définitivement implanté. La conception dominante sur ce point est qu'il faut réduire les effectifs et la production pour se spécialiser davantage et moins subir les risques du marché. Les activités sont donc

[148] Le tableau ci-dessous démontre bien l'évolution de la mise en place de ces dispositifs dans les entreprises industrielles (*apud* Sylvie HAMON-CHOLET et Catherine ROUGERIE, op. cit.) :

Les dispositifs organisationnels dans les entreprises industrielles - en %

	Entreprises utilisatrices en 1997	dont usage plus intensif depuis 1994
Certification ISO, EAPF	34	21
Autre démarche de qualité totale	28	14
Livraison en juste-à-temps	30	13
Production en juste-à-temps	30	12
Formalisation de contrats en interne	22	9
Organisation en centres de profit	19	7
Analyse des produits et des procédés	15	7
Maintenance préventive	8	4
Au moins un dispositif en 1997	82.4	
Nombre moyen de dispositifs par entreprise	2.6	

Source : enquête Changements Organisationnels et Informatisation de 1997, Minefi-Sessi, Map-Scees.

[149] Les petites et moyennes entreprises offrent déjà plus de 53% des postes de travail sur le marché, faisant fortement appel à la main d'œuvre féminine.

décentralisées, reléguées à des entreprises extérieures chargées de la prestation des services non liés à l'activité principale.[150]

Les changements des structures économiques peuvent néanmoins non seulement entraîner un mouvement vers le bas (extériorisation d'activités, aussi appelée *outsourcing*), mais aussi vers le haut (fusion d'activités). En effet, les entreprises se réduisent, mais elles fusionnent et s'absorbent à une vitesse accélérée. Ce dernier mouvement peut expliquer le développement récent et extraordinaire d'entreprises supranationales. Les grands groupes de sociétés veulent de plus en plus développer de nouvelles activités parfois totalement en dehors de leurs activités dominantes ou normales.[151]

La fin de la troisième vague entraîne, en outre, le déplacement des industries ordinaires vers les pays « en développement ». La « délocalisation » des entreprises à l'étranger est donc devenue courante, conduisant à des conséquences pas toujours désirables pour les travailleurs... En France, les déménagements d'entreprises,

[150] À cet égard, les exemples des entreprises de nettoyage sont courants. Mais cela peut également concerner les entreprises de restauration ou encore celles chargées de la fabrication des pièces secondaires dans la chaîne de production, tels que les pneus ou les sièges pour les voitures.

[151] La méga-fusion des entreprises américaines American Online (AOL), le jeune groupe multimédia le plus puissant au monde, avec la quasi-centenaire Time Warner, leader de l'hégémonie de Hollywood et propriétaire de revues telles que *Time* et *People* illustre bien ce phénomène. Le conglomérat AOL-Time Warner est maintenant un des premiers au monde, avec environ 80 000 salariés et une valeur de marché exprimée en centaines de milliards de dollars, avec un rayon d'action qui atteint 160 millions de personnes, plus de la moitié de la population des États Unis. Les avantages de cette opération bénéficient aux deux entreprises. En effet, cette fusion réunit à la fois contenu et diffusion, tout en conjuguant tradition et modernité, production et publicité. Elle ouvre ainsi les portes d'un univers d'informations les

non plus vers la province, mais vers l'étranger ont commencé à prendre de l'ampleur surtout à partir des années quatre-vingt-dix.

Comme tout ou presque tout ce qui est lié à la mondialisation, les intérêts d'une délocalisation sont multiples. Si sur le *plan juridique*, d'abord, les délocalisations sont garanties par la liberté d'entreprendre, elles génèrent une difficulté majeure consistant à gérer des situations disparates par un même règlement général (ex., souhait d'animer des équipes constituées de personnes d'origines diverses), ce qui suppose fréquemment l'adoption d'une politique d'organisation et d'administration des différents aspects juridiques, culturaux, environnementaux. Sur le *plan économique*, ensuite, elles se justifient par la recherche du libéralisme, qui lutte contre toute forme de protectionnisme, le GATT et, aujourd'hui, l'OMC en étant les principaux défenseurs. Il est vrai qu'en général les délocalisations apportent une augmentation des bénéfices pour l'entreprise-mère. Toutefois, sur le *plan social*, le coût de la main d'œuvre demeure un des facteurs décisifs des délocalisations.[152] Bien entendu, ce dernier doit être associé à la productivité des salariés et à la recherche de nouveaux marchés.

Le monde est en train de changer. Indépendamment du niveau de leur préoccupation sociale, les entreprises conservent un souci de qualité et de satisfaction

---

plus riches et variées à des millions d'individus. Le but est toujours de rester compétitifs et, par conséquent, de rapporter davantage aux actionnaires.

[152] D'une part, on minimise le coût de la main-d'œuvre en cherchant des pays à faibles lois sociales ; d'autre part, on maximise les bénéfices, le noyau dur du capitalisme.

du consommateur. Toutefois, une chose est commune à la plupart des entreprises à l'heure actuelle: la manière dont elles conçoivent la réorganisation de la production pour faire face aux avancées du capitalisme est passée **d'une logique de production à une logique de coût**. En effet, l'efficacité capitaliste devrait être perçue comme étant le résultat de l'accroissement de la production. Mais, au contraire, elle est conçue comme étant une conséquence directe de la réduction des coûts, car la logique de production ne s'est pas révélée suffisante pour satisfaire les ambitions de l'entreprise moderne. Celle-ci devient de plus en plus intéressée par l'obtention de bénéfices à moindre coût.

La rentabilité capable d'attirer les investisseurs est donc un des critères privilégiés de la stratégie des entreprises.[153] En effet, les investisseurs surveillent constamment les résultats des entreprises, soucieux qu'ils sont du succès rapide de leurs investissements. Les entreprises, à leur tour, pour éviter l'échec, doivent s'adapter constamment aux exigences des marchés, sous la menace permanente de perdre le soutien des actionnaires, qui imposent, désormais, les exigences en matière d'embauche, d'emploi et de salaire. Ce mouvement contemporain n'est plus de modernisation, mais plutôt de rationalisation.

[153] Cela a été bien démontré dans un film récent lancé sur le marché. « The Big One » va jusqu'au point de suggérer que les États Unis se prétendent être le « Big One ». Dans la satire, l'acteur a des entretiens avec certains dirigeants d'entreprises sur les conditions de travail et les licenciements opérés au sein du groupe. La réponse est souvent dans le sens que ce qui guide les décisions des entreprises est le souci de rester toujours compétitives et d'apporter des bénéfices aux actionnaires. Le réalisateur touche même à la provocation : donc l'entreprise ferait plus de bénéfices en vendant de la drogue et en faisant travailler les prisonniers... (Film « The Big One », réalisateur Micheal Moore, USA, 1999).

Ainsi, par exemple, les tendances modernes de « responsabilité sociale »[154], qui prônent une performance sociale des entreprises à l'égard de l'environnement et de leurs salariés ne sont pas sans arrière-pensées. La mode du « socialement correct » qui atteint aujourd'hui l'Europe, encore qu'un peu en retard, vise surtout à plaire aux clients et à attirer les investisseurs, ceux-ci étant plus vraisemblablement intéressés par un bilan social irréprochable. Dans cette perspective, et celle de satisfaire les nouvelles exigences du marché, certaines entreprises se sont vues dans l'obligation d'améliorer les conditions de travail de leurs salariés, voire des salariés de leurs sous-traitants.[155]

En ce sens, lentement et en fonction des débats sur la « responsabilité sociale », on peut déjà observer une modification d'attitude du côté patronal. Le chef d'entreprise commence enfin à s'apercevoir qu'il n'est pas enfermé et que les relations de l'entreprise touchent plusieurs domaines, ne se bornant absolument pas à la ligne de production. Des difficultés telles que la pauvreté, la sûreté, l'équilibre des richesses, les inégalités régionales sont à l'ordre du jour de l'employeur.[156] Maintenant, le mot « éthique » commence à faire partie du vocabulaire patronal, bien qu'il soit encore très tôt pour parler d'adéquation du discours et des actions du monde patronal. Quoi qu'il en

---

[154] En anglais « social responsibility », car tout est parti des États-Unis, il y a une vingtaine d'années.

[155] C'est ce qui est arrivé, par exemple, à l'entreprise américaine Nike. En 1998, le géant des articles de sport a annoncé qu'il laisserait désormais des ONG contrôler certaines de ses usines asiatiques « douteuses » (Liaisons sociales/Magazine, avril 2000, p. 27).

[156] Qui le dit n'est ni plus, ni moins que le président de la FIESP, le « Médef » brésilien, Horario Lafer Piva, dans un article intitulé « Gauchiste ? Moi ? », à la revue *Primeira Leitura,* édition de mars 2002, p. 28.

soit, désormais, il est plus difficile pour une entreprise de réussir sans une bonne image sociale.[157] Dans cette optique, le principe protecteur regagne de l'effectivité.

Toutefois, parallèlement et toujours dans la logique du coût, les capitaux ont acquis une mobilité sans précédent. En effet, une des facettes de ce phénomène, réside dans la **soumission du capital industriel au capital financier**. Il n'est pas rare de trouver des entreprises, surtout celles dotées d'une plus grande structure et qui offrent plusieurs postes de travail, dont les actionnaires fixent des buts de production à atteindre, sous peine, dans le futur, d'investissement non plus dans la production, mais sur le marché financier.[158] En effet, sur le marché financier, la Bourse devient la seule boussole.[159] Or l'entreprise, en tant qu'institution, ne peut être exclusivement liée aux marchés, très volatiles et fluctuants. La survie de l'entreprise – et, par conséquent, des travailleurs ! – doit dépendre de sa performance productrice et non pas de la traduction boursière de celle-ci.

---

[157] Cette démarche ambiguë ne masque cependant pas la réalité. Une marchandise produite par les moyens « socialement corrects » ne se vend que si elle est au même prix que les autres. Et les entreprises en ont conscience. Par conséquent, même le fromage qui se fait avec le lait tiré des vaches propres en hormones ou le gâteau fourni par une entreprise qui réinsère d'anciens détenus ne pourront tenir le coup de la concurrence que s'ils ont des prix « compétitifs ». C'est donc la force politique qui soutient la force sociale, mais à sa manière. La condition d'existence du nouveau capitalisme explique d'ailleurs ce mouvement: « exigence d'accumulation illimitée du capital par des moyens formellement pacifiques » (« Le nouvel esprit du capitalisme », Luc Boltanski et Eve Chiapello, Gallimard, coll. « NRF Essais », 1999, 850 p).

[158] *General Electric – GE* est un exemple : en 1998, 38% de ses bénéfices provenaient du marché financier, au moyen de l'entreprise *GE Capital,* une espèce de banque qui permet l'accumulation plus rapide d'argent et de lucre, par rapport à tout le travail et temps pour créer, inventer et opérer la production (*Jornal do Brasil* du 11 novembre 2002, p. A9).

[159] Le tableau reproduit dans l'Annexe I démontre jusqu'à quel point le mouvement du marché financier peut augmenter d'un an à l'autre.

Par ailleurs, l'idéal capitaliste d'accumulation de richesses à moindre coût a rencontré une formule tout à fait convenable à ses besoins. L'entreprise peut bien évidemment réaliser des bénéfices en ayant une grande production. Mais peut également le faire tout en ayant une petite production, voire aucune. La production n'est plus le critère. Les bénéfices peuvent exister indépendamment de celle-ci. Cela est révélateur notamment du point de vue de l'économie d'investissement. La nouvelle entreprise ne produit pas, elle rend un service. Dans cette perspective, on assiste à la **délocalisation de l'activité du secteur de production vers le secteur de consommation**. De ce fait, des activités telles que *do it yourself* ou *help yourself* sont à la mode.

C'est aux États Unis que cette notion s'est le plus développée d'abord. Mais aujourd'hui, le secteur tertiaire est celui qui se développe le plus partout dans le monde. En France, par exemple, il est responsable de la création de 80% des emplois depuis dix ans.[160] Cependant, l'essor du secteur de services a ses limites. Selon le rapport 2003 de la Commission européenne sur l'emploi, publié le 9 octobre 2003, l'Europe a créé, à partir du milieu des années 1990, des millions d'emplois peu qualifiés

[160] Les entreprises virtuelles illustrent bien le phénomène. « Yahoo ! », un des sites les plus visités de l'Internet, assure son gagne-pain grâce à une idée géniale de ses propriétaires : dans la moitié des années 90, ils ont conçu un guide virtuel de recherche « on line ». En amplifiant la conception originelle, les deux propriétaires ont réussi à représenter aujourd'hui en ce qui concerne l'économie virtuelle, un poids équivalent à celui de Henry Ford pour l'industrie automobile ou à celui de Bill Gates pour le monde des ordinateurs personnels.

dans le secteur des services.[161] Par ailleurs, si le pouvoir d'achat des individus se réduit, la consommation en ira de même. Le cercle pourra donc être vicieux.[162]

En ce qui concerne les entreprises de la « net-économie », les indications vont dans un sens où seulement 25% des entreprises devraient, à moyen terme, survivre.[163] À tel point que les autorités prennent des mesures visant à avertir les investisseurs de ce risque.[164] La grande question qui se pose actuellement est donc jusqu'à quand subsisteront ces entreprises qui accumulent tantôt gains stratosphériques, tantôt pertes monumentales. Et jusqu'où cette société de services va dominer l'organisation de la vie quotidienne des individus.[165]

La logique proprement économique fondée sur la concurrence et porteuse d'efficacité, va souvent à l'encontre de la logique sociale, qui est, elle, soumise

---

[161] Source : « L'emploi européen résiste encore, malgré le ralentissement de l'économie », *Le Monde* du 11/10/03.

[162] Même les États-Unis souffrent déjà, car s'ils s'enrichissent, des inégalités continuent de se creuser, atteignant des niveaux jamais vus depuis la Grande Dépression. Certains osent même parler d'un « risque de faillite » semblable à celui de 1929, où, à l'instar de ce qui se passe aujourd'hui sur le continent américain, l'inflation était faible et la productivité élevée.

[163] Microsoft, l'entreprise de Bill Gates, a par exemple été condamnée aux États-Unis par la loi « anti-trust », étant données les politiques nuisibles à la concurrence, ce qui a débouché sur une chute en chaîne de la valeur des actions des entreprises de la nouvelle économie.

[164] L'exemple du président de la Banque centrale des Pays-Bas est éloquent : « Soyons prudents à l'égard des titres des entreprises Internet ». M. Arnout Wellink compare les opérateurs à « des chevaux fous courant tous les uns derrière les autres à la recherche d'une mine d'or » (*Le Monde*, 12 mars 2000).

[165] Force est de constater, en ce qui concerne cette dernière interrogation, que les entreprises de prestation de services subsistent en grande partie grâce au manque de temps de la part des individus pour exécuter diverses tâches nécessaires, voire impératives à la vie quotidienne. L'histoire nous prouve toutefois que les modes de vie évoluent constamment et que les besoins de jadis ne correspondent guère aux besoins d'aujourd'hui. Ce mode d'organisation sociale où le travail ne compte pas toujours, sera-t-il éphémère ou permanent ?

à la règle de l'équité (la protection des travailleurs est l'une de ses directions). Pour parvenir à ses fins, sans conflits majeurs, le capitalisme doit réussir à mobiliser, et le patronat, et le salariat au service de sa cause. C'est dans cette perspective que la forme d'organisation du travail est au cœur de la définition moderne du système, car les rapports du travail sont considérés l'atout dans le jeu de la concurrence.

Le droit du travail, sensible qu'il est aux transformations sociales et économiques, n'est pas étranger à toute cette mutation fulgurante. Chacun constate les modifications dans les formes de travail, dont la caractéristique centrale, sur ce point, est le transport instantané des informations liées au travail.[166] Les nouvelles exigences ne se limitent par conséquent pas à l'univers de l'entreprise. Les travailleurs sont, eux aussi, invités au changement. Par conséquent, de nouvelles relations de travail s'installent.

[166] En effet, la transformation entraînée par la mondialisation sur le plan territorial peut aussi se faire sentir au niveau temporel : certains auteurs analysent la variable temporelle sans la réduire pourtant à une constante linéaire. Autrefois, le « temps différé » dominait, marquant l'existence d'une différence entre le début et la fin d'un quelconque processus. Par exemple, une lettre postée aujourd'hui arrivera à sa destination demain ou après demain : la réception se fait en un temps différé par rapport au postage. Néanmoins, aujourd'hui, ce « temps différé », classique et traditionnel, a cédé sa place à un nouveau « temps réel », caractérisé par la transmission instantanée de données immatérielles. Une information placée sur n'importe quel pays au monde peut être accédée par qui que ce soit, du moment où celle-ci est sur internet. Une nouvelle ère est arrivée.

SECTION 2 : UNE PROTECTION RÉDUITE DANS LES NOUVELLES RELATIONS DE TRAVAIL

Deux approches s'imposent : d'abord les transformations regardant les nouvelles exigences du travailleur moderne (§ 1er). Ensuite, le développement des nouveaux contrats (§ 2). Toutes les deux ont causé un bouleversement des conceptions traditionnelles de relations de travail.

§ 1er . Le principe protecteur et le nouveau travailleur

Étant donnée l'évolution permanente des entreprises, elles n'ont jamais autant parlé de confiance, de coopération, de loyauté, de fidélité et de culture d'entreprise. On parle d'abord de travail avec passion, mais souvent on offre aux salariés des bureaux insalubres et du matériel obsolète. Puis, on demande une certaine créativité, mais on maintient une pression au travers d'auditeurs et d'évaluations souvent démodées. De plus, les salariés hésitent « entre les objectifs fixés et les moyens dont on dispose, entre les contraintes de temps et la sollicitation de la mémoire, entre les conséquences des erreurs et la qualité de l'information disponible. »[167] Enfin, on parle

[167] HAMON-CHOLET et ROUGERIE, op. cit..

d'autonomie et d'audace, mais on exige le respect des normes de qualité chiffrées précises.[168]

Ainsi, pour avoir un bon travail, il faut avoir de l'expérience, mais être encore jeune, doté d'une disposition suffisante pour s'« impliquer » dans l'entreprise, ce qui exige un « management participatif ». Parallèlement, les délais dans lesquels les tâches doivent être accomplies deviennent de plus en plus courts. Le rythme de travail est devenu plus intensif et le travail dans l'urgence est devenu permanent, comme l'ont signalé HAMON-CHOLET et ROUGERIE dans une étude à ce propos :

> « La proportion des salariés dont le rythme de travail dépend de normes de production ou de délais à respecter en moins d'une journée est de 43%, dont 23% en moins d'une heure en 1998 (38% et 16% respectivement en 1991, 19% et 5% en 1984). Plus de la moitié des salariés disent travailler pour une demande à satisfaire de manière immédiate contre à peine plus d'un quart en 1984. (…) Devoir répondre à la demande tout en respectant des délais serrés, subir les contrôles fréquents de la hiérarchie, dépendre du rythme de travail de ses collègues, c'est dans le cumul de ces contraintes que réside l'intensification du travail. (…) L'intensification du travail n'est pas limitée à la France ; les enquêtes européennes la repèrent de la même façon dans les pays de la Communauté européenne.

[168] Cette exigence a augmenté depuis la décennie 1987-1998, comme le démontre le tableau reproduit ci-après (source : enquête Conditions de travail de 1998, enquêtes Organisation du travail – TOTTO – de 1987 et 1993, MES – Dares, *apud* Sylvie HAMON-CHOLET et Catherine ROUGERIE, op. cit..) :

	1987	1993	1998
Cadres	14	16	19
Professions intermédiaires	16	21	23
Employés	5	9	10
Ouvriers	21	27	30
Ensemble	**14**	**18**	**20**

> En 2000, 56% des salariés déclarent travailler sous cadences élevées (*'working at very high speed'*), plus d'un quart de leur temps, et 60% doivent respecter des délais serrés (*'working to tight deadlines'*) ; ils n'étaient respectivement que 48% et 50% en 1990. »[169]

Les dysfonctionnements engendrés par la valorisation excessive des nouvelles compétences ne tardent pas, néanmoins, à apparaître. Il faut se rendre à l'évidence que, sans parler du risque toujours existant d'une analyse trop subjective de la compétence des travailleurs, ceux-ci sont devenus de véritables *acteurs du développement de* l'entreprise, notamment si on considère la technique de l'*implication* dans l'entreprise. D'ailleurs, l'usage des stratégies telles que celle-ci souvent signifie une **diminution de la protection des salariés**, dans la mesure où elle exige un surinvestissement dans le travail de la part ceux-ci. M. le Professeur JAVILLIER a déjà, en ce sens, souligné que « les pratiques et stratégies patronales ne sont pas sans contradictions ni limites. Comment développer de façon sérieuse et raisonnée un projet d'entreprise pour impliquer les hommes, alors que les techniques juridiques permettent notamment, de plus en plus au fil des réformes, de segmenter ou de rendre des emplois précaires ? »[170]

---

[169] HAMON-CHOLET et ROUGERIE, op. cit. Les enquêtes européennes ont été réalisées par la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail. La première édition a eu lieu en 1991 auprès de 12 pays de l'Union européenne. La deuxième a été menée en 1996 auprès de 16000 travailleurs dans 15 pays de l'Union. La dernière enquête s'est déroulée en 2000 et concerne 21500 travailleurs de 15 pays.

Dans cette perspective, des conséquences négatives sur les conditions de travail provenant de **l'alourdissement de la charge mentale** ont déjà été constatées: tensions, ordres contradictoires, manque de moyens, sentiment de responsabilité de l'individu, nécessité d'assumer plusieurs tâches en même temps, devoir se débrouiller seul.[171] Tout cela fait que les salariés vivent dans le tourment professionnel, tout en sachant qu'un beau jour ils pourront très bien se retrouver du côté des perdants, alors que la société ne privilégie que ceux qui sont toujours gagnants. En ce sens, le passage d'une étude menée par deux attachées au département Conditions de travail et relations professionnelles de la Dares conclut :

> « les dernières enquêtes sur les conditions de travail font état, entre 1991 et 1998, d'une **augmentation générale des facteurs de pénibilité mentale et psychologique**, alors même que les pénibilités physiques n'ont pas régressé. L'intensification des rythmes de travail en est le principal facteur. Tous les salariés sont de plus en plus contraints dans l'exercice de leur activité par les délais à respecter, ou des normes de production, ou par rapport à la clientèle. Les nouvelles marges d'initiative laissées aux salariés n'ont pas non plus diminué le contrôle hiérarchique. Or la progression de la pénibilité mentale au travail naît principalement du cumul de ces contraintes. L'intensification des rythmes de travail pourrait alors contrarier les effets bénéfiques d'une plus grande autonomie des salariés. Toutefois, à la croisée des facteurs individuels et des nouvelles contraintes d'organisation des

---

[170] J. C. JAVILLIER, *Les transformations du droit du travail*. Études offertes à Gérard LYON-CAEN. Dalloz, 1989, p. 217.
[171] HAMON-CHOLET et ROUGERIE, op. cit..

entreprises, le lien entre charge mentale et santé reste ambivalent. »[172] (c'est nous qui soulignons).

C'est de cette étude que le tableau ci-dessous est extrait, contenant les informations acquises lors d'une enquête réalisée en 1998 avec 19 000 salariés :

Les indicateurs de charge mentale au travail (en %)

Proportion de salariés déclarant que...	1991	1998
... **une erreur dans leur travail peut ou pourrait entraîner :**		
- des conséquences graves pour la qualité du produit ou du service	60	65
- des coûts financiers importants pour l'entreprise	44	50
- des conséquences dangereuses pour leur sécurité ou celle d'autres personnes	31	38
- des sanctions à leur égard (risque pour l'emploi, diminution importante de la rémunération)	46	59
... ils doivent fréquemment abandonner une tâche qu'ils sont en train de faire pour en effectuer une autre non prévue	**48**	**56**
et cela perturbe leur travail	///	27
et cela est sans conséquence sur leur travail	///	21
et cela est un aspect positif de leur travail	///	8
... **ils sont toujours obligés de se dépêcher**	///	**20**
... **même de niveau modéré, le bruit les gêne dans l'exécution de leur travail**	**26**	**26**
... **ils sont souvent obligés de se débrouiller tout seuls dans des**		

[172] Sylvie HAMON-CHOLET et Catherine ROUGERIE. « La charge mentale au travail : des enjeux complexes pour les salariés ». *Économie et statistique n. 339-340, 2000 – 9*/10, « Conditions de travail ». Site *Internet* http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ES339J.pdf

situations difficiles	///	**24**
... **pour effectuer correctement leur travail, ils n'ont pas, en général** :		
- un temps suffisant	23	25
- des informations claires et suffisantes	18	21
- la possibilité de coopérer	13	14
- des collaborateurs en nombre suffisant	21	24
... **ils vivent souvent des situations de tension dans leurs rapports avec** :		
- le public (usagers, patients, voyageurs, clients, etc.)	22	30
- leurs supérieurs hiérarchiques	///	30
- leurs collègues	///	21
... **ils reçoivent des ordres, des indications contradictoires**	///	**35**
... **l'exécution de leur travail leur impose** :		
- de ne pas quitter leur travail des yeux	26	32
- de lire des lettres ou des chiffres de petite taille, mal imprimés, mal écrits	22	30
- d'examiner des objets très petits, des détails fins	12	16
- de faire attention à des signaux visuels brefs, imprévisibles ou difficiles à détecter	12	13
- de faire attention à des signaux sonores brefs, imprévisibles ou difficiles à détecter	12	13

Source : enquêtes Conditions de travail *1991 et 1998, MES – Dares.* .

Le stress n'est pas, certes, le privilège des dirigeants. Il peut atteindre n'importe quel salarié, cadre supérieur ou ouvrier, et n'importe quel travailleur. La passivité ou le développement peuvent être le résultat d'une faible ou forte demande d'exigence et d'autonomie, la charge mentale au travail n'étant pas forcément un signe

de dégradation des conditions de travail.[173] Elle apparaît comme le coût d'un certain enrichissement de la vie personnelle du travailleur. En revanche, s'il existe une déconnexion entre l'exigence et l'autonomie, cela pourrait entraîner une tension, qui s'accompagnera d'une souffrance psychique, voire d'une atteinte à la santé.[174]

Ici, le télétravail est au cœur du débat.[175] Outre l'isolement caractéristique de cette activité, le télétravail implique une situation de connexion

[173] En ce sens, les recherches anglo-saxonnes de Robert KARASEK ont une importance particulière en matière de stress dans le travail. Son graphique de stress a fait un croisement des exigences du travail et du degré d'autonomie du travailleur. Les exigences du travail figurent donc en abscisse et l'autonomie en ordonnée. Si l'exigence et l'autonomie demandées sont faibles, cela mène à la passivité. Si les deux sont fortes, c'est l'activité qui règne, débouchant sur le développement. C'est la première diagonale. (HAMON-CHOLET et ROUGERIE, op. cit.)

[174] Cette tension sera faible si à une autonomie forte s'ajoute une faible exigence. Toutefois, cette tension sera d'autant plus forte qu'une faible autonomie correspond à une forte exigence. Cette dernière situation suggère « une sous-utilisation des compétences et un degré de stress croissant. Il s'accompagne d'un accroissement des maladies cardio-vasculaires et ostéo-articulaires. » Les auteurs des recherches ont ajouté une troisième dimension : « le soutien social sur lequel le salarié peut compter au travail : soutien instrumental ou technique et soutien émotionnel. Toutes choses égales par ailleurs, l'absence de soutien accroît les risques de sous-utilisation de compétences, de maladies mentales et cardio-vasculaires » (HAMON-CHOLET et ROUGERIE, op. cit.).

[175] Il s'agit de l'activité professionnelle exercée individuellement à distance, grâce à l'utilisation interactive des outils et réseaux de télécommunications. Certains disent que c'est le renouvellement du travail à domicile, étant données les tâches qu'il couvre : surtout activités de secrétariat, de gestion de dossiers, d'assurance, de prise de commande téléphonique, d'analyse et de programmation informatique, de consultation. Joaquim HIRSCH appelle ce phénomène de *housewife-ing of work in society* (*apud* FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, op. cit., p. 68). D'ailleurs un des avantages pour le salarié est justement d'éviter de se déplacer vers le bureau. Il peut tout à fait exercer ses activités dans le calme, ayant des horaires plus libres, sans les contraintes du trafic quotidien et sans le risque de faire face aux embouteillages de plus en plus fréquents dans les grandes villes. Le télétravail est-il un facteur de moindre pollution et d'aménagement harmonieux du territoire ? À cet égard, le prix européen du télétravail de 1999 a été attribué à une expérimentation d'une solution technologique de pointe sur le télétravail. Un informaticien placé dans sa maison en Bretagne a pu réaliser ses travaux de conception de cartes électroniques assisté par ordinateur, grâce à un nouveau procédé technologique conçu par France Télécom. À travers ce système, ce télétravailleur disposait d'un ordinateur équipé de services téléphoniques et de vidéoconférence ainsi que d'une webcam, une caméra permettant la transmission des images animées sur le Net. Il portait aussi un casque avec micro écouteur connecté à la carte audio de son ordinateur et pouvait donc facilement contacter ses collègues de travail et ses clients, ainsi que recevoir rapidement des fichiers informatiques lourds. Tout cela dans la tranquillité de sa maison (Source : *Liaisons sociales magazine,* janvier 2000, p. 79). Pourtant, il faut se rendre à l'évidence que du moins en

intellectuelle permanente… La question se répercute donc également sur une *délocalisation temporelle* du travail, car il faut admettre que la déconnexion technique ne signifie pas toujours une déconnexion intellectuelle. La tension demeure, même quand les travailleurs sont déconnectés. La télé-disponibilité n'invite-t-elle pas à la réflexion sur le *temps de repos effectif* ?

Ces inconvénients sont en définitive conséquence de l'obligation de résultat, de la charge excessive du travail et des situations d'urgence auxquelles ils sont quotidiennement confrontés. Une réflexion sur la préservation de la vie familiale et sociale ou sur la santé des salariés serait encore souhaitable. Certains parlent déjà de la création d'un droit à l'isolement ou à la déconnexion…, faisant certainement allusion à la séparation classique vie professionnelle/vie privée. [176]

Il n'empêche que, pour une minorité de personnes, toutes les conditions « flexibles » ne débouchent pas sur des emplois mal payés ou assortis de mauvaises conditions de travail. Pour une minorité de personnes, notamment les personnes ayant les qualifications recherchées et un bon réseau d'employeurs, en effet,

---

France, le télétravail s'est développé d'une manière moins intense que ce qui était initialement prévu (il existe, selon les estimatives, environ 10 millions de télétravailleurs en France). S'il apporte des avantages au salariat, les bénéfices pour le patronat ne sont pas insignifiants. En ce sens, l'économie que l'absence d'un lieu de travail peut représenter pour l'employeur est loin d'être négligeable. C'est le résultat de la *délocalisation géographique*.

[176] Cf. MIALON, M.-F., « L'émergence de nouvelles relations de travail dans l'entreprise éclatée du troisième millénaire », *in Clés pour le siècle*. Dalloz, 2000, pp. 1741-1744 ; « Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication », numéro spécial de *Droit social*, sous la direction de J.-E. RAY, janvier 2002.

cette situation peut aussi offrir des possibilités nouvelles et des conditions de travail meilleures.

Ainsi, un véritable paradoxe domine cette transformation. Certes, le nouveau monde de travail est doté d'un *modus vivendi* qui satisfait éventuellement les travailleurs ayant les qualités requises, pour autant qu'ils soient individualistes et fiers d'être différents des autres travailleurs plus ordinaires, simples et massifiés. Certains cadres capables de telles responsabilités sont, par exemple, souvent à la recherche de nouvelles responsabilités et défis.[177] Plus leur travail est essentiel pour la survie de l'entreprise, plus ils sont comblés de satisfaction, ce qui malheureusement n'arrive pas à tous les travailleurs… y compris pour ceux appelés « exécutants » (A). Par ailleurs, d'autres dysfonctionnements peuvent être observés, quant à la diminution de la portée du principe protecteur dans les rapports de travail (B).

A – LES DIRIGEANTS ET LES EXÉCUTANTS

L'une des modifications générales les plus importantes qui s'est opérée en droit du travail ces dernières années, est justement le changement dans la subordination. Si jadis on opposait plutôt les ouvriers des campagnes aux ouvriers des

villes[178], aujourd'hui, le travail abstrait, conceptuel ou relationnel se substitue progressivement au travail « physique ».[179] Cela n'a pourtant rien d'étonnant, étant donnés, d'une part, l'essor du secteur tertiaire et, d'autre part, le rôle de la modernisation des moyens de production dans l'industrie moderne, ce qui entraîne à la fois un développement des métiers intellectuels et une substitution progressive de la main-d'œuvre par des « robots ».[180]

---

[177] Ce qu'ils poursuivent, est-ce l'argent ? Ou plutôt une reconnaissance publique de la qualité de leur travail ?

[178] Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE, t. 11, 1875, p. 1505, dernière colonne.

[179] Stuart MILL avait déjà analysé avec soin chacune des espèces de travaux qui concourent à la production d'un objet : a) le travail appliqué directement à la chose produite et aux opérations essentielles qui préparent la production (ex. le travail du boulanger pour la production du pain) ; b) le travail appliqué à produire les substances nécessaires pour un travail ultérieur (ex. travail préliminaire d'accumulation de provisions pour assurer la subsistance/nourriture du travailleur pendant la production) ; c) le travail employé à la production des matières premières ; d) le travail appliqué à la production des outils ; e) le travail destiné à la production du travail lui-même (ex. travail du soldat, du juge, ou alors travail pour la constructions des fabriques, magasins, greniers) ; f) le travail appliqué au transport et à la distribution des produits ; g) le travail (très indirect) qui a pour objet l'homme lui-même (ex. travail avec soins et éducation de l'enfant jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge et ait la force pour travailler ou alors le travail du médecin) ; h) le travail de l'inventeur et du savant. Le Grand Dictionnaire ajoute le travail qui s'applique à créer des services (produits non matériels). (*apud* Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE, t. 15, 1876, p. 436).

[180] Comme professent Chantal CASES et Nathalie MISSÈGUE, « les emplois de services sont souvent considérés à tort comme des emplois de moindre qualité comparés à l'industrie. Les conditions d'emploi et de rémunération sont en fait extrêmement variables d'une activité de services à l'autre. Les services informatiques, professionnels (activités comptables, juridiques, conseil), la recherche et le développement, la location de logements et les activités audiovisuelles offrent majoritairement des emplois bien rémunérés, à temps plein, stables, nécessitant des qualifications élevées. À l'opposé, les emplois les plus 'défavorisés' se retrouvent plutôt dans des activités telles que les hôtels, cafés, restaurants, les services personnels, le gardiennage, les activités de courrier privé, de sécurité et de nettoyage. Par ailleurs, l'hétérogénéité des emplois est importante au sein de chaque activité de services. Une polarisation de la main-d'œuvre se retrouve telle que le décrit le modèle dualiste de flexibilité du travail. D'un côté, les salariés du cœur de métier des entreprises (encadrement, spécialistes) bénéficient d'un statut relativement favorable (stabilité, qualification, rémunération); de l'autre, les personnels de la périphérie constituent le principal volant de flexibilité de la main-d'œuvre (temps partiels, durées limitées, qualifications et rémunérations moindres). Cette segmentation interne des emplois se décline de manière traditionnelle dans un tiers des secteurs allant des activités immobilières, aux services professionnels juridiques, comptables et de conseil en passant par la restauration rapide et les débits de boissons notamment. Les autres activités de services se distinguent en raison d'une flexibilité qui touche aussi les cadres (dans l'audiovisuel) et qui peut-être volontaire, comme dans l'informatique. » (Une forte segmentation des emplois dans les activités de services, n° 344 - oct 2001 – www.insee.fr).

En réalité, on assiste à un *dualisme du droit du travail*, qui désormais pourrait, d'une manière très simplifiée, être classé en deux selon qu'il s'agit du monde des travailleurs des métiers intellectuels ou du monde des travailleurs des métiers manuels. Le fossé qui sépare ces deux mondes est loin d'être négligeable. Étudions chacun de ces mondes séparément. D'une part, **les salariés dirigeants**, appartenant au monde des travailleurs des métiers intellectuels et bénéficiant de quelques signes extérieurs de réussite sociale. Ce sont des travailleurs qualifiés, dotés d'emplois stables, d'une rémunération élevée et de conditions de travail relativement sûres. Pour eux, fini le travail réalisé dans un horaire fixe. C'est l'heure du temps flexible ou du *Gleitzeit*, comme disent les Allemands.[181]

La définition de cadre dirigeant peut s'extraire, p. ex., de la loi française dite « Aubry II », du 12 janvier 2000, qui dispose, dans son article 11, nouvel art. L. 212-15-1 du Code du travail que : « Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une

[181] Alvin TOFFLER, op. cit., donne un aperçu des choses : « vers 1977, un quart de la force de travail en Allemagne Occidentale, soit 5 000 000 salariés en tout, travaillaient sous la forme de temps flexible et ce système était également utilisé par 22 000 compagnies et 4 000 000 travailleurs en France, Finlande, Danemark, Suède, Italie et Grande-Bretagne » (pp 248/249).

rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement. »

Il va sans dire que l'accès facile à l'information entraîne un bouleversement des hiérarchies trop rigides, car le contrôle n'appartient plus exclusivement aux managers. Aujourd'hui le doute sur la présence ou absence de subordination juridique dans la relation de travail se fait plus sentir, notamment en raison des extériorisations d'activités et de l'existence des travailleurs économiquement dépendants[182]. En ce qui concerne les dirigeants, on cherche à donner plus d'autonomie aux salariés, dans un contexte où les obligations de résultats se substituent au « présentéisme ». **La subordination juridique est donc moins évidente.** [183]

[182] La situation spécifique des travailleurs économiquement dépendants sera analysée plus loin.

[183] La subordination, tant en droit du travail qu'en droit français de la sécurité sociale, se caractérise traditionnellement par « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné » (Soc. 13 nov. 1996, *Société Générale,* Bull. civ. V, n. 386, *Dr. Soc.* 1996, 1067, obs. J.-J. Dupeyroux ; Soc. 23 avr. 1997, *Bull*. Civ. V, n. 142, 1er juill. 1997, *Bull*. civ. V, n. 247, *apud* PÉLISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD, op. cit., p. 149). La subordination est la « contrepartie logique de l'absence de tout risque économique assumé par le salarié dans son activité ». De plus, « elle explique les mesures de protection dont bénéficie le salarié ». Il est pourtant vrai que ce critère traditionnel est remis en cause et « perd chaque jour de son efficacité ! À l'intérieur d'une même profession, certains contrats seront qualifiés contrats de travail, alors que, pour d'autres, cette qualification sera écartée. Le juge devra vérifier, dans chaque cas particulier, sous le contrôle de la Cour de cassation, si le contrat est ou n'est pas un contrat de travail. (…) Dans les professions libérales, des sociétés professionnelles ou des sociétés pures et simples emploient comme salariés des avocats et des médecins, comme les établissements d'enseignement privé emploient des professeurs dans le cadre d'un contrat de travail : subordonnés dans leurs conditions de travail ils le sont sans doute, mais entièrement libres dans l'exercice de leur activité spécifique. » C'est pourquoi on observe une « multiplication des situations mixtes, création de chimères à corps de travailleur subordonné et à tête d'indépendant » (PÉLISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD, op. cit., p. 149 et note 4).

Grâce à leurs connaissances, ces travailleurs sont la pointe, l'avant-garde du progrès de l'entreprise en général. Par conséquent, celle-ci a tout intérêt à garantir leur fidélité, car elle dépend d'eux pour assurer sa compétitivité. C'est peut-être la raison pour laquelle, malgré le fait que leur subordination réelle ne soit pas manifeste, **l'entreprise préfère**, d'emblée, **leur reconnaître le « statut » de salariés** dans l'espoir de créer un lien plus fort avec la machine, ne serait-ce qu'un lien purement psychologique (*l'adhésion ou l'implication*), qui est après tout ce qui intéresse le plus.[184] Ainsi, le but est d'obtenir leur adhésion personnelle et volontaire à la cause de l'entreprise, car la grève des neurones est moins perceptible... Tant qu'ils peuvent engendrer des bénéfices, ils s'assurent plus d'avantages que les autres salariés ordinaires. Quant à eux, ils acceptent le « statut » de salarié pour une question de commodité, étant donnée la « protection » dont ils jouissent. [185]

À cet égard, il ne faut pas confondre contrat de travail d'un cadre de haut niveau (p. ex., directeur général) et mandat social d'un président-directeur général (PDG, dont le contrat de travail est suspendu lors de la nomination de l'intéressé), les

[184] Il convient toutefois de distinguer une situation un peu différente. En effet, certains « dirigeants se font consentir un contrat de travail quoique maîtres de l'entreprise » ! Ainsi, « bien des dirigeants ont la qualité juridique de travailleurs salariés. Le contrat de travail est utilisé par les titulaires du pouvoir économique pour être à l'abri du risque au moment même où il est refusé à des hommes exposés de plein fouet aux aléas économiques. » (PÉLISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD, op. cit., p. 149 et note 3).

[185] Il semble pourtant qu'en agissant ainsi ils se trompent, car la protection réelle dont ils bénéficient et qui fait leur valeur si élevée est justement leur connaissance et leur potentiel pour les découvertes ou pour la réussite des relations humaines au sein de l'entreprise. Ils n'ont point besoin de la protection apportée par le droit du travail - ils sont vraiment souvent au-delà de l'emploi...

administrateurs en fonction ne pouvant pas conclure un contrat de travail.[186] Le droit brésilien adopte la même solution, confirmée par l'« Enunciado » 256 du TST.

Toutefois, selon da jurisprudence, le PDG peut être titulaire d'un contrat de travail effectif : « Il n'existe aucune incompatibilité de principe entre un mandat de président du conseil d'administration et des fonctions salariales, et le mandataire social peut, dans l'exercice effectif de tâches distinctes de la direction générale de la société, rester sous la subordination de celle-ci même si, en fait, il ne reçoit pas d'ordres, cumulant alors un contrat de travail avec son mandat. Par suite, le directeur financier d'une société anonyme nommé président du conseil d'administration quinze ans après son embauche est resté lié à la société par un contrat de travail pendant son mandat social dès lors qu'il avait exercé de façon effective les fonctions techniques d'un directeur financier, dépendait hiérarchiquement du conseil d'administration au titre de son contrat de travail et avait perçu à compter de sa nomination, outre son salaire, une indemnité mensuelle rémunérant son mandat social et faisant l'objet d'un bulletin de paie distinct. En conséquence, l'intéressé bénéficie du régime de l'assurance chômage réservé aux salariés. »[187] Cette jurisprudence a par ailleurs été confirmée par la Cour de Cassation : l'intéressé doit établir la preuve d' « avoir exercé effectivement des fonctions techniques distinctes de son mandat social dans un lien de subordination

[186] Cass. soc. 26 janvier 1999 n° 302 D : RJS 6/99 n° 874.
[187] CA Rouen 29 novembre 2000, 1e ch. ASSEDIC c/ Villain.

envers la société »[188] Ainsi, en cas de doute sur l'existence d'un contrat de travail, il sera conditionné à la preuve du lien de subordination et de l'exercice des fonctions techniques distinctes des fonctions attachées au mandat social.[189]

Malgré l'effondrement des cours et de certains résultats, la rémunération des dirigeants n'a cessé d'augmenter, surtout en raison des comparaisons avec leurs homologues américains.[190] Le système a toutefois considérablement évolué, plusieurs éléments pouvant désormais composer la rémunération d'un dirigeant d'un grand groupe : **le salaire fixe** (partie la plus classique, représente désormais la moitié, voire moins, des rémunérations des dirigeants), **le salaire variable** (représente de 30 à 70% de la rémunération, en fonction de critères temporaires arrêtés par les conseils d'administration : en 1999-2000, période de rachats et de fusions-acquisitions, elle était calculée sur les taux de croissance de chiffre d'affaires et de l'excédent brut d'exploitation, avant emprunts, impôts, dépréciations et amortissements ; depuis deux ans, sur le désendettement et les cessions, voire la marge opérationnelle et le cash-flow, notions plus durables), **les stock-options** (référence désormais plus élargie, mais sujette

---

[188] Cass. soc. 30 octobre 2001, n° 4460 F-D, Vattolo c/ Grave ès qual.

[189] Cf. Cass. soc. 17 octobre 2001, n° 4057 F-D, Lohéac c/ SA Dradis (Hyper Champion).

[190] Quelques exemples suffisent à le démontrer : en septembre 1989, le salaire du patron du groupe Peugeot-Citroën, montait à 2,2 millions de francs (environ 35 SMIC), alors qu'en 2002, son successeur touchait près de 2 millions d'euros (environ 13 millions de francs et 166 fois le SMIC). En 1995, Le Nouvel Observateur publie que le PDG de L'Oréal, gagnait 17 millions de francs (soit 2,6 millions d'euros, près de trois fois moins qu'aujourd'hui). Le PDG du Crédit lyonnais touchait 1,6 million de francs (sans ses jetons de présence évalués à 1,2 million), alors qu'il gagnait en 2002 près de 1 million d'euros. Le PDG de Renault gagnait 2 millions de francs en 1995, alors qu'en 2002, il gagnait 1,6 million d'euros. Source : « La modération salariale ne s'applique pas aux dirigeants. A PSA, M. Folz gagne près de 166 fois le smic contre près de 35 fois pour M. Calvet », *Le Monde* du 08/10/03.

à créer des désillusions à cause de la chute de la Bourse, « le prix de l'option étant plus élevé que le cours de l'action à laquelle elle donne droit », raison pour laquelle certaines entreprises ont choisi de distribuer directement des actions à leurs collaborateurs).

Constituent également des éléments **la retraite chapeau** (paiement des assurances « qui prennent en charge la partie des rémunérations qui vont au-delà des plafonds de Sécurité sociale », ce qui assure de toucher entre 60 % et 80 % des dernières rémunérations), **les avantages en nature** (voitures de fonction, avions privés, abonnements à divers clubs de réflexion ou de loisirs, forums internationaux, prêts immobiliers, taux privilégiés à la location de maisons pour les dirigeants expatriés, voire le rachat de leur maison ou appartement par le groupe, en cas de changement d'affectation, assurances santé et frais de scolarité des enfants. Parfois, on permet aux dirigeants de choisir les avantages qu'ils entendent avoir dans une limite de prix donné, leur choix pouvant être révisé tous les ans), **les "golden hello" ou "welcome package"** (primes pouvant atteindre plusieurs millions d'euros pour prendre un poste risqué, concernant le sauvetage réel de l'entreprise), **les "golden parachutes"** (indemnités de départ négociées à l'avance, dont on étudie le remplacement par le versement des indemnités de départ par une assurance, qui pourrait atteindre plusieurs millions d'euros).[191]

[191] Source : « Les mille et une astuces pour augmenter les revenus », *Le Monde* du 08/10/03. En résumé, « Les comités de rémunérations ont juste changé les critères des bonus. Auparavant, ils étaient indexés sur la croissance et le cours de Bourse, ils le sont désormais sur les cessions et le désendettement. En 2002, selon Standard & Poor's, les quinze premiers dirigeants les mieux payés aux États-Unis ont encore

On pourrait enfin penser que pour ce petit nombre de dirigeants privilégiés, la situation actuelle est un « billet » pour le paradis, d'autant plus que le salaire demeure aujourd'hui un atout important des entreprises pour attirer de nouveaux « collaborateurs » de haut niveau. Mais des dysfonctionnements apparaissent là aussi. En effet, une fois atteint un certain palier de rémunération, les intérêts du salarié évoluent vers d'autres directions. Il n'est pas extraordinaire d'entendre qu'un cadre supérieur d'une organisation a refusé une augmentation de salaire en échange d'une modification du lieu de travail. S'il ne veut pas être muté, par exemple, il refuse simplement l'augmentation de salaire, car cela n'est plus important pour lui.

S'y ajoute le fait que les augmentations salariales des hauts salariés sont limitées par les possibilités financières des entreprises.[192] À cet égard, l'Assemblée nationale française a relancé le 8 octobre 2003 une mission d'information qui auditionnera les salaires de certains dirigeants.[193] Le président de la commission des lois

---

gagné en moyenne 35,8 millions de dollars sous forme de salaires, bonus, primes, avantages en nature et stock-options exercées. En France, sans atteindre ces sommets, les vingt premiers dirigeants les mieux payés ont tout de même bénéficié en moyenne d'une augmentation de 20,75 % l'an dernier. » (« Les salaires des patrons au cœur de la réforme des entreprises », *Le Monde* du 08/10/03).

[192] Quoique la loi de sécurité financière impose la transparence sur les salaires des dirigeants des sociétés cotées et que le droit des sociétés ait depuis longtemps fixé la responsabilité civile et pénale des dirigeants et des mandataires sociaux, les rémunérations des cadres de hauts niveaux européens ont toujours été soumises à une transparence relative, contrairement aux Etats-Unis, où les groupes soumettent à leurs actionnaires les salaires et indemnités de leurs dirigeants. Sous la pression des scandales, faillites frauduleuses, corruption et autres malversations, les pratiques commencent toutefois à changer progressivement. La chronique annonce en effet de nouvelles affaires où des ex-patrons sont obligés de démissionner, poursuivis en justice pour abus de confiance, contraints par les médias de restituer les indemnités de départ, ou alors soumis à des disputes concernant le montant d'indemnités.

[193] « Les salaires des patrons au cœur de la réforme des entreprises », *Le Monde* du 08/10/03.

de l'Assemblée nationale est en ce sens « sûr que les nouveaux PDG seront moins payés et, en tout cas, que leurs rémunérations seront davantage liées aux résultats de l'entreprise. »[194] Ce pronostique vient sûrement du plus de confiance et de transparence exigées par les actionnaires et, au demeurant, par la société entière, car le bon fonctionnement des entreprises, la diminution de l'écart entre les rémunérations et la division plus équilibrée des richesses et la protection effective apportée aux travailleurs contribue à la cohésion sociale.[195]

Par ailleurs, une remarque s'impose : personne ne sait exactement quand cela se réalisera, mais des recherches ayant pour but la création des robots qui seraient capables de réaliser des procédures de pensée analogues à celles développées par le cerveau humain, ont déjà commencé. Cela se fait d'une manière beaucoup plus efficace que ce qui existe déjà aujourd'hui. Personne n'ignore qu'en 1997 l'ordinateur *Deep Blue*, d'IBM, a battu le Russe Gary Kasparov, aux échecs. Dans l'avenir, il ne serait pas très surprenant qu'un réseau de machines intégrées puisse créer un pouvoir intellectuel similaire à celui de l'homme. Étant donnée la **substitution progressive de l'homme par la machine**, on peut dès maintenant se demander *quid* du futur des travailleurs de métiers intellectuels…[196]

---

[194] « Pascal Clément : "Je suis sûr que les nouveaux PDG seront moins payés" », *Le Monde* du 08/10/03.

[195] Un des aspects soulevés est la publication individualisée des rémunérations. Pour cela, il faut vaincre une vraie barrière culturelle et établir des critères autres que la consanguinité ou l'amitié pour la nomination des conseils d'administration ou comités de rémunération des entreprises.

[196] On n'envisage pourtant guère une machine qui puisse sentir, malgré le film A.I. Intelligence artificielle (*A.I. Artificial Intelligence,* réalisateur Steven Spielberg, USA, 2001, science fiction, site officiel : http://www.aimovie.com).

La situation s'aggrave quand on observe un important changement des rapports de forces dans le système de relations professionnelles. En effet, la proportion employés/ouvriers s'est inversée : aujourd'hui les chiffres représentant le nombre d'employés et de cadres sont plus importants que ceux concernant les ouvriers. Le **chômage des cadres** est devenu une réalité… Alors, *quid* du stress résultant du souci d'être toujours en tête sous peine d'être écarté du « bon côté » du système ?

Il suffit d'enquêter sur la fréquentation des cabinets de professionnels de la santé (médecins, psychologues, psychiatres, spécialistes en médecine chinoise, etc.) pour répondre : **les cadres sont les plus sensibles à certains troubles de santé**, telles que les maladies cardio-vasculaires, perturbations gastro-intestinales, l'anxiété liée à l'insomnie...

En revanche, le contingent **des exécutants** est formé, en général, de travailleurs manuels qui réalisent des tâches répétitives, l'autonomie étant par conséquent moindre. Souvent représentés à travers l'image d'un ouvrier à salopette bleue, il s'agit de salariés non-qualifiés à bas salaire, quoique leur différence eu égard aux dirigeants ne s'arrête ni au manque de formation académique ni au montant du

salaire. Elle porte également sur la crainte - en général encore inexistante chez les dirigeants - que leur poste de travail soit remplacé par un « robot ».[197]

Le risque de se retrouver sans activité est donc plus important que celui que courent les dirigeants. Autrement dit, le salarié est davantage susceptible d'être remplacé par une machine... ce qui n'arrive pas souvent chez les dirigeants, étant donné leur travail « abstrait »[198]. Quant aux exécutants, les dysfonctionnements se révèlent par conséquent encore plus manifestes. Tout en étant pourvus d'une occupation, ils sont en général **dénués de toute stabilité**, même s'ils sont ceux à en avoir le plus besoin pour des raisons alimentaires ou de premières nécessités (v.g., habitation, habillement, hygiène), personnelles et familiales. Pour ce groupe de travailleurs, **la subordination devient par conséquent plus effective.**[199] À titre d'exemple, la grève des bras est évidente à constater et donc à sanctionner.

---

[197] Bien évidemment ce paragraphe doit être situé dans le contexte actuel qui comprend une réalité multiforme. Certains exécutants sont en effet très qualifiés, voire surqualifiés, ce qui rejoint l'affirmation que les tâches de « penser » et de « faire » se voient de plus en plus regroupées.

[198] Il ne faut pas confondre l'adjectif « abstrait » utilisé ici (dans le sens de « conceptuel » ou « relationnel »), avec celui employé par Marx. Dans *Le Capital,* Marx conçoit en effet le travail abstrait, par opposition au travail concret, comme le travail humain utilisé dans la fabrication de marchandises considérées en tant que valeurs d'échange. Quand cela arrive, ajoute Marx, les marchandises n'ont plus aucune valeur d'usage et on peut abstraire toutes ses formes et éléments matériels, ainsi que toute sorte de travail concret utilisé pour les transformer. Ainsi, les marchandises considérées comme valeur d'échange « ne se distinguent plus les unes des autres, mais se réduisent à une seule sorte de travail : le travail humain abstrait ». (*O Capital*, livre 1er., vol. 1, 5ème. ed., trad. de Reginaldo Sant'Anna. São Paulo, Civilização Brasileira, 1980, p. 44).

[199] L'annexe II traite d'une vieille chanson française qui parle des plaintes lamentables et pénétrantes des ouvriers et semble être encore à l'ordre du jour.

Cependant, la qualification « exécutants » ne se borne pas aux seuls ouvriers. Plus récemment, l'évolution des métiers est si rapide que nombreux sont les cadres qui peuvent être aisément qualifiés d'exécutants...[200] Les télé-acteurs des « hot lines » sont là pour le prouver. Assujettis à un travail « moderne », ils demeurent aussi subordonnés qu'un ouvrier dans la chaîne de production.[201] Cette perspective de **dissémination de la catégorie des exécutants** est corroborée par les techniques de « responsabilisation » tendant à assurer l'auto-exploitation des salariés, notamment des cadres ordinaires ou intermédiaires qui, simples salariés sous forte dépendance hiérarchique, sont en même temps tenus pour responsables de leur production à l'instar des « indépendants ».

---

[200] Il serait peut-être mieux de dire le contraire : plusieurs sont les exécutants qui sont artificiellement considérés comme des cadres. Cela pourrait aussi expliquer le fait que le nombre de « cadres » soit actuellement plus important que celui d'ouvriers.

[201] Un exemple peut être trouvé dans l'entreprise phare de la « nouvelle économie », spécialisée dans la vente des livres par Internet Amazon, dont le fondateur possède plus de 4 milliards de dollars, et qui a été créée en 1995, mais dont la valeur actuelle est estimée comme étant plus élevée que celle de toutes les grandes chaînes de librairie américaines réunies. Toutefois, cette entreprise emploie des salariés pour un travail loin d'être créatif. Souvent jeunes, non mariés, instruits, plusieurs centaines d'entre eux opèrent ainsi dans des bâtiments de Seattle sur de gigantesques espaces paysagers divisés en box individuels minuscules et partagés. Avec un casque de téléphone sur le crâne et le visage sur un écran, ils sont censés traiter douze messages électroniques par heure. Si le rendement est inférieur à sept messages et demi, la sanction peut être le licenciement. Et si une conversation - menée d'une voix « qui doit être assez audible pour le client et pas trop bruyante pour les collègues de box » - dure plus de quatre minutes, cela vaut avertissement au coupable. Un de ces travailleurs explique : « C'est comme la Chine de Mao. On ne cesse de nous demander d'aider le collectif. Sinon, c'est que vous nuisez à la famille. Mais cette famille-là ressemble à un de ces shows de la télévision américaine dans lesquels les parents se battent. » Un autre ex-salarié complète : « On ne cesse de parler du rôle révolutionnaire d'Internet dans les affaires. Mais pour l'essentiel, on fait un travail répétitif avec en permanence des gens sur le dos. Qu'y a-t-il de révolutionnaire là-dedans ? La seule différence, c'est que nos superviseurs ont souvent des piercings à l'oreille et s'habillent en cuir. » (*Le Monde diplomatique*, février 2000). Un autre exemple d'exploitation : toujours dans une entreprise d'informatique, une animation organisée en septembre 1999 pour les salariés consistait à aller travailler la nuit pour répondre à un maximum de cyber-requêtes. Le gagnant a remporté un prix équivalent à environ 600 francs (un peu moins de 100 euros).

D'une manière générale, par ailleurs, bien que les exécutants en soient réduits à une situation de vraie subordination et qu'ils aient **besoin plus que jamais de la trame de protection du droit du travail**, ils ne se voient pas toujours reconnaître la qualité de salariés, ou alors on leur accorde le statut de salarié occupant des postes intérimaires et assujettis à des conditions de travail temporelles ou sans liaison juridique/pratique avec les réels bénéficiaires du travail. Étant donné leur bas niveau de rémunération, ceux qui sont indépendants ou ceux qui gagnent par production ont aussi tout intérêt à produire davantage, pour mieux assurer leurs revenus. En définitive, soit ils sont exclus de toutes sortes de protection du travail, soit ils n'en bénéficient que partiellement.

Il faut toutefois se rendre à l'évidence que, de nos jours, dans de grandes chaînes de production, le salarié travaille, d'une manière générale, dans des locaux plus aérés et moins bruyants, donc moins insalubres. Les « robots » exercent les tâches les plus pénibles, celles pour lesquelles les travailleurs devaient auparavant fournir un effort plus important.[202] Par conséquent, pour certains salariés, ceux qui demeurent rattachés à l'entreprise, les nouvelles technologies peuvent apporter sans aucun doute **davantage de confort et de meilleures conditions de travail**.

[202] La modernisation facilite, en outre, le travail des salariés, en leur épargnant certains mouvements corporels. Quand une machine soulève à une hauteur précise l'endroit où, par exemple, le salarié doit tourner une vis, cela empêche le salarié de se pencher à plusieurs reprises et il pourra donc travailler dans de meilleures conditions d'ergonomie.

En revanche, cette démarche implique pour eux un certain effort d'adaptation[203]. De surcroît, **tous les travailleurs ne seront pas capables de s'adapter suffisamment, de manière à garantir leur place dans le monde du travail…** L'automation devient donc un moyen de contribuer à ce que les activités soient moins pénibles, mais pas moins stressantes. L'univers est dominé par la polyvalence nécessaire des travailleurs. Le stress devient un mode de régulation. La capacité de faire le travail de plusieurs personnes devient constamment la condition « sine qua non » pour garder son emploi.

Par ailleurs, il convient de signaler que **la technologie n'est pas développée et utilisée de la même manière partout dans le monde**. Les usines établies dans les pays émergents n'ont pas le même niveau d'automatisation que les usines installées dans les pays plus industrialisés… Pour s'en convaincre, il suffit de visiter, par exemple, l'usine d'automobile Renault à Flins, dans la région parisienne, et la comparer avec l'usine Fiat à Betim, dans la région de Belo Horizonte, où habite l'auteur de cette thèse… La haute technologie n'est pas toujours offerte aux travailleurs des pays émergents… ce qui, paradoxalement, peut avoir des avantages en ce qui concerne le nombre de postes de travail survivant aux innovations.

---

[203] P. ex., travailler avec une nouvelle machine ou apprendre un métier similaire. En ce sens, les DRH font souvent des études permettant une meilleure organisation des tâches. Les emplois sont d'abord déterminés en fonction du savoir et du savoir-faire. Ensuite, les activités des anciens postes sont regroupées par lignes de métiers classés dans des répertoires ou « référentiels de compétences ». Puis, les compétences des salariés sont identifiées, par des méthodes multiples. Enfin, des solutions sont proposées pour combler les éventuels écarts entre l'« existant » et le « requis ». Un métier peut donc recouvrir

Il n'empêche que **les conséquences du processus d'automation pour le droit du travail sont souvent désastreuses étant donnée la diminution des postes de travail**, ce qui touche principalement les salariés moins qualifiés. Progressivement remplacés par des « robots » de dernière génération, les salariés, notamment les ouvriers, se voient perdre leur place dans la chaîne de production. L'exemple le plus manifeste à cet égard est l'automatisation des banques et du secteur automobile[204], ce qui atteint aussi bien les pays du premier que du tiers monde.[205] Le coût de la modernisation de l'entreprise pour le salarié peut donc être la perte de son emploi.

Par conséquent, quand la question de l'avenir du droit du travail se pose, il faut faire la part des choses. Il est vrai que certains salariés (les dirigeants) n'ont pas pour le moment besoin d'une réglementation protectrice du travail. Ils se voient

---

plusieurs postes, qui peuvent être exercés au sein de structures fonctionnelles différentes, sur des sites éloignés.

[204] Quoique cela arrive également dans d'autres secteurs : en annonçant le licenciement de 3 000 postes d'encadrement, soit 10% du personnel appartenant à cette catégorie d'ici six à neuf mois, British Telecom est prête à augmenter son endettement jusqu'à 16 milliards de livres contre 7 milliards actuellement, pour poursuivre ses acquisitions dans Internet (« British Telecom supprime 3 000 emplois », *in* Le Figaro économie, jeudi 3 février 2000, p. VI).

[205] L'usine de Flins de Renault, par exemple, employait en 1947, 2 000 ouvriers, techniciens et cadres qui assuraient une cadence de production de 175 véhicules par jour. Déjà en 1962, pas plus de 10 000 personnes travaillaient dans l'usine. Et aujourd'hui 1 800 véhicules sont produits par jour à un niveau d'automatisation de 97% pour « Clio » et de 92% pour « Twingo ». Seulement le nombre de personnel a diminué : à l'heure actuelle, l'usine emploie 6 500 personnes. De son côté, l'usine automobile de Volkswagen, à São Bernardo do Campo, avait atteint 40 000 postes de travail, tandis qu'aujourd'hui elle n'en a que 17 000. De plus, quelques accords collectifs inédits jusqu'à une époque récente ont commencé à être conclus. Un exemple concret : en décembre 1998, le syndicat des salariés dans la métallurgie d'une importante région industrielle de São Paulo (la région de l'ABC et de Taubaté) a conclu avec cette même entreprise Volkswagen un accord collectif, dans lequel la durée hebdomadaire de travail passait de 42 à 35 heures, avec une réduction proportionnelle des salaires. En contrepartie, cette mesure évitait la suppression immédiate de 7 500 postes de travail dans l'usine.

offrir, le plus souvent, des conditions beaucoup plus avantageuses que les « minima » garantis par la réglementation légale. La plupart des travailleurs exécutants néanmoins ne bénéficient que de la réglementation minimale du droit du travail, qu'elle soit légale ou conventionnelle.

Juste pour conclure ce raisonnement, l'écart existant entre les salaires des PDG e ceux des autres salariés n'a cessé de croître. En effet, « Selon le syndicat américain AFL-CIO, "depuis 1980, le salaire moyen des ouvriers aux Etats-Unis a augmenté de 66 % et dans le même temps les rémunérations des patrons de 1 996 %". En 1980, outre-Atlantique, le salaire moyen d'un PDG était 42 fois celui d'un ouvrier moyen, en 1990 l'écart est passé à 85 fois, et 531 fois en 2000 ! En France, selon le cabinet Proxinvest, en 2001, 39 des principaux PDG touchaient en moyenne une rémunération (salaire plus bonus et stock-options) de 7,4 millions d'euros, *"soit l'équivalent de 554 fois le SMIC".»*[206]

Un autre aspect à analyser à propos de l'effectivité du principe protecteur à l'égard du nouveau travailleur est la tendance actuelle à l'individualisation des rapports.

B – L'INDIVIDUALISATION DES RAPPORTS

Il s'agit des conséquences découlant de la prééminence de l'individuel sur le collectif. Quand le droit du travail retire la moindre protection des salariés au nom des doctrines libérales, il légitime, certes, la concurrence entre les entreprises. Néanmoins, il court le risque en même temps **d'inciter la concurrence entre … les individus** ! Or, la concurrence n'est pas toujours porteuse de progrès…[207]

En effet, l'entreprise ne progresse qu'à travers les compétences de ses salariés. La preuve est que si celles-ci stagnent, l'entreprise ne sera plus compétitive. La logique libérale incite donc les salariés au développement de leurs compétences individuelles.[208] Et cela peut aller jusqu'au point d'acquérir des compétences antérieurement attribuées à un collègue d'équipe. Ainsi, les salariés finissent par faire des heures supplémentaires pour augmenter le revenu ou pour maintenir le poste, tout en accumulant des tâches affectées à d'autres postes de travail, ce qui réduit les offres et augmente le chômage. Résultat : plus les salariés acquièrent de compétences, moins de

---

[206] « Les salaires des patrons au cœur de la réforme des entreprises », *Le Monde* du 08/10/03.

[207] À cet égard, « la concurrence n'est qu'une abominable oppression, parce qu'elle fait du pauvre la victime du riche. Elle enrichit le riche et appauvrit le pauvre, accroît les inégalités sociales, engendre l'oppression et la fraude et tend à remplacer l'aristocratie de race par l'aristocratie d'argent. La concurrence est pour le bourgeois une cause incessante de ruine, pour le peuple un système d'extermination, et cependant elle ne procure pas à la masse de consommateurs le bon marché, qui lui sert de prétexte et qui seul pourrait l'excuser. » (Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE, t. 15, publié en 1876, p. 439, observations sur l'ouvrage de Louis BLANC, *De l'organisation du travail*).

[208] En réalité, l'exemple de l'isolement ou de la primauté de l'individuel vient du haut : le libre commerce est accepté par les grandes puissances mondiales comme une règle pour les autres. Mais ne sont-elles pas parmi les premières à l'enfreindre (ex : à travers des subsides qui écrasent la concurrence mondiale) ?

salariés seront indispensables dans la structure de l'entreprise. C'est l'application de la vieille loi de l'offre et de la demande.[209]

Arrêtons-nous quelques instants sur l'appréciation de la situation des travailleurs plus âgés. Autrefois, la retraite existait en tant que mesure pour faire face à l'incapacité physique à travailler après un certain âge et à assurer les revenus indispensables à l'existence, originairement perçus par la seule capacité productive. Cela était la règle du jeu à l'époque où l'espérance de vie était limitée et où l'activité industrielle dominait. Le pensionné bénéficiait de sa retraite pendant seulement quelques années, surtout quand il s'agissait des professions les plus pénibles.

Anjourd'hui cependant les données du jeu ont changé. En effet, selon le rapport Foucauld[210], un retraité peut actuellement compter sur jusqu'à vingt-trois années en moyenne de prise en charge par le système de retraite.[211] La vieillesse est de

---

[209] Un colloque sur « L'individu hypermoderne », tenu à Paris du 8 au 11 septembre 2003, sous l'égide de l'Ecole supérieure de commerce de Paris, montre bien l'exploitation des concepts tels que le bien-être, le développement personnel et le bonheur dans la société contemporaine, fortement marquée par l'instabilité et l'individualisme. L'individu hypermoderne est celui « dont les fondements actuels sont ceux de la compétition et de la guerre économique ». Le succès des « livres de recettes » sur le bonheur est un exemple du malaise qui frappe cette société, où le changement « est devenu une valeur » et où la course vers le « toujours plus, toujours plus vite » est devenue permanente. Source : « Le bien-être est-il dans l'excès ? Dans une société individualiste, marquée par l'urgence et l'intensité, la quête du bonheur devient un exercice complexe », *Le Monde* du 01/10/2003.

[210] Il s'agit du rapport que Jean-Baptiste de Foucauld a rédigé en décembre 1998 pour le compte de la Caisse nationale d'assurance vieillesse.

[211] Il est vrai que la réforme des retraites, définitivement adoptée par le Parlement français le 24 juillet 2003 et entièrement validée par le Conseil constitutionnel le 14 août 2003, prévoit l'allongement progressif de la durée de cotisations (40 ans pour tous en 2008, 41 ans en 2012), destiné, selon le Conseil constitutionnel à sauvegarder le système de retraite par répartition. La loi prévoit également une baisse de la pension de 5% par année manquante à compter de 2013. Ces modifications ont pour objectif de

moins en moins synonyme d'incapacité. Et, par conséquent, il devient pertinent de distinguer ce qui s'apparente à un troisième âge relativement actif d'un quatrième âge plus ou moins dépendant.

Par ailleurs, le développement de nouvelles technologies de production fait que le travail humain devient de moins en moins « physique », pour être de plus en plus intellectuel, ce qui à la fois soulage le corps et surcharge le cerveau. Il s'ensuit une possibilité plus grande de maintenir les personnes âgés sur le marché du travail, dans la mesure où les tâches intellectuelles ne dépendent pas de leur état physique.

Pourtant, les entreprises veulent « dégraisser » et parmi les premiers à entrer dans des listes de licenciement, se trouvent justement les personnes de plus de 50 ans, considérées trop vieilles pour s'adapter au nouveau rythme des opérations. À cet égard, la France connaît un taux d'emploi très faible des salariés âgés de plus de 55 ans.[212] Renault, par exemple, a négocié avec l'État, dans le cadre des 35 heures, un plan

---

diminuer le nombre d'années de prise en charge par la sécurité sociale, ce qui contribue à l'équilibre financier des systèmes ; et de maintenir les personnes âgés davantage sur le marché de travail. De même, en Allemagne, une commission dirigée par l'économiste Bert Rürup propose de repousser l'âge légal du départ à la retraite (*Le Monde* du 29/08/03, « La commission 'Rürup' propose d'attendre plus longtemps une retraite amputée »).

[212] «Dans ce domaine, la France est en queue de peloton européen avec 32 % pour les hommes de 55-64 ans, alors qu'il atteint près de 50 % dans l'ensemble de l'Union européenne. Le Conseil européen de Stockholm, en mars 2001, a fixé le taux de 50 % pour les 54-64 ans comme objectif à atteindre dans tous les pays de l'Union en 2010.(…) L'éviction des travailleurs âgés du marché de l'emploi conduit (d'ailleurs) à s'interroger sur le recours excessif au mécanisme de préretraite. » (www.retraite.gouv.fr) Voici un tableau comparatif (source: OCDE):

quinquennal de départs anticipés sur la forme de préretraite pour des salariés âgés de plus de 57 ans. Cela veut dire que la société est prête à dépenser 3,8 milliards de francs pour que 13 000 salariés dans ces conditions quittent l'entreprise dans les 5 prochaines années. Selon son PDG, cette opération a le mérite de « résoudre qualitativement et quantitativement nos problèmes d'effectifs »[213].

Courtoisie, fiabilité, sérénité, expérience ne manquent toutefois pas en général chez les personnes de plus de 55 ans. Leur travail semble donc encore aujourd'hui être très apprécié dans certains secteurs tels que l'hôtellerie et les services spécifiquement dédiés aux seniors (p. ex., habillement, vente de cosmétiques pour les clientes qui ont dépassé la cinquantaine), ainsi que dans le service (payant) de renseignement des clients des plates-formes téléphoniques des banques (suivi des comptes, dossiers de crédit, investissements, commandes de chéquiers).[214]

Taux d'activité des 55-64 ans dans quelques pays de l'UE

Pays	*Taux d'activité**	*Âge moyen de cessation d'activité*
France	37,2 %	58,7
Allemagne	37,7 %	61,6
Italie	37,8 %	60,4
Grande-Bretagne	50,0 %	63,2
Pays-Bas	38,3 %	62,1
Finlande	42,7 %	62,2
Suède	65,1 %	69,2

* Le taux d'activité intègre les personnes en situation de chômage ou de préretraite, ce qui le distingue du taux d'emploi.

[213] « Nissan et préretraites font plonger le bénéfice de Renault », *Le Monde*, samedi 19/2/2000.

[214] Source : « Commencer une nouvelle vie professionnelle après 55 ans », *Le Monde* du 04/10/03.

À ce niveau de l'analyse, on pourrait se demander à quoi sert le travail sans limite d'âge, si cela se réalise dans le contexte actuel où la fin de carrière n'est pas assumée par les entreprises et où les anciens salariés risquent de demeurer sur le bord de la route, en attendant le complet vieillissement ... ou la création des « emplois-vieux », comme il existe des « emplois-jeunes »... [215]

Par conséquent, les rapports s'individualisent de plus en plus et la concurrence entre les individus sur un même poste de travail s'exacerbe. L'individualisation de la relation salariale s'instaure.[216] L'atomisation des travailleurs domine les relations professionnelles. Dorénavant, l'individu gère sa carrière. La société est devenue très mobile et, par conséquent, très individualiste. En matière de rémunération, par exemple, dans plus de la moitié des cas, l'entreprise préfère privilégier les politiques salariales individualisées, ce qui, d'une part, peut **menacer**, à l'extrême, **le système de rémunération à l'ancienneté** et, d'autre part, peut être à l'origine d'un vrai clivage dans le critère de subordination. En effet, cela pourrait

[215] L'image est de Xavier Gaullier, sociologue et chercheur au CNRS. Pour ne donner qu'un exemple de l'actualité, un article publié dans la presse révèle le traitement décerné par une société à ses salariés les plus âgés : « La société informatique a notamment supprimé les stock-options pour ses salariés les plus âgés. Si le débat sur la réforme des retraites vient de s'achever, les entreprises se gardent bien de préciser le sort qu'elles entendent réserver à leurs salariés les plus âgés. Peu d'entre elles ont, à ce jour, évalué les conséquences de la nouvelle loi et anticipé la volonté gouvernementale de maintenir dans l'emploi une catégorie de 'seniors' de plus en plus nombreuse à partir de 2005. » (« Comment Unilog 'repositionne' ses cadres de plus de 56 ans », *Le Monde* du 29 juillet 2003).

[216] En ce sens, les objectifs sont désormais fixés individuellement. Les salaires sont majorés de manière individuelle. Les primes sont octroyées en fonction de la compétence et du mérite individuels. Les carrières deviennent individualisées. Et les entretiens individuels d'évaluation se répandent.

bénéficier les salariés ayant des compétences plus recherchées. Néanmoins, cela pourrait fortement décourager les ouvriers « exécutants ».

L'exemple le plus parlant de la prééminence de l'individualisme dans les relations professionnelles est néanmoins celui des cadres, étant donnée la grande rotation dans l'emploi (« turn-over ») de cette catégorie professionnelle. Dans cette lutte de tous contre tous, de nombreux nouveaux embauchés préfèrent rester à côté de leurs employeurs, garantissant la bonne productivité de l'entreprise et par conséquent leurs propres emplois, qu'essayer de lutter pour de meilleures conditions de travail pour toute la catégorie.[217] C'est une situation commode et convenable, mais pas moins égoïste et isolationniste.[218]

Même si la pratique de « *l'individuel* » a des limites, elle participe aux organisations sociales en tant qu'élément d'une réalité, tout en générant une des conséquences les plus néfastes de l'individualisation des relations, encore plus grave que la réduction de l'effectivité du principe protecteur du travailleur : **l'appauvrissement de la santé des travailleurs**. À cet égard, une étude révèle :

[217] Ce dernier discours semble d'ailleurs dépassé, il y a déjà longtemps... À titre d'exemple, 60% des sociétés françaises qui individualisent les carrières de leurs salariés tentent simultanément de mettre en relation leur système d'évaluation individuel et leur politique salariale individualisée.
[218] D'autres exemples sont tout aussi révélateurs : l'existence de travailleurs intérimaires ou issus d'un CDD joue un rôle dans la diversification des statuts dans l'entreprise, aussi bien qu'un isolement individuel, dans la mesure où ils ne sont pas intégrés au groupe socioprofessionnel, étant donnée la courte durée de leurs séjours dans l'entreprise. On verra cela avec davantage de détails dans la suite de cette thèse.

> « Au total, les nouvelles formes d'organisation amènent des conditions de travail dont les effets risquent d'être très différenciés selon les individus. L'individualisation des objectifs et des performances renforce le poids de la charge mentale. Compte tenu des contraintes de temps, le salarié ne choisit plus la meilleure façon de faire pour lui-même, et pour sa santé, mais la façon la plus efficace pour l'organisation. Du coup, les résultats sur sa santé dépendront surtout de ses capacités à concilier les objectifs qui lui sont assignés sous la contrainte des moyens qui lui sont accordés. »[219]

Pire encore : devant souvent se débrouiller tout seul, « le risque d'échec individuel du salarié qui se retrouve seul face à ses responsabilités devient de moins en moins négligeable. » [220] Tout cela concourt donc à affaiblir, voire à abolir les repères et les solidarités collectives, ce qui entraîne un affaiblissement des rapports humains. En effet, l'époque actuelle est profondément marquée par une montée en puissance des efforts individuels, en même temps que par un recul de l'adhésion à l'action collective. Il en résulte un **anéantissement des structures collectives** (par exemple, de défense des droits des travailleurs, associations, syndicats, coopératives), au premier rang desquelles l'État, dépositaire de toutes les valeurs universelles associées à l'idée de *public*. Le résultat peut être uniquement la réduction de la protection du salarié. Le programme libéral de destruction méthodique des mécanismes collectifs inclut ainsi l'érosion des solidarités traditionnelles et l'émiettement de la communauté des salariés.

---

[219] HAMON-CHOLET et ROUGERIE, op. cit..

La mondialisation favorise, par ailleurs, la prolifération de diverses formes nouvelles de travail, dont beaucoup échappent à la législation applicable. Le droit du travail doit être, certes, dynamique et flexible[221]. Produit d'une société qui bouge et qui évolue, il doit constamment se renouveler pour s'adapter aux nouvelles exigences. Mais il n'est pas inutile d'examiner – comme on vient de le faire et comme on le fera par la suite – avec attention, les disparités que quelques modifications peuvent engendrer. En ce sens, il n'est pas de mondialisation durable sans échange de richesses. N'y aurait-il pas un équilibre à rétablir entre salariés eux-mêmes et entre salariés et employeurs ? À cet égard, certains contrats sont plus adoptés que d'autres.

§ 2. Le principe protecteur et les nouveaux contrats

Comme réponse au souci de création d'emplois, les pays acceptent de « flexibiliser » le droit du travail, en introduisant dans leur législation de nouvelles formes de contrat, en substitution à la forme classique du contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein.[222] Par conséquent, quoiqu'il existe des études remettant

---

[220] *Idem, ibidem*.

[221] Le mot est employé, ici, dans son sens original, proche d'« adaptable ».

[222] Certes, les indices des pays industrialisés démontrent que la stabilité et la sécurité de l'emploi sont encore relativement fréquentes (AUER, Peter ; CAZES, Sandrine. *L'emploi durable persiste dans les pays industrialisés.* Revue Internationale du Travail, vo. 139, numéro 2000/4). Il n'empêche qu'un sentiment de crainte s'agrandit, justifié par des chiffres officiels sur les postes de travail. À cet égard, p. ex., la statistique annuelle de l'emploi salarié en France, publiée le 20 août 2002, a constaté que la croissance de l'emploi en 2001 a été en net retrait par rapport à l'année précédente : +1,7% en évolution annuelle. « Sur l'ensemble de l'année 2001, on a enregistré la création de 268 783 postes supplémentaires, correspondant

en cause cette idée, les relations d'emploi durables ont largement changé depuis quelques décennies, avec de fortes conséquences pour l'effectivité du principe protecteur.

En effet, maintes situations intermédiaires se font aujourd'hui présentes dans les rapports du travail. Travail « au noir », sous-emploi, travail à temps partiel, emplois atypiques, sous-traitances, stages, essaimages, formation en alternance, contrat emploi solidarité (CES), contrat insertion dans l'emploi (CIE), contrat emplois-jeunes[223], autant de pratiques différentes qui dérogent à la règle classique de formation du contrat à durée indéterminée à plein temps avec le bénéficiaire direct du travail. Par conséquent, si auparavant la division classique était établie entre chômeur *versus* salarié, aujourd'hui, ceux qui travaillent dans les « nouvelles formes » ne sont pas des chômeurs, parce qu'ils ne sont pas demandeurs d'emploi ; mais ils ne sont pas non plus salariés « typiques » ou « classiques ».

Cette multitude de contrats est justifiée par le grand nombre de travailleurs disponibles. L'offre de travailleurs étant plus grande que la demande, le

---

à un taux annuel d'évolution de 1,7% en glissement. Cette progression de l'emploi en net retrait par rapport à l'année précédente, laquelle avait connu un nombre record de postes supplémentaires (+593 492), représente néanmoins la quatrième performance en matière de création d'emplois depuis 1990. Chaque année, dans le courant du mois d'août, la Direction des Études et des Statistiques de l'Unédic fait paraître les résultats détaillés de la statistique de l'emploi salarié dans les établissements affiliés à l'Assurance chômage. Ces résultats permettent d'apprécier l'évolution de l'emploi salarié dans les secteurs d'activité de l'économie nationale, les départements et les régions, et d'analyser les mouvements de main d'œuvre entre établissements de taille différente.» (Source : www.assedic.fr).

résultat est que plus de 40% des travailleurs européens sont aujourd'hui au chômage ou se trouvent sous-employés dans le cadre d'emplois temporaires ou à temps partiel.[224] Au Brésil, d'après une étude du Ministère du travail et de l'emploi concernant 2000 entreprises en 2002, 68% utilisent des contrats spéciaux flexibles, ayant pour justificatif la réduction des coûts de main-d'œuvre.[225]

Le *droit du travail* est ainsi confronté au *non droit du travail* ou au *quasi droit du travail.* Dans ce contexte particulier se posent le problème de l'insertion professionnelle et aussi celui du maintien de l'insertion... C'est pourquoi parallèlement aux pratiques légales, des pratiques illégales s'exercent. Le droit du travail qui a toujours exclu certains travailleurs (artisans, commerçants, professionnels libéraux, d'autres travailleurs indépendants, soit 11% de la population active française), expérimente aujourd'hui une **diminution de son champ d'effectivité**, même parmi les travailleurs qui devraient bénéficier de son principe protecteur.

L'accroissement et la diversification de segments de main-d'œuvre sur le marché du travail (p. ex., l'essor du secteur tertiaire) est au cœur du débat. En effet, la société d'aujourd'hui est très hétérogène, contrairement à l'époque où l'emploi industriel était au sommet de l'organisation productive et par conséquent les métiers

---

[223] CDD de cinq ans, loi du 16 octobre 1997 visant les services publics. Ils ne sont pas renouvelés, mais seront remplacés par des contrats insertion citoyenne (CIC).
[224] SYROPOULOS, Georges. « Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs », *Droit social*, avril 2002, p. 392.

étaient très semblables. Cela contribue encore plus au développement de nouvelles spécialités de travail « non-productif ».[226] Les relations deviennent par conséquent capillaires et il en résulte un ensemble de « microcosmes » juridiques qui ne peuvent plus être réduits à un repère général unique.

Pour emprunter les paroles à un brésilien, « Le vieux droit du travail ne répond plus aux besoins de l'actualité. Son caractère protecteur est né pour régler des relations avec une certaine stabilité. Les principes de la continuité du lien de subordination et de la subordination contrôlée ont tendance à se désagréger en d'autres formes de subordination et d'exploitation. Celles-ci inciteront à l'autonomie en même temps qu'elles exigeront une meilleure qualité du travail, en fonction d'un contrôle plus rigoureux des résultats. »[227]

De nouvelles formes de travail non permanent sont donc devenues courantes ; elles sont **issues tant d'une réglementation spécifique ayant pour but**

---

[225] *Jornal do Brasil* du 17 novembre 2002, Cahier spécial "O mundo do trabalho", p. 7.

[226] C'est Adam SMITH qui a été le premier à identifier le travail qui intervient dans la création d'un produit non matériel. « Il y a, dit-il une sorte de travail qui ajoute à la valeur de l'objet sur lequel il s'exerce ; il y en a un autre qui n'a pas le même effet. Le premier, produisant une valeur, peut être appelé travail productif ; le dernier, travail non productif. » Sont exemples du premier le travail d'un ouvrier de manufacture (la valeur finale du produit sera la somme de la valeur de la matière travaillée, de la subsistance de l'ouvrier et du profit de son maître) et du dernier le travail d'un domestique, parce qu'il n'ajoute rien à quoi que ce soit. Ainsi, continue A. SMITH, « un particulier s'enrichit à employer une multitude d'ouvriers fabricants ; il s'appauvrit à entretenir une multitude de domestiques. » Aussi, selon lui, les juges, prêtres, soldats, artistes, littérateurs rendent un service à leur employeur ou à l'État. L'utilité matérielle de ce genre de travail (ex. sécurité, délassement, temps épargné) « consiste à rendre les producteurs directs plus capables de se livrer à un travail fructueux », c'est dire, productif (*apud* Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE, t. 15, publié en 1876, p. 464).

l'amélioration du niveau d'emploi, que d'une réaction du marché du travail aux nouveaux temps. Ces nouveaux modes diffèrent tantôt par la particularité du contrat, tantôt par les exigences du métier, voire par les deux éléments à la fois. Il est certain que, dans toutes les pratiques exposées ci-dessous, **le principe protecteur, tel qu'il est traditionnellement conçu, est mis de côté**, pour céder place aux nouvelles nécessités. De plus, ce mouvement d'éclatement de formes d'embauche risque de secouer l'égalité de traitement entre les travailleurs, dans la mesure où plusieurs avantages sociaux sont liés à l'ancienneté dans l'entreprise.

La position des organisations syndicales à l'égard du travail non permanent s'est modifiée au cours du temps. Alors qu'elles étaient auparavant fermement opposées à ce genre de travail, elles semblent actuellement l'accepter, mais de manière relative ou mesurée. Quoiqu'elles considèrent toujours l'emploi à durée indéterminée comme étant la règle générale, elles essayent plutôt d'obtenir un ensemble de droits et de protections pour les travailleurs concernés. Il est vrai que l'existence d'un faible taux de syndicalisation parmi les travailleurs non permanents ne favorise pas la situation.[228]

---

[227] GENRO, Tarso, *apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho. *Perspectivas do direito processual do trabalho no final do século XX. Site* http://www.solar.com.br/~amatra/jluc2.html

[228] **Taux de syndicalisation des travailleurs non permanents et permanents** (Source :EIRO)

	Finlande	*Pays-Bas*	*Norvège*	*Suède*
Non-permanent	70%	10%	39%	69%
Permanente	85%	30%	59%	85%

Du côté des employeurs, d'autre part, la position est beaucoup plus claire : l'emploi non permanent permet d'adapter le nombre de salariés aux besoins de l'entreprise. Par conséquent, le mouvement patronal a tendance à encourager l'emploi non permanent comme un moyen de faire face à la concurrence actuelle, s'opposant souvent aux mesures de réglementation et exhortant à des initiatives d'assouplissement des règles en vigueur dans ce domaine.[229]

Il s'ensuit que trois modes de travail apparaissent : l'essor du travail précaire et du travail à temps partiel, ainsi que le développement du travail indépendant. Bien évidemment, l'objectif de cette thèse n'inclut pas la présentation minutieuse des régimes légaux des contrats, mais se borne à une appréciation des régimes juridiques propres à ces formes de travail eu égard à l'idée fondamentale du principe protecteur.

A – LES CONTRATS DE TRAVAIL PRÉCAIRES TYPIQUES[230]

Le contrat typique (à durée indéterminée à temps plein) cède de plus en plus sa place aux contrats précaires ou atypiques (à durée déterminée ou intérimaire,

---

[229] Les différentes opinions à ce sujet ont été illustrées lors d'un séminaire à Stockholm en février 2001: un représentant des employeurs du secteur privé suédois indiquait que la « flexibilité est une condition préalable à la sécurité » , et le président de la confédération des syndicats suédois répondait que la « sécurité est une condition préalable au changement » (« Emploi non permanent, qualité du travail et relations industrielles », étude comparative de l'EIRO, juillet 2002).

[230] La dénomination est empruntée à M. le Professeur Antoine MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, 1998, p. 274. « Typique » ici signifie « courant » et l'expression « contrat de travail

parfois à temps partiel).[231] Qu'il s'agisse d'un CDD ou d'un contrat temporaire, la fragilité des liens s'avère évidente. La loi, en admettant la conclusion de ces contrats « atypiques » a-t-elle adopté une posture de *légalisation de la précarisation* ?

Toujours est-il que dans ce type de contrat de travail, où les salariés sont considérés comme des remplaçants, le lien contractuel (quand il existe... car dans le cas de l'intérim, il n'y a pas de lien contractuel direct entre le salarié et l'entreprise utilisatrice) est en effet facilement remis en question. Et pourtant, les recrutements sous contrats à durée déterminée ou à titre intérimaire se sont banalisés et connaissent un développement extraordinaire depuis dix ans. Ils sont, à l'heure actuelle, responsables pour les trois quarts des embauches. La part des emplois précaires ne cesse de croître.

Comme résultat de la situation de précarité dans l'emploi, l'attachement à l'entreprise est une valeur en train de disparaître. Le contrat à durée indéterminée devient la forme atypique de recrutement. La réduction du champ d'effectivité du contrat de travail classique a été constatée, par exemple, dans une importante enquête réalisée en novembre 2001 au Brésil, par un institut de recherche, sur un échantillon de 2 578 personnes sur 128 communes réparties dans tous les états

---

précaires typiques » pourraient donc ici être tout simplement substituée par « contrat de travail atypiques ».

[231] L'adjectif qualificatif « précaire » est utilisé dans le sens ordinaire de « révocable », d'« incertain », d'« instable » ou de « passager », mais, sur le plan juridique, il a un usage beaucoup plus restreint que le sens de « précarité »: le contrat « précaire » ne désigne que le contrat à durée déterminée ou le contrat de travail temporaire.

membres du pays[232]: a) le nombre de travailleurs intérimaires est passé de 13% à 16% ;[233] b) le nombre de salariés « typiques » (CDI plein temps) a connu une réduction de 40% à 26%[234] ; c) le marché formel n'englobe que 30% des salariés typiques ; d) la situation est encore pire dans les régions moins développées du pays (*v.g.*, Nordeste).

Par ailleurs, un aperçu de l'évolution du contrat à durée déterminée dans l'Union européenne peut être observé dans le tableau suivant[235] :

Travailleurs sous contrat à durée déterminée en % de l'ensemble de l'emploi salarié, 1983 et 2000

.	*1983*	*2000*	*Variation entre 1983 et 2000*
Autriche	6.0*	7.9	+1.9 (1995-2000)
Belgique	5.4	9.0	+3.6
Danemark	12.5	10.2	-2.3
Finlande	11.1	17.7	+6.6
France	3.3	15.0	+11.7
Allemagne	10.0	12.7	+2.7
Grèce	16.3	13.1	-3.2
Irlande	6.1	4.6	-1.5
Italie	6.6	10.1	+3.5
Luxembourg	2.3	3.4	+1.1
Pays-Bas	5.8	14.0	+8.2
Norvège	n.d.	9.7	-
Portugal	14.4	20.4	+6.0
Espagne	15.6	32.1	+16.5
Suède	12.0	14.7	+2.7
Royaume-Uni	5.5	6.7	+1.2
UE 15**	9.1**	13.4	+4.3***

[232] L'enquête a été réalisée entre le 19 et le 21 novembre 2001 par le *Datafolha*, un des instituts les plus respectés du pays, et a été publiée dans le journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002.
[233] Au Brésil, le travail temporaire est légalement admis depuis la Loi n. 6 019 de 1974.
[234] Il faut rappeler que, entre 1996 et 2001, le chômage a triplé, atteignant 12 760 millions de personnes.
[235] *Chiffre de 1995; ** hormis l'Autriche; *** hormis l'Autriche en 1983. .Sources: Enquête sur les forces de travail d'Eurostat et EIRO, *apud* « Emploi non permanent, qualité du travail et relations industrielles », étude comparative de l'EIRO, juillet 2002.

Selon l'OCDE, les agences de travail temporaire aux États-Unis ont connu une expansion très soutenue, leurs effectifs passant de 400 000 salariés à la fin de 1982 à 1,3 million en 1990 et 2,1 millions en 1995. Au Royaume-Uni, ce type d'emploi s'est rapidement développé à partir de 1992, pour atteindre 7% de la population active.[236] Le travail temporaire est passé de 3% à 10% du total des emplois entre 1980 et 1993 et compte aujourd'hui 16% des emplois en France et 35% des postes de travail aux Pays-Bas.[237]

À la fin du mois de juin 2003, l'emploi intérimaire occupait 619 800 personnes en France. De juin 2002 à juin 2003, le nombre d'intérimaires a toutefois enregistré une baisse de 6,6%, mais certains secteurs connaissent une hausse (agriculture, sylviculture, pêche, industrie automobile). La répartition par catégorie socioprofessionnelle révèle que 78%, soit ¾, des emplois intérimaires concernent des emplois d'ouvriers : ouvriers non qualifiés (41%), ouvriers qualifiés (37%), cadres et professions intermédiaires (7%), employés (15%).[238]

---

[236] Études économiques de l'OCDE, Royaume-Uni, OCDE, Paris, 1996, in *Le Monde diplomatique*, avril 1998, « Faux emplois et vrai chômage ».

[237] À cet égard, « l'emploi non permanent (notamment les contrats à durée déterminée, le travail intérimaire et le travail occasionnel ou saisonnier) représente une proportion de plus en plus importante de l'emploi dans la plupart des pays d'Europe de l'ouest. » (« Emploi non permanent, qualité du travail et relations industrielles », étude comparative de l'EIRO, juillet 2002, www.eiro.eurofound.int.eu).

[238] Source : www.assedic.fr , données saisies le 3 septembre 2003.

« La **durée moyenne est de 10 jours et variable selon les périodes**. Le travail intérimaire est principalement caractérisé par une **forte proportion de missions courtes**. On compte **58,7 %** de missions d'une durée de **1 à 5 jours** en 2000 (contre 58,9 % en 1999). On note, en particulier, un fort taux de missions très courtes **(20 % de missions d'une durée d'1 jou**r). (…) Enfin, malgré une légère hausse de la présence des femmes, cette **activité est essentiellement masculine** pour plus de **70 % des cas**. »[239]

En ce qui concerne le travail temporaire, M. le Professeur J. C. JAVILLIER a déjà précisé que « des justifications économiques (dans l'intérêt de l'entreprise) et sociales (dans l'intérêt du salarié) sont présentées et la réglementation intervenue (résultant de la loi n. 72-1 du 3 janv. 1972), si elle a certes prévu des garanties pour le salarié et si elle a précisé les conditions d'utilisation de ce type de contrat, n'en offre pas moins à l'employeur la possibilité d'échapper en partie à l'encadrement du licenciement prévu par le législateur. Avec une conséquence d'une importance certaine au regard du droit à l'emploi. »[240]

---

[239] Source : www.assedic.fr . Ces données ont été saisies le 16 novembre 2002, y compris dans l'article « La durée des missions d'intérim en 1999 et 2000 », d'où est également extrait que « La construction est le secteur où les missions sont les plus longues (13 jours), suivie de l'industrie (11 jours). Le secteur de l'énergie est celui qui emploie des intérimaires sur les plus longues périodes (20 jours en moyenne) suivi du secteur automobile (19 jours) et des industries des biens d'équipement (16 jours). Le secteur tertiaire est caractérisé par une très forte proportion de missions d'une durée de 1 à 3 jours (50 %). »

[240] J.C. JAVILLIER, *« Normalisation » du licenciement,* où l'auteur explique le double sens dans lequel le qualificatif est utilisé : la nécessité d'une réglementation particulière permettant de limiter l'exercice d'un pouvoir par le chef d'entreprise ; et la démonstration du « normal », entendu comme l'acceptable, l'accepté et le nécessaire (in *Tendances du droit du travail français contemporain*, études offertes à G.H. CAMERLYNCK. Dalloz, Paris, 1978, pp. 101-145).

Mais les conséquences néfastes pour les salariés atypiques ne s'arrêtent pas là. Ils font souvent l'objet de discriminations, surtout en raison des exigences liées à la durée de service pour avoir accès à certains droits ou avantages prévus par la loi ou les conventions collectives ou même par les employeurs. Cela s'applique, outre au licenciement et à l'indemnité, à des domaines tels que la protection en matière de rémunération (notamment les primes et autres paiements complémentaires), de retraites (parfois les régimes de retraite de base et plus fréquemment les retraites complémentaires), d'allocations chômage, de formations, de représentation du personnel ou syndicale et de participation aux élections.

L'extériorisation des activités pourrait également constituer une autre facette du travail précaire et atypique. Le travail « hors les murs », tout compte fait, peut être entendu comme une facilité nouvelle ou alors … une sujétion supplémentaire. Il s'agit d'une catégorie marginale, « que les capitalistes ont su créer et utiliser et qui tend à freiner une possible cohésion de tous les salariés. L'intérim, à ce titre, est un bon exemple, parmi d'autres, de la rapidité avec laquelle le capitalisme joue avec ses différents moyens d'information, il utilise les ressentiments latents pour accentuer le particularisme et noyer sous d'apparentes différences un sort qui est fondamentalement commun. »[241]

[241] G. CAPLAT et J.P. OPPENHEIM. *Le travail intérimaire apud* J.C. JAVILLIER, *« Normalisation » du licenciement*, article cité.

L'existence des travailleurs temporaires – et même des salariés en CDD – provoque donc un éclatement du statut dans l'entreprise. Plusieurs raisons peuvent expliquer cela, mais la principale est, sans nul doute, le peu de temps passé dans l'entreprise à l'occasion de chaque mission, étant donnée la courte durée, en moyenne, des contrats de travail temporaires. Il s'agit ainsi de trop peu de temps pour que des liens puissent être tissés et pour qu'un sentiment d'appartenance à un groupe puisse être formé.[242] Ce cadre temporel restreint empêche la confiance informelle de mûrir, en même temps que le nouveau système soumet les salariés à la dictature du court terme. La preuve peut aussi se faire à travers les « plans sociaux », qui se multiplient, même pour les salariés en CDI…

Ce qui est encore plus grave est que l'intérim et les salariés à CDD – dont le nombre en France a atteint les 897 000 en 2002 (hors État et collectivités locales)[243] – sont perçus, par la communauté de travailleurs fixes de l'entreprise (utilisatrice dans le cas de travail temporaire) comme une menace à leurs propres emplois.

---

[242] Ici, la demande faisant appel aux techniques d*'engagement* et d*'implication* est alors aggravée, car une grande partie des salariés ne reste dans les entreprises que pendant le temps du CDD ou du contrat intérimaire initial... Il n'existe guère de garanties temporelles.
[243] *Liaisons sociales magazine* n. 36, novembre 2002, p. 44.

Pour aller plus loin, arrêtons-nous quelques instants sur l'analyse de la situation du prêt de main-d'œuvre, souvent habillée sous la forme de contrats intérimaires. On sait que, dans ce type de contrat, l'entreprise bénéficiaire du travail engage une autre entreprise intermédiaire qui s'occupera de la prestation de services, les travaux exécutés constituant souvent l'objectif principal de l'entreprise bénéficiaire. Le service bancaire sert d'exemple. Les banques brésiliennes extériorisent de plus en plus leurs activités, engageant des entreprises intermédiaires pour les aider à réaliser des tâches relevant de leurs activités principales, comme versements et virements bancaires, sans pour autant que les salariés soient considérés comme employés du secteur bancaire.

Quelques résultats en découlant peuvent être relevés : 1) le salaire des salariés est souvent inférieur à celui d'un salarié de l'entreprise bénéficiaire, parfois n'atteignant que le quart du salaire de ce dernier[244] ; 2) les salariés de ces entreprises intermédiaires ne bénéficient pas du même statut collectif des salariés directement engagés par les entreprises bénéficiaires du travail ; 3) on constate une diminution du nombre de salariés de certains secteurs économiques, dont les salaires sont plus élevés et qui ont des avantages plus intéressants, donc, réduction du nombre de salariés en meilleure situation ; 4) cette situation contribue également à la fragmentation de l'organisation syndicale, car les salariés des deux entreprises ne seront pas considérés

[244] Il est vrai qu'en s'agissant de travail temporaire, la Loi brésilienne n. 6019, du 3 janvier 1974, dispose que la rémunération perçue par les intérims doit être équivalente à celle des salariés similaires de l'entreprise utilisatrice (art. 12, « a »).

comme appartenant à la même branche d'activité, une fois que l'entreprise intermédiaire n'est qu'une prestataire de services.

En droit positif, il existe pourtant des règles fondées sur le principe protecteur qui peuvent encore faire face à un éventuel appel abusif aux contrats atypiques. L'article 9 de la CLT brésilienne énonce, par exemple, une protection très objective du salarié : sera nul de plein droit tout acte pratiqué ayant pour objectif de *détourner*, *empêcher* ou *frauder* les dispositions de la CLT.[245] Le TRT de Belo Horizonte s'est déjà manifesté à ce propos, en statuant que l'utilisation du prêt de main-d'œuvre « pour payer des salaires inférieurs à ceux observés par l'entreprise utilisatrice n'est pas légitime, constituant une pratique détournée des préceptes protecteurs de la législation sociale. »[246] Malheureusement, cette solution n'est pas toujours retenue.

Au sujet du travail à durée déterminée, la Directive européenne du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre CES, UNICE et CEEP affirme le principe de non-discrimination et vise à prévenir les abus et à garantir un certain niveau de protection et

[245] Peut-être le prêt de main-d'œuvre dans le secteur bancaire, tel que décrit, peut-il être englobé par le verbe « détourner », indépendamment de l'existence de l'intention, élément nécessaire uniquement pour la constatation de la fraude.

[246] TRT/3ème Région, RO 12.205/97, 1ère Chambre, Rapporteur Juge Ricardo MOHALLEM. En ce sens, rappelons la leçon de DEL VECCHIO « L'idée du Droit naturel est, en effet, de celles qui accompagnent l'Humanité en son développement ; et si, comme il est souvent arrivé – surtout à notre époque – que quelques écoles prétendent la nier ou l'ignorer, **cette idée se réaffirme vigoureusement dans la vie** » (c'est nous qui traduisons et qui soulignons). Dans la version originale: "a idea del Derecho natural es, en efecto, de esas que acompañan a la Humanidad en su desenvolvimiento ; y si, como no pocas veces há ocurrido – sobre todo en nuestro tiempo – algunas escuelas pretenden negarla o ignorarla, aquella idea se reafirma vigorosamente en la vida." (*apud* LIMA, Francisco Meton Marques de. O resgate dos valores na

de droits fondamentaux aux travailleurs à durée déterminée dans toute l'Europe. Cette directive a été transposée en droit interne en Allemagne (1er janvier 2001) et en Italie (septembre 2001), aussi bien qu'aux Pays-Bas et au Portugal en août/2001 et en Suède en juin/2001, tandis que la législation française a imposé des mesures de restrictions pour ce genre de contrat, au moyen de la « loi de modernisation sociale » de janvier 2002[247].

En matière de travail temporaire, il existe une proposition de Directive qui devrait faire de même pour les travailleurs intérimaires.[248] Dans ce domaine, relevons que de nouvelles réglementations ont été adoptées en Grèce, Finlande et

---

interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor" Fortaleza: ABC Editora, 2001, p.127).

[247] Cette législation inclut, par exemple, l'autorisation accordée aux travailleurs de résilier un contrat à durée déterminée avant terme s'ils trouvent un poste à durée indéterminée, la période minimale exigée entre deux contrats à durée déterminée pour le même poste, la parité en matière de rémunération entre les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs permanents, l'établissement d'un contrat écrit et l'information des travailleurs à durée déterminée sur les vacances de poste. Évidemment, le salarié peut demander la requalification de son CDD en CDI et le payement d'une indemnité de requalification qui ne peut être inférieure à un mois de salaire, selon l'article L. 122-3-13 (Cass. soc., 4 février 2003, *Droit social,* mai 2003, p. 530). V. aussi, Cass. soc. 10 juillet 2002 n° 2510 FS-PB, Hoffmann et autre c/ Préfecture du Vaucluse et autres : « 1° L'article L 322-4-7 du Code du travail interdit le recrutement de salariés par contrat emploi-solidarité pour pourvoir des emplois dans les services de l'État, fût-ce par le biais d'associations. 2° Est irrégulier, et doit en conséquence être requalifié à la demande du salarié en contrat de droit commun à durée indéterminée, le contrat emploi-solidarité conclu par une association pour un emploi de secrétaire au sein d'une préfecture. » (*RJS,* octobre 2002, décision 1158). Dans cette hypothèse, « Lorsque le juge requalifie des contrats à durée déterminée successifs en un contrat à durée indéterminée, il doit rechercher si la lettre de rupture des relations contractuelles vaut lettre de licenciement au sens des articles L. 122-14-1 et L. 124-2 du Code du travail. » (Cass. soc., 7 mai 2003, *in Droit social,* septembre-octobre 2003, p. 882).

[248] Cette proposition a été publiée dans le Journal officiel n° C 203 E du 27/08/2002 p. 0001 – 0005, site http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=52002PC0149&model=guichett

Allemagne, alors qu'en Belgique, en Allemagne, en Suède et aux Pays-Bas, cela a fait l'objet d'accords ou conventions collectifs.[249]

Le souhait de trouver un équilibre entre la flexibilité pour les employeurs (et les travailleurs) et la sécurité pour les travailleurs a été également à l'origine du concept de la « flexicurité »[250], qui a été utilisé depuis quelques années. Ce concept tente de renverser le sentiment ordinaire selon lequel la quantité de l'emploi ne peut être accrue qu'en diminuant sa qualité.[251] Car il faut se rendre à l'évidence que non seulement l'emploi temporaire peut contribuer à des situations de précarité pendant l'exécution même du contrat de travail, mais il peut aussi jouer un rôle important dans la vie professionnelle des personnes concernées. En ce sens, rien ne prouve que l'emploi précaire améliore l'« employabilité » des chômeurs, par exemple… Dans la plupart des cas, les perspectives à long terme des travailleurs précaires semblent varier en fonction

[249] Source: 2001 EIRO Annual Review: Summary.
[250] « Emploi non permanent, qualité du travail et relations industrielles », étude comparative de l'EIRO, juillet 2002.
[251] Aux Pays-Bas, un Acte de flexibilité et de sécurité a été introduit en droit interne en janvier 1999, flexibilisant les emplois permanents en même temps qu'il accorde davantage de sécurité aux emplois non-permanents. Cet Acte a donc modifié substantiellement la loi hollandaise notamment dans les domaines suivants : 1) les sociétés peuvent utiliser les contrats atypiques d'une manière plus générale ; 2) une série de contrats atypiques consécutifs peut mener, sur certaines conditions (notamment une longue période de temps), à un contrat typique (CDI) ; 3) les travailleurs temporaires qui n'ont pas travaillé pour une certaine agence durant une grande période auront droit, après un certain temps, à une formation et au payement du salaire si, en l'absence de faute, il manque du travail ; 4) les contrats entre les agences de travail temporaire et les travailleurs intérimaires seront désormais considérés comme des contrats de travail ; 5) le préavis sera abrégé et simplifié ; 6) la procédure de licenciement pour motif économique, technique ou organisationnel sera abrégée ; 7) les allocations de chômage seront diminuées si l'employeur paye les indemnités de licenciement. Certains avocats ont exprimé leur avis selon lequel il sera dorénavant plus coûteux aux entreprises de licencier leur personnel. Les médias ont rapporté que l'introduction de l'Acte a déclenché des démissions en masse des intérims qui avaient travaillé pour les agences parfois pendant neuf ans. La société concernée ne s'est rétractée en offrant à ses salariés des

de leur niveau d'éducation et de formation, de leur possibilité d'avancement dans la carrière et donc d'augmentation de revenus, et du poste occupé.

Pour conclure, on pourrait questionner la pertinence de la dénomination « contrats atypiques », car sont-il vraiment *atypiques* ? Il semble que ce genre de contrat soit plutôt *typique* d'une période de mutation du droit du travail et d'une effectivité réduite de son principe protecteur. Dans une moindre mesure, le travail à temps partiel constitue lui aussi un exemple d'efficacité mitigée du principe protecteur.

B – LE CONTRAT DE TRAVAIL À TEMPS PARTIEL

Signifiant une rupture avec le contrat classique qui est caractérisé par le travail à temps plein, le contrat de travail à temps partiel est sans nul doute un instrument de lutte pour l'emploi, s'inscrivant dans le cadre des politiques liées au partage de travail.[252] En effet, le contrat à temps partiel est préférable à une situation de RMI sans activité, surtout lorsqu'une augmentation de l'emploi à temps partiel semble avoir un effet favorable sur le taux de chômage.[253] Encore faut-il néanmoins qu'il soit

---

contrats de travail à durée indéterminée que lorsque les syndicats l'ont menacée de grève. (« Flexicurity Act makes major changes in labour law", www.eiro.eurofound.int.eu)

[252] Il est vrai que le nombre d'heures hebdomadaires travaillées dans le cadre du travail à temps partiel varie selon les pays. Dans l'Union Européenne, par exemple, il peut varier de 24 en Italie jusqu'à 18 en Allemagne. Un tableau comparatif peut être analysé dans l'Annexe III.

[253] DE GRIP, HOEVENBERG et WILLEMS, *L'emploi atypique dans l'Union européenne*. Revue internationale du Travail, vol. 136 (1997), n. 1, p. 64.

temporaire et qu'il puisse octroyer au salarié des moyens nécessaires à la complète réinsertion dans la vie professionnelle.

Selon un rapport présenté par la Commission des communautés européennes - le premier sur les relations du travail en Europe - entre 1985 et 1998, le travail à temps partiel est passé de 4 à 6% pour les hommes et de 28 à 32% pour les femmes. Et le rapport 2003 de la Commission européenne sur l'emploi, publié le 9 octobre 2003, a constaté que 40 % des emplois créés entre 1995 et 2001 l'ont été à temps partiel, occupés essentiellement par les femmes.[254]

On pourrait songer aux motifs de cette recrudescence : partage de responsabilités dans les couples ou difficulté de concilier vie familiale et vie professionnelle ? Car si d'une part le contrat à temps partiel s'adresse quasi-exclusivement au personnel féminin[255], il constitue aussi une dérogation au principe de

[254] Source : « L'emploi européen résiste encore, malgré le ralentissement de l'économie », *Le Monde* du 11/10/03.

l'horaire collectif, contribuant ainsi à l'éclatement des solidarités professionnelles. Par conséquent, les relations de travail deviennent de plus en plus transitoires, peu satisfaisantes, générant un sentiment fragile d'appartenance à une communauté dans laquelle le salarié ne passe qu'un faible laps de temps.

De surcroît, dans ce genre de situation « le salarié à temps partiel supporte seul le poids du *partage du travail*, contrairement à une réduction générale du temps de travail dans l'entreprise qui serait, on le suppose, créatrice d'emplois à temps

---

[255] En France, le nombre d'actifs occupés à temps partiel en 2002 était de 659 421 hommes et de 3 219 183 femmes (*Liaisons sociales magazine* n. 36, novembre 2002, p. 44). Cf. également le tableau ci-dessous (*apud Perspectives, «* Revue Internationale du Travail », volume 136, numéro 1997/4, *http*://www.ilo.org/public/french/support/publ/revue/persp/97-4.htm):

Tableau 3. Part des femmes dans le travail à temps partiel

Pays	1973	1979	1983	1990	1992	1993	1994	1995	1996
Allemagne	89	91,6	91,9	89,7	89,3	88,6	88,1	87,4	–
Australie	79,4	78,7	78	78,1	75	75,3	74,2	74,4	73,4
Autriche	85,8	87,8	88,4	89,7	89,6	89,7	85,3	83,8	84,2
Belgique	82,4	88,9	84	88,6	89,7	89,3	88,1	87,5	87,4
Canada	68,4	72,1	69,8	70,1	69,7	68,9	68,8	68,8	69,1
Danemark	–	86,9	84,7	75,7	75,8	74,9	74,4	73,3	72,2
Espagne	–	–	–	78	77	75,6	74,9	76,3	74,5
Etats-Unis	66	68	66,8	67,2	66,4	66,2	67,3	68	67,9
Finlande	–	74,7	70,1	67,4	64,3	63,1	63,2	64,7	64,3
France	82,3	82,1	84,3	83,8	83,7	83,3	82,7	82	81,7
Grèce	–	–	61,2	64,9	61,3	61,6	58,9	62,7	–
Hongrie	–	–	–	–	–	–	–	70,5	72,3
Irlande	–	71,2	71,6	72,2	72,5	71,7	71,5	72	73,3
Islande[a]	–	–	–	82,1	82,1	80,4	79,3	78,4	78,8
Italie	58,3	61,4	64,8	67,3	68,8	70,5	71,1	70,6	69,4
Japon	70	70,1	72,9	70,7	69,3	67,7	67,5	70,1	68
Luxembourg	87,5	87,5	86,7	82,2	91,2	–	89,5	91	88
Mexique[a]	–	–	–	45,6	46,3	46,1	47,8	50	51,9
Norvège	76,4	77	77,2	81,6	80,1	80,5	80,8	80,5	79,3
Nouvelle-Zélande	72,3	77,7	79,8	76,4	73,3	74,2	75	74	74,3
Pays-Bas	–	76,4	78,4	70,8	75,2	75,7	73,8	73,6	73,8
Pologne	–	–	–	53,6	–	–	56,6	56,9	57,2
Portugal	–	80,4	–	66,5	68,2	66,3	67,1	69,1	67,2
Royaume-Uni	90,9	92,8	89,6	86,2	84,9	84,5	83,6	82,3	86
Suède	–	87,5	86,6	83,5	82,3	81,3	80,1	80,1	79,5
Suisse[a]	–	–	–	82,3	83,1	82,5	82,8	82,9	82,8
République tchèque	–	–	–	–	–	–	70	73,3	71,9
Turquie	–	–	–	54,4	59,3	50,2	51,7	50,9	48,3

[a] 1991 au lieu de 1990.

Sources: CES, 1997, pp. 52-53 et OCDE 1997, tableau E, p. 197.

plein. … Cette flexibilité est redoutable pour le salarié pluriactif.».[256] Que penser, par exemple, « de l'offre de passage à mi-temps présentée comme une alternative à un licenciement économique ? »[257]

C'est pourquoi d'aucuns ont fait référence au travail « partagé » comme un pis-aller, faute de pouvoir en choisir un autre, car « nombre de salariés involontairement à temps partiel sont alors des *demandeurs d'emploi à temps plein* ; ils glissent du statut de chômeur à celui de *salarié privé d'emploi à plein temps*. Leur rémunération est essentiellement un salaire d'appoint, pouvant cumuler avec l'assurance-chômage. Pour certains elle n'est pas éloignée des minima sociaux, tel le RMI. »[258]

Par souci de distinguer travail à temps partiel de sous-emploi, le BIT a mené des études à ce sujet.[259] L'une d'entre elles différencie le travail à temps partiel volontaire du celui qui serait involontaire, mais aussi du chômage partiel et du sous-emploi invisible. Ainsi, seraient considérés *sous-emploi visible* le travail à temps partiel involontaire et le chômage partiel, comme le démontre le schéma ci-après[260] :

---

[256] A. MAZEAUD, *Droit du travail*. Montchrestien, 1998, pp. 285 et 287.
[257] *Idem, ibidem.*
[258] MAZEAUD. A., op. cit., p. 286. Le tableau reproduit dans l'Annexe V démontre bien la part des travailleurs à temps partiel involontaire.
[259] La Convention 175 de l'OIT traite de ce genre de contrat, n'ayant pas encore été ratifiée par la France ou par le Brésil.
[260] Revue Internationale du Travail, *Perspectives*, 1997, vol. 136, numéro 4.

→ …….. travail à temps partiel……. ←

Travail à temps partiel volontaire	Travail à temps partiel involontaire	Chômage partiel	Sous-emploi invisible

→ …….. sous-emploi visible ……. ←

→ ……..……sous-emploi .……←

Le domaine du travail à temps partiel constitue une des préoccupations de l'Union européenne, qui le 15 décembre 1997 a adopté une directive à ce sujet. Cette directive européenne sur le travail à temps partiel – qui concernait l'accord cadre conclu par l'Unice, le CEEP et la CES – a été mise en œuvre dans nombre de pays, par exemple, au Danemark (juin 2001), en Allemagne (le 1er janvier 2001), en Irlande (décembre/2001) et en Suède (juin/2001), tandis que la législation espagnole de réforme du marché du travail encourage le travail à temps partiel.[261]

D'autre part, la jurisprudence, à l'égard du traitement dispensé aux travailleurs à temps partiel, reste néanmoins toujours très vigilante. En France, par exemple, la Cour de Cassation a fait l'application du principe protecteur dans l'arrêt Cass. soc. 15 janvier 2002, n° 163 FS-P, Hanon et autres c/ CPAM de Paris, interprétant l'article L. 212-4-5 du Code du travail.[262] En effet, la Cour a déduit que cet article « ne

[261] Source : 2001 EIRO Annual Review : Summary.

[262] RJS mars 2002, n. 363. Cet article prévoit notamment que les salariés employés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi, les conventions et les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif.

permet de prévoir que des modalités spécifiques d'application des droits conventionnels pour les salariés à temps partiel. Il n'autorise pas, en revanche, leur exclusion du champ de la convention. »

Ainsi, si une convention collective peut prévoir pour les salariés à temps partiel des aménagements particuliers (tels que la « proratisation »), elle ne peut, en revanche, exclure ces salariés de son champ d'application, ni réserver un bénéfice à la catégorie de salariés employés à temps complet. Autrement dit, une convention ou accord collectif ne peut pas exclure tout ou partie des salariés à temps partiel de certaines de leurs dispositions, voire de la totalité de leur champ d'application.[263] Sans doute, cette position ferme de la Cour a-t-elle pour but de veiller à une plus grande effectivité du principe protecteur du salarié face à la réalité vécue par les travailleurs à temps partiel. Cela concerne également l'application des principes « d'interdiction » et d'égalité entre salariés.

C – LES TRAVAILLEURS INDÉPENDANTS

Les indépendants ne sont pas des salariés et ne relèvent pas du champ d'application du droit du travail tel qu'il est aujourd'hui conçu. Mais le juriste du travail

[263] Dans le même sens, la Cour de cassation avait déjà décidé en faveur des salariés à temps partiel lorsqu'elle a jugé que les clauses des conventions collectives réservant certains avantages aux salariés permanents n'écartaient pas les salariés à temps partiel (Cass. soc. 18 avril 1989 : RJS 6/89 n° 477 et Cass. soc. 22 décembre 1988 : RJS 1/89 n° 115).

doit non seulement tenir compte de certains facteurs qui peuvent avoir des conséquences pour les salariés, mais aussi avoir l'esprit ouvert pour concevoir *de lege ferenda* un élargissement du champ d'application de certaines règles du droit du travail à tous les travailleurs, y compris les indépendants, toujours dans l'esprit de protection du travail.

Ainsi, l'augmentation du nombre de travailleurs indépendants peut-elle concerner le droit du travail, surtout quand il s'agit, par exemple, des « faux » travailleurs indépendants ou alors des travailleurs économiquement dépendants, dont le concept sera étudié plus loin, ou encore quand il s'agit d'un exode vers l'indépendance, faute d'emploi salarié. L'« indépendance » est alors subie. Le juriste du travail, lié aux aspects sociaux et économiques, ne peut pas se garder d'examiner cette délicate question, issue à l'évidence du grandissement de la « zone grise » et de l'effacement progressif des frontières entre travail subordonné et travail indépendant.

L'augmentation des travailleurs indépendants est un phénomène que l'on rencontre dans plusieurs pays.[264] Le pourcentage d'indépendants s'élève déjà à 24% en Italie, 22% en Espagne, 11% en France et 8% au Danemark. Au Japon, 40% de la main-d'œuvre est constituée par des travailleurs indépendants, à temps partiel ou temporaires et la proportion est comparable au Royaume-Uni. Dans l'ensemble des États-Unis, selon une publication du BIT de 1997, le travail indépendant a légèrement

[264] À propos de « La renaissance partielle de l'emploi indépendant » v. étude détaillée de l'OCDE sur le site http://www.ocde.org/pdf/M00028000/M00028080.pdf .

progressé dans les années soixante-dix et quatre-vingts, pour atteindre 7,7% du total des emplois civils en 1993.[265] Le tableau ci-dessous démontre la croissance du travail indépendant dans l'Union européenne et en Norvège entre 1980 et 2000 :

Indépendants en Union européenne et en Norvège (en % des emplois civils hors agriculture), 1980-2000

Pays	*1980*	*1990*	*1995*	*1996*	*1997*	*1998*	*1999*	*2000*	*1980/2000***
Autriche	8,81	6,62	7,19	6,89	7,05	7,37	7,44	-	- 1,37
Belgique	11,27	12,93	13,87	14,04	14,07	13,84	-	-	+ 2,58
Danemark*	8,25	7,19	6,85	7,11	6,71	6,95	7,16	6,61	- 1,64
Finlande	6,04	9,29	10,16	10,26	10	10	9,85	9,71	+ 3,67
France	10,71	9,32	8,58	8,48	8,36	8,28	8,18	8,06	- 2,65
Allemagne	6,98	8,52	8,72	8,99	9,25	9,36	9,22	9,22	+ 2,24
Grèce	30,90	27,39	27,74	27,49	26,99	26,54	25,66	25,87	- 5,03
Irlande	10,30	13,16	13,52	12,85	12, 96	13,50	12,79	12,86	+ 2,56
Italie	19,20	22,24	23,12	23,35	23,21	23,25	23,38	23,21	+ 4,01
Luxembourg	9,19	7,12	6,08	6,01	5,92	5,75	5,62	-	- 3,57
Pays-Bas	9,06	7,84	9,63	9,77	9,99	9,68	9,25	-	+ 0,20
Norvège	6,53	6,12	5,87	5,46	5,28	5,25	5,07	4,83	- 1,69
Portugal	14,90	16,73	19,26	19,69	18,98	18,30	17,56	16,75	+ 1,85
Espagne	16,26	17,14	18,62	18,49	18,12	17,61	16,69	16,02	- 0,24
Suède	4,51	7,26	9,27	9,12	9,05	9	9,03	8,86	+ 4,36
Royaume-Uni	7,11	12,41	12,19	11,87	11,83	11,49	11,15	10,83	+ 3,72
EU 15 + Norvège	10,87	12,64	12,78	12,82	12,78	12,68	12,43	12,54	+ 1,68

*Les donnés sont de l'année 1981 ; ** s'il manque des données de 2000, les données les plus récentes ont été utilisées pour la comparaison.
Source: *EIRO calculations based on OECD labour force data (non-agriculture civil employment)*.

Par ailleurs, on peut observer dans l'Annexe IV, un tableau qui considère le travail indépendant en pourcentage de l'emploi civil non agricole en 2000 et les modifications intervenues entre 1980 et 1990. Les femmes représentent en

[265] M. CARNOY, M. CASTELLS, C. BENNER, *Les marchés de l'emploi et les pratiques en matière d'emploi à l'ère de la flexibilité : Étude de cas de la Silicon Valley*. Revue internationale du Travail, vol. 136 (1997), n. 1, p. 39.

moyenne moins d'un tiers des travailleurs indépendants et n'atteignent qu'un maximum de 35% du travail indépendant total aux Pays-Bas, même si, dans 10 pays sur 16, la proportion de travailleurs indépendants de sexe féminin s'est accrue au cours des dernières années.[266]

Tant qu'il s'agit de l'indépendance de « bonne foi », résultant de la perte d'un emploi (par exemple, à la suite des technologies modernes), le souci est moindre. L'indépendant peut très bien réussir là où il n'a pas pu le faire sous le signe de la subordination. Mais parfois l'indépendance est de « mauvaise foi », résultant d'une fraude. Le marché du travail est ainsi envahi par une multitude de « faux artisans », de faux « free-lances », de « faux agriculteurs », qui ressemblent fort à des salariés et qui sont plus dépendants que jamais de leurs coopératives ou des sociétés de services.[267]

Il s'agit, par conséquent, de vraies relations de subordination que l'on camoufle en travail indépendant. Cela risque d'inciter l'essor du travail clandestin.[268]

---

[266] Source : Travailleurs économiquement dépendants : droit du travail et relations industrielles, étude comparative de l'EIRO, mai 2002.

[267] Une décision du 19 décembre 2000 (RJA mars 2001, n. 275) démontre bien cette réalité : « L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination donnée par celles-ci à leur convention mais des conditions dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs. Un contrat de location d'un véhicule taxi doit être requalifié de contrat de travail dans la mesure où l'accomplissement effectif du travail dans les conditions prévues par ledit contrat place en réalité le « locataire » dans un état de subordination à l'égard du « loueur » (Cass. soc. 19 décembre 2000, n° 5371 FS-PBRI, Labbane c/ Chambre syndicale de loueurs d'automobiles de place de 2e classe de Paris Île-de-France et autre).

[268] Sous le prétexte d'indépendants, en Allemagne, il existait déjà en 2000 5 millions de personnes travaillant « au noir ». Et les prévisions de croissance de cette économie souterraine font référence au double de celle du produit intérieur brut. Dans les pays moins développés, la situation est encore plus grave.

Les raisons d'un tel comportement sont à la fois de nature économique et de nature sociale, pour éviter le paiement de cotisations de sécurité sociale et donc de réduire les coûts de la main d'œuvre, mais aussi pour contourner les dispositions se rapportant au droit des licenciements. Ce phénomène apparaît comme une conséquence parmi d'autres des régimes d'extériorisation des activités, aussi appelé « outsourcing » ou « contracting-out ».

Même l'indépendance de bonne foi peut parfois poser des difficultés. Certaines situations présentent en effet des caractéristiques communes aux régimes du salariat et de l'indépendance, résultant d'une espèce de « compromis » entre les activités indépendante et salariée. Bien qu'elles se situent dans la fameuse « zone grise », leur développement manifeste une crise de la distinction standardisée entre travailleurs dépendants et indépendants. L'apparition de la catégorie des « travailleurs économiquement dépendants » (TED) ou « economically dependent workers » (EDW) sert d'exemple, quoique le critère de la « dépendance économique » ne puisse en aucun cas qualifier à lui seul un contrat de travail tel que ce dernier est actuellement conçu et dont le critère déterminant demeure la « subordination juridique ».

La catégorie des TED est une réalité croissante dont l'existence a fait l'objet d'études de la part de l'Observatoire des relations professionnelles européennes

(EIRO).[269] L'OIT et la Commission Européenne ont également constaté ce phénomène, surtout en ce qui concerne le télétravail. En réalité, le concept de TED concerne les travailleurs qui ne sont pas des salariés formels, mais dont les revenus ou la majeure partie en tout cas dépendent d'un seul bénéficiaire des services. Malgré leur « indépendance », ils restent donc liés à une seule source de travail ou à une source nettement principale de travail, de laquelle ils dépendent économiquement. La définition de TED se réfère donc aux personnes officiellement indépendantes - du fait de l'absence de tout contrat de travail en tant que salarié -, mais qui sont économiquement dépendantes d'une seule source de travail.

Les TED sont par conséquent placés à la frontière du travail subordonné et du travail indépendant, au « midway between » des deux. Ils présentent en effet certaines **caractéristiques qui peuvent être communes aux activités salariales** et indépendantes : d'abord, outre le fait de dépendre, pour une grande partie des cas, d'une seule source de revenu, les TED travaillent en général dans les locaux de l'entreprise et/ou utilisent ses équipements. Ensuite, ils effectuent le même travail que certains des salariés ou se voient confier, par le biais de la sous-traitance, un travail précédemment réalisé par des salariés, ce qui révèle une absence de distinction nette entre les tâches à accomplir. Ils réalisent enfin des tâches simples, ne requérant ni

[269] "'Economically dependent workers' employment law and industrial relations", www.eiro.eurofound.ie Dans l'Annexe VI , un tableau indique les secteurs et types d'activités indépendantes susceptibles de connaître une forte proportion de travail impliquant une dépendance économique.

connaissances spécifiques, ni qualifications ou compétences professionnelles, ce qui se situe en dehors de toute définition traditionnelle de *services professionnels*.[270]

L'OIT et la Commission européenne sur la modernisation et l'amélioration des relations de travail ont mis en lumière leur préoccupation par rapport aux TED. La Commission a conclu que la « création d'une catégorie de 'travailleurs économiquement dépendants' qui ne correspondent pas, ou ne peuvent correspondre, à la définition traditionnelle du 'salarié' soulève un certain nombre de problèmes pour les employeurs, les travailleurs et les gouvernements », parce qu'ils ne bénéficient **d'aucune protection accordée aux salariés** par les législations et les négociations collectives.

Les lacunes existantes à l'égard de la protection des TED ont en effet été à l'origine des demandes en faveur d'une réglementation de cette catégorie de travail ainsi que d'une couverture sociale et législative de ces individus. Cela aura sans doute comme résultat une ampliation du concept traditionnel de « subordination » qui concernera, outre la subordination *juridique*, l'*économique*. Cette protection inclura évidemment des dispositions en matière de santé et de sécurité, d'horaires de travail, de formation professionnelle et de couverture sociale.

[270] Source : Travailleurs économiquement dépendants : droit du travail et relations industrielles, étude citée de l'EIRO, mai 2002.

C'est pourquoi d'ailleurs on étudie dans plusieurs pays d'éventuelles modifications de certains aspects de la réglementation du travail en vue d'une plus grande sécurité de l'emploi, davantage rattachée au principe protecteur, dans le contexte d'une économie et d'un marché du travail en pleine mutation, à la suite notamment de l'augmentation des « formes de travail atypiques » et du travail indépendant. Cela paraît être le cas de la Suède, de la Belgique (spécialement sur le « faux travail indépendant »). Au Royaume-Uni la disposition (chapitre 23) insérée dans l'*Employment Relations Act* (Loi sur les relations de travail) de 1999 permet au secrétaire d'État de conférer tout ou partie des droits relatifs à l'emploi à des catégories d'individus qui n'en bénéficient pas ou ne peuvent en bénéficier.

Dans d'autres pays (v.g., Irlande, Danemark), les acteurs sociaux ont fait la démarche, au moyen des accords nationaux ou de code de pratiques, de distinguer plus clairement le travail indépendant du travail subordonné, car **certaines catégories de travailleurs indépendants** – journalistes, routiers et personnes travaillant dans le secteur des médias – **sont représentées par des syndicats**. En France, ce phénomène peut être observé auprès de certaines catégories de travailleurs, notamment les routiers, les représentants commerciaux, les mannequins, les journalistes et les bûcherons. De surcroît, en Allemagne, en Italie, en Espagne, au Danemark et aux Pays-Bas, de nombreux travailleurs *free-lance* sont affiliés aux organisations syndicales, qui ont parfois fondé une nouvelle organisation spécialement destinée aux travailleurs indépendants qui n'ont pas de salariés.

Mais cette **représentation syndicale demeure un phénomène assez récent** et elle est d'autant plus difficile à concrétiser qu'il existe une grande diversité des situations existantes entre travail salarié et travail indépendant, allant de la « fausse indépendance », sous laquelle se dissimule un travail impliquant une dépendance économique et réalisé par une main-d'œuvre sous-qualifiée, moins onéreuse et moins protégée, aux emplois émergents dans le secteur des technologies de l'information et de la communication ou de la consultation, qui concernent généralement des travailleurs indépendants très qualifiés et très bien rémunérés.

De plus, en raison de l'hétérogénéité de ce type de travailleurs, les syndicats rencontrent souvent des difficultés à recruter leurs membres. Une des solutions proposées pour faire face à ce défi est la mise en œuvre de certaines mesures d'incitation à l'affiliation, telles que la couverture sociale en cas de maladies et perte de revenu, l'assistance et l'orientation en cas de litiges, les banques d'emploi », la formation. Certaines de ces mesures d'incitation ont été mises en places en Autriche, au Danemark, en Allemagne, aux Pays-Bas et en Norvège.[271]

Tout cela permet de conclure que **la négociation collective ne s'est guère développée** pour les travailleurs indépendants. Toutefois, certains pays ont réussi

[271] Source : Travailleurs économiquement dépendants : droit du travail et relations industrielles, étude citée de l'EIRO, mai 2002.

à instaurer une protection relative des travailleurs économiquement dépendants au moyen de la négociation collective – c'est le cas de l'Autriche, de l'Italie, de la Norvège, de l'Espagne et du Royaume-Uni. Dans ces pays, les conventions collectives portent spécialement sur « l'octroi d'une série de droit syndicaux aux travailleurs sous contrat free-lance 'coordonné' (tels que la liberté d'association, le droit à l'adhésion, à la constitution en assemblée, à l'élection de représentants), l'engagement, vis-à-vis des 'collaborateurs' , d'appliquer les règles relatives à la sécurité et la santé au travail, la prestation de services de formation, la suspension du contrat en cas de maladie, d'accident ou de maternité (avec parfois à la clé l'allocation d'une prime spéciale), des périodes de repos pour les collaborateurs sous contrat d'une durée supérieure aux minima habituels et le versement d'une prime de fin de contrat. »[272]

Par ailleurs, certains systèmes juridiques adoptent **une présomption d'existence de subordination juridique** dans les relations de travail, ce qui dans une certaine mesure permet de protéger les travailleurs. Cela s'applique en droit brésilien, mais aussi en Autriche et en France (article L. 120-3 du Code du travail). Au Portugal, la notion de « travail équivalent » fait référence à des relations de travail officiellement indépendantes, semblables à des relations de subordination, et qui doivent dès lors bénéficier des mêmes protections.

[272] Source : Travailleurs économiquement dépendants : droit du travail et relations industrielles, étude citée de l'EIRO, mai 2002.

Ainsi faisant, l'ordre juridique reconnaît la difficulté d'évaluer la subordination dans certaines relations de travail et, par application du principe protecteur, renverse de ce fait la charge de la preuve qui incombe d'ordinaire au travailleur officiellement indépendant. Tel pourrait être le cas des catégories traditionnellement indépendantes, dont ce caractère d'indépendance est devenu moins apparent : journalistes professionnels, artistes, écrivains, modèles, intermittents de spectacle, représentants de commerce, ou alors des catégories de travailleurs qui s'occupent, p. ex. de la vente de produits ou du traitement de commandes ou encore de la réception d'articles en vue de leur enregistrement, exclusivement (ou quasi) d'une seule société. Les franchisés dont le travail consiste à faire usage ou vendre des articles produits par une seule société peuvent également servir d'exemple à cet égard.

L'analyse des chiffres comparatifs des pays démontre par ailleurs que, dans l'ensemble des pays les plus développés, le pourcentage de salariés se situe en moyenne à 90% contre 10% d'indépendants. Au contraire, dans les pays les moins développés, le premier chiffre descend à environ 80%, alors que le second croît vers les 20%, voire 30%. Cela veut dire que la protection accordée aux salariés ne constitue pas un obstacle… au développement. D'un point de vue de l'effectivité du principe protecteur, l'idéal serait donc que tous les travailleurs bénéficient du même niveau de protection accordée aux salariés.[273]

[273] Cf. *Anexo* III in *El ámbito de la relación de trabajo*, op. cit., OIT, 2003, pp. 97-103.

La survie du principe protecteur en droit du travail semble dépendre de son utilité en tant qu'instrument pour résoudre d'une manière équitable les questions concernant le travail. S'il est vrai que ce principe garde toujours une parcelle d'utilité et d'efficacité, il n'en reste pas moins qu'il est aussi relativement effectif. En effet, la portée du principe protecteur du salarié a beaucoup diminué, pour faire face aux besoins de la politique d'emploi. Pour reprendre l'expression de M. le Professeur Jean-Emmanuel RAY, le droit du travail est « un droit confronté au changement ».[274]

Il n'en demeure pas moins que le moment est venu de prendre la décision d'aller au-delà du discours mélodramatique de lamentations et de plaintes, et d'adopter une perspective davantage active et positive. En effet, pour vaincre le défi actuel, il faut d'abord accepter les changements irréversibles, ensuite bien diagnostiquer les difficultés et enfin chercher des issues possibles, scientifiques et équilibrées, car il convient de rappeler qu'il ne suffit pas d'avoir des droits reconnus sur le papier. Il faut les rendre effectifs !

S'il existe une difficulté d'accomplissement des obligations fixées par les lois, car elles sont trop contraignantes, ce caractère relatif de l'effectivité est corroboré par quelques restrictions dans l'application du principe. La question qui se

pose actuellement est de discerner quelles sont les limites à application du protecteur. C'est ce que nous envisagerons dans le chapitre suivant.

[274] *Droit du travail droit vivant,* 8e édition actualisée et augmentée, Ed. Liaisons, 1999, p. 6.

Chapitre II – Les limites du principe

Le principe protecteur en droit du travail ne se contente pas d'établir la direction de l'ordonnancement juridique, car il ne se sépare pas des droits fondamentaux des travailleurs. Néanmoins, il ne suffit pas de déclarer le droit ; il faut le garantir. Ainsi, si les *droits* sont des déclarations émises par l'ordonnancement juridique en vigueur, les *garanties* constituent des instruments établis par l'ordre juridique, afin de protéger les droits contre les abus, bref, pour assurer l'exercice des droits.

La protection du salarié se heurte toutefois à des freins qui réduisent son champ d'application. Certaines limites sont imposées par le concept même d'ordre public (Section 2) ; d'autres par la réalité sociale, pas toujours porteuse de justice (Section 1). On étudiera donc quelques limites qui portent atteinte à l'effectivité et l'efficacité pleines du principe protecteur.

SECTION 1 : LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS ET L'(IN)JUSTICE SOCIALE

Il faut se rendre à l'évidence que le droit du travail a l'une des tâches les plus importantes et difficiles à remplir. Il est peut-être, parmi les branches du droit, celle qui est la plus en quête d'une meilleure justice sociale, par application du principe protecteur. Son rôle de distributeur de richesses est là pour le confirmer. Néanmoins, le droit du travail est confronté régulièrement à des conditions réelles de pauvreté (§ 1er) et d'inégalité sociale (§ 2), lesquelles remettent en cause son aptitude fondamentale à protéger le salarié.

§ 1er. Le principe protecteur face à la pauvreté

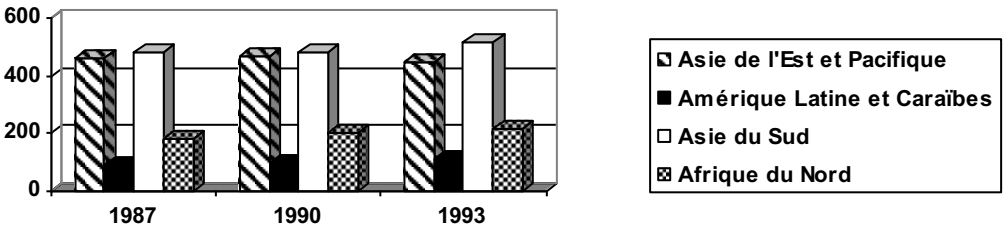
En 2000, un rapport de l'Organisation internationale du travail (OIT)[275] a souligné que l'on comptait 160 millions de chômeurs à travers le monde, dont 50 millions dans les pays industrialisés, et que **500 millions de travailleurs disposaient d'un revenu inférieur à 1 dollar par jour.** Plus récemment, l'ONU a publié un communiqué où elle admet l'existence de 3 milliards de personnes vivant avec moins de 2 dollars par jour. Cela représente presque la moitié de la population

[275] *World Employment Report 2001*, OIT, Genève, 2001. www.ilo.org/public/english/ support... (*apud* « La mondialisation capitaliste contre l'emploi », Supplément *L'OIT, une organisation au service des travailleurs*, *Le Monde diplomatique*, septembre 2001).

mondiale de 6,2 milliards de personnes.[276] Plus précisément en France, il existait, en 2000, 4 millions d'exclus, dont 1,3 millions de travailleurs pauvres[277]. Au Brésil, une enquête réalisée entre le 19 et le 21 novembre 2001 et publiée dans le journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002, a montré que :

- ✓ 30 millions de brésiliens gagnaient jusqu'à US$2,00 par jour, seuil de pauvreté fixé par la Banque Mondiale, et ce revenu devait éventuellement suffire pour subvenir aux besoins de toute la famille ;[278]
- ✓ pour 56% des travailleurs brésiliens, le gain mensuel n'atteignait que les US$152,00 ;
- ✓ seulement 5% des travailleurs gagnaient plus de US$760,00 ;

[276] *Apud* Journal *Estado de Minas* du 4 décembre 2002, p. 12.
[277] CAMDESSUS, Brigitte. *La spirale ascendante. Faire reculer l'exclusion.* Ed. Desclée de Brouwer, *apud Liaisons Sociales Magazine* mars 2003, p. 12.
[278] Dans le monde entier, ce nombre s'élève à 1,3 milliard de personnes (Revue *Veja*, 24 juillet 2002, p. 75). Le graphique ci-dessous démontre la répartition du nombre de pauvres dans les pays en développement. Les informations de la légende sont disposées en ordre d'apparition dans le graphique (en millions de personnes). Graphique dessiné à partir de l'article *Poverty Erradication,* site http://www.ilo.org/public/english/comp/poverty/perspect.htm



- ✓ un tiers des salariés faisait habituellement des heures supplémentaires, mais seulement 40% d'entre eux en recevaient une compensation financière ;
- ✓ le treizième mois et l'indemnité de congés payés étaient octroyés à 37% et 36% des personnes des classes « D » et « E », alors que ces mêmes droits étaient accordés à 56% et 54% des classes « A » et « B ».

L'*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE* a néanmoins publié le 3 décembre 2002 que **54 millions de brésiliens (32,1% de la population) vivent avec moins de 30 dollars par mois**, mais que ce nombre a baissé par rapport à 1992 quand les chiffres étaient d'environ 55,5 millions de brésiliens (38,1% de la population).[279] D'emblée, il est aisé de constater d'après ces chiffres que, plus la personne a besoin de droits, moins elle en bénéficie.[280] Hélas, cet état de choses n'est pas non plus étranger aux pays développés, même si les taux ne sont pas identiques et si les recherches les plus récentes concluent que le nombre mondial de pauvres a baissé

[279] Journal *Estado de Minas* du 4 décembre 2002, p. 12.

[280] Cette conclusion est corroborée par un article publié dans le journal El País le 9 juin 2002, d'où on peut extraire que « Cuarenta millones de brasileños viven con menos de un dólar por día, el número de desempleados es el más alto del mundo después de India, la salud y la educación son inaccesibles para una inmensa masa de excluidos y la criminalidad se ha instalado como un segundo Estado en la periferia de las grandes ciudades. Pero Brasil muestra otra cara además de sus estadísticas, que arrojan 275 homicidios por cada 6.000 habitantes. Esta nación, de más de 170 millones de habitantes, es capaz de lo mejor y lo peor. Brasil es también el país con una poderosa industria aeronáutica, una medicina puntera que ha desarrollado campañas modélicas contra el sida y la gripe y una agricultura para alimentar a medio mundo" (« Quién teme a Lula ? », Journal *El País,* le 9 juin 2002).

depuis les années 70[281]. En effet, **près d'un Européen sur cinq est considéré comme pauvre**.[282]

Selon une étude publiée par l'OCDE en 2001, dans douze pays de l'UE examinés, dont les plus grands tels que la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni et l'Italie, « 59% des personnes pauvres au cours d'une année donnée, vers le milieu des années 90 (on ne dispose pas de données plus récentes), ont perçu des revenus sur trois ans qui, en moyenne, sont restés en deçà du seuil de pauvreté tout au long de la période. La proportion correspondante de personnes que l'on peut ainsi qualifier de pauvres au regard du revenu permanent était **67% au Canada et 78% aux États-Unis**. »[283] En **France**, ce rapport s'élevait, en 1997, à **18%**.[284]

La relation entre cette incidence de pauvreté et la protection des travailleurs est hors de question. En effet, divers tableaux ont été l'objet d'analyses et une coïncidence a été constatée entre la pauvreté et la qualité de l'emploi parmi les ménages d'âge actif, ainsi qu'un lien entre certains événements par rapport à l'emploi (tels que la diminution du nombre de travailleurs, de mois travaillés ou du revenu d'activité d'au moins 10%) et les flux d'entrée-sortie de la pauvreté. Bien entendu,

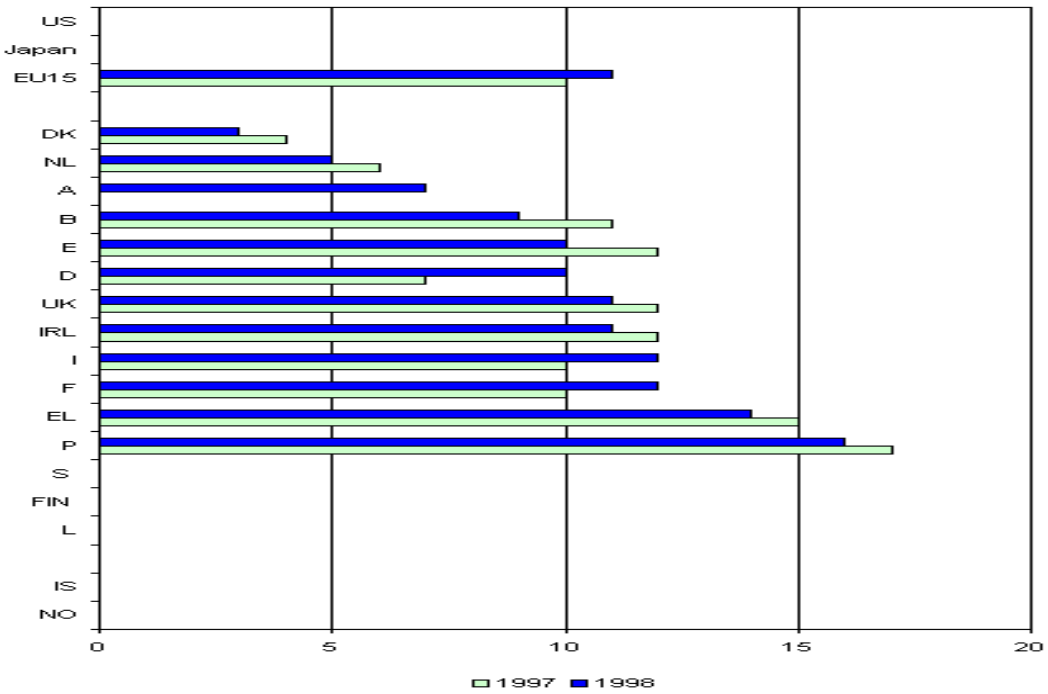
---

[281] L'étude, venue de l'Université de Columbia, USA, conclut que la croissance économique des pays tels que la Chine et l'Inde a contribué à ce que le pourcentage mondial de personnes vivant avec 2 dollars par jour tombe de 41% en 1970 à 19% aujourd'hui (Source : Revue *Veja* de 19 juin 2002, p. 28).
[282] *Le Genre humain,* « la Pauvreté saisie par le droit », septembre 2002, éditions du Seuil, *apud Liaisons sociales magazine*, n. 36, novembre 2002, p. 14.
[283] « Perspectives de l'emploi 2001 », Editorial, *Site* www.oecd.org accédé le 4 mai 2002.
[284] *Le Genre humain,* op. cit..

l'étude a une portée limitée, car elle est basée sur une période courte de trois ans (1993 à 1995 pour la majorité des pays). La dynamique ne peut donc être généralisée, car elle aurait pu être différente dans d'autres périodes.[285]

Malgré cela, l'analyse a débouché sur la conclusion suivante: « Pour lutter efficacement contre le fléau de la pauvreté et de l'exclusion, il faut que les politiques sociales et les politiques de l'emploi soient fortement intégrées, fondées sur des mesures actives plutôt que passives et bien adaptées aux circonstances nationales spécifiques »[286]. Ce **rapport entre la pauvreté et le travail** s'explique notamment par

[285] Risque persistant de la pauvreté : pourcentage des personnes ayant un revenu inférieur à 60% du revenu équivalent médian dans chaque pays pour l'année en cours (p.ex.1998) et au moins deux parmi les trois années précédentes (p.ex.1995, 1996, 1997).



Source : http://europa.eu.int/comm/eurostat

[286] *Idem, ibidem*.

le fait que le travail est la source de revenu la plus stable. Évidemment, le *statut du pauvre* est caractérisé, « dans nos pays de droit, par l'incapacité d'exercer ses droits fondamentaux »[287], tels que l'accès à l'emploi, le droit au logement et la lutte contre les exclusions.

La pauvreté ne peut donc se juger au seul manque d'argent. « Elle constitue une réalité aux **dimensions multiples** telles que les lacunes dans des domaines comme la formation, la capacité d'emploi, la santé, le logement ou l'isolement. »[288] Telle a été aussi la conclusion de la Commission européenne, dans son Rapport final relatif au second programme européen de lutte contre la pauvreté (1985-1989). D'ailleurs, le Conseil européen des ministres avait défini les pauvres en décembre 1984 comme "les individus dont les ressources matérielles, culturelles et sociales sont si faibles qu'ils sont exclus des modes de vie minimaux acceptables dans l'État membre dans lequel ils vivent".[289]

Dans ce même rapport, la Commission européenne a également constaté que la pauvreté avait changé de visage : « Elle a diminué chez les personnes âgées qui restent cependant un groupe vulnérable. En revanche, certaines mutations économiques et sociales constituent de nouveaux facteurs de pauvreté, comme l'accroissement du chômage, les formes précaires d'emploi et l'augmentation des

[287] *Le Genre humain*, op. cit..
[288] *Le Genre humain,* op. cit..

situations de monoparentalité. » Quelques groupes sont donc davantage touchés : en dehors des personnes âgées, des familles monoparentales et des migrants et réfugiés marginaux, les chômeurs de longue durée et les jeunes chômeurs deviennent de nouvelles cibles de la pauvreté. Le rapport entre la pauvreté et le travail a donc un double visage : le manque tout simplement de travail (chômage) (A), et l'existence d'un travail à bas salaire (B).

A – LA PAUVRETÉ RÉSULTANT DU CHÔMAGE

Considéré comme la plaie de la fin du XX^{ème} siècle, le chômage est l'un des principaux soucis des organisations gouvernementales et non-gouvernementales. Pouvant être simplement défini comme un déséquilibre du nombre de travailleurs et de postes de travail, le chômage est dû à plusieurs causes.[290] Il s'inscrit aujourd'hui dans le cadre d'une politique de l'emploi menée par la Communauté

[289] www.europa.eu.int

[290] Parmi ces causes, se trouvent le développement technologique, le report de l'âge de départ en retraite, les charges sociales. L'incapacité des économies d'assimiler l'excédent de la population fait que la démographie joue également un rôle très important. À commencer par l'immigration. Mais aussi la modification de certains taux,

	années 1900	*An 2000*
taux de natalité (enfants par minute)	28	148
Mortalité d'enfants (chiffre pour 1000 enfants nés)	164	58
espérance moyenne de vie	40	68

qui mènent à l'accroissement du nombre de travailleurs. Aussi, la population mondiale a-t-elle triplé (elle était de 300 millions en l'an 0, d'un milliard en 1804, de 2 milliards en 1927 et de 6 milliards en 1999), et maintenant vieilli. Dans quelques années, la population active française, p. ex., va décroître. En effet, les enquêtes prouvent qu'à revenu identique, les retraités consomment 5% de moins que les actifs, malgré leur surconsommation médicale. Or, les besoins étant plus restreints, la consommation diminuera. Et cela risque de peser fortement sur le dynamisme de l'économie de l'Hexagone.

Européenne et constitue, dès le début de l'OIT, une préoccupation de cette institution.[291] Selon les critères du Bureau International du Travail (BIT), les chômeurs sont des personnes âgées de 15 ans ou plus qui accumulent trois conditions : sont sans travail, sont disponibles pour commencer à travailler dans les deux semaines et ont activement cherché un emploi pendant les quatre semaines précédentes.

Au Brésil, selon une enquête réalisée en novembre 2001[292], quoique 80% des salariés occupent le même emploi depuis au moins 3 ans, un tiers de la population active a peur de perdre son travail. Entre 1996 et 2001, le chômage a triplé, atteignant 12,760 millions de personnes. Mais un autre sondage révèle qu'en nombre absolu de chômeurs, le Brésil est seulement battu par l'Inde (11,5 millions de Brésiliens contre 41,4 millions d'Indiens).[293] De surcroît, même si le Brésil affiche un taux élevé de rotation du personnel, ce phénomène a un rapport étroit avec la plus grande mobilité des travailleurs moins qualifiés, qui changent plus souvent de travail, parfois plus d'une

[291] La première convention de l'OIT sur le chômage date de 1919, à la suite des crises connues après la Première Guerre Mondiale. Ensuite, des conventions ont été adoptées sur l'apprentissage, la formation professionnelle. Le texte de 1964, sur la politique de l'emploi est très important, parce qu'il s'agit de la convention n. 122, visant à promouvoir *le plein emploi, productif et librement choisi*, dans le but d'un emploi productif, facteur vital de stratégie des besoins essentiels. En ce qui concerne la sécurité de l'emploi, la recommandation n. 119 de 1963 traite de la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur.

[292] L'enquête a été réalisée entre le 19 et le 21 novembre 2001, dans un univers de 2,578 personnes en 128 communes de tous les états membres du pays, par le *Datafolha*, un des instituts les plus respectés du pays, et a été publiée dans le journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002.

[293] Le tableau illustratif fait partie de l'Annexe VIII. Selon la même étude, en 1980, le Brésil avait 2,6% de la population économiquement active (PEA) du monde, avec 1,7% du chômage mondial. Aujourd'hui, ces chiffres s'élèvent respectivement à 3% et 7%, ce qui révèle, d'une part, le peu de croissance de la PEA et, d'autre part, un pourcentage accru du chômage mondial (POCHMAN, Márcio. *Globalização e Desemprego : Breve Balanço da Inserção Brasileira* et *Jornal do Brasil*, le 29 mai 2002).

fois par an.[294] D'ailleurs ce taux élevé de *turn-over* engendre au moins une conséquence : les salaires des personnes engagées en substitution sont souvent moins importants.[295]

Par ailleurs, les efforts pour essayer d'inciter au recrutement[296] ou au maintien[297] de l'emploi n'ont pas abouti. Dans le cadre de la politique d'incitation à la négociation collective, une réforme de la législation brésilienne a débouché sur une nouvelle réglementation permettant, par exemple, la suspension du contrat de travail à travers une convention ou un accord collectif, pour que le salarié puisse participer à la formation professionnelle offerte par l'employeur. Il s'agit d'une Mesure provisoire 2164-41, du 24 août 2001.[298] Cela a pour objectif principal d'éviter le licenciement des

[294] Le taux de rotation sur le marché formel est estimé à 35% par an, alors que dans les pays plus développés il varie de 10 à 28%. Le *turn-over* ne mesure toutefois pas le nombre de personnes qui changent d'emploi, mais le nombre de changements intervenus sur le marché. Cela explique pourquoi le taux est relativement élevé, même si une grande partie de la population garde son travail. En France, le taux de rotation du personnel dans les établissements de plus de 50 salariés du secteur privé et semi-public a légèrement ralenti de 40% en 2000 à 35,8% dans les neufs premiers mois de 2002. Si les nouveaux recrutements se réduisent au fil des mois, les départs de l'entreprise sont également en diminution, mais la plupart des recrutements sont sous la forme de contrats à durée déterminée, ce qui préserve la rotation de la main-d'œuvre. Ce taux est, en France, trois fois plus élevé dans le tertiaire marchand que dans l'industrie (*Liaisons sociales quotidien*, 3 mars 2003, p. 3).

[295] Cela pourrait expliquer pourquoi, malgré l'intense mobilité sociale existante au Brésil – selon la même enquête, entre 1970 et 2000, cette mobilité a atteint les 63%, c'est dire que plus de 6 sur 10 brésiliens ont changé de classe sociale – ., la richesse demeure concentrée dans quelques mains seulement. Tandis que 10% des pauvres ne détiennent que 0,6% du revenu du pays, 10% des riches empochent 53% du total ! D'une manière générale, en effet, 60% des personnes occupées croient que leur chance d'obtenir une ascension professionnelle n'est pas aisée à se concrétiser.

[296] L'exemple de la Loi n. 9601 du 21 janvier 1998, qui n'est presque pas sortie du papier, est parlant. Elle a pour but l'incitation au recrutement à travers des CDD, sous certaines conditions.

[297] La Constitution a augmenté, par exemple, l'indemnité de rupture à 40% du solde du FGTS, alors qu'auparavant ce taux était à 10%.

[298] Les Mesures provisoires au Brésil ont une durée maximale de 30 jours, mais elles sont souvent renouvelées et assorties d'une autre numérotation, jusqu'à ce qu'elles soient transformées en loi.

salariés, encore que cette nouvelle réglementation envisage la possibilité de licenciement pendant la période de suspension…[299]

En France, le nombre de demandeurs d'emploi s'est établi à 2 399 100 (taux de chômage de 9,6% des actifs au sens du BIT), dont 700 100 de longue durée, inscrits à l'ANPE depuis un an ou plus (hausse de 7,9% entre juillet 2002 et juillet 2003).[300] De plus, il faut admettre que, selon le mode de calcul du BIT, sont seulement

[299] De cette nouvelle réglementation, existent déjà des exemples. En effet, le 25 février 1999, un accord a été conclu entre le syndicat représentatif des salariés de l'usine Ford à São Bernardo do Campo et cette dernière, pour éviter le licenciement d'environ 2.800 salariés sur un total de 6.000. Cet accord – qui figure parmi les premiers en ce sens – a prévu la suspension des contrats de travail pendant près de 3 mois. Durant cette période, les salariés ont reçu leur salaire, mais l'entreprise a bénéficié d'un allégement des charges sociales. Le secteur automobile est l'un des plus frappés par la robotisation. Et il est important de rappeler à cet égard que le taux d'automation qui y est pratiqué est inférieur à celui pratiqué dans les pays développés.

[300] « Mois après mois, le taux de chômage se rapproche de 10% » et « Le chômage progresse à 9,6% malgré un répit en juillet », *Le Monde,* 29 août 2003. Déjà en 2002, le nombre de demandeurs d'emploi était de 2 232 100 (taux de chômage de 9,1% des actifs au sens du BIT), dont 652 600 de longue durée (*Bref social Liaisons Sociales*, jeudi 2 mai 2002, pp. 4/5) et le nombre d'allocataires indemnisés par les Assedic avait augmenté de + 8,4% sur un an, pour s'établir à 2 634 100 en septembre 2002 (*Bref social Liaisons Sociales,* lundi 4 novembre 2002, p. 6). Le chiffre est ainsi divisé : 2 440 600 demandeurs d'emploi indemnisés ; 60 500 bénéficiaires en formation ou en conversion et 133 000 préretraités. Début 2000, il existait 2,7 millions de chômeurs français, dont 850 000 de longue durée ou en voie d'exclusion, ce qui surchargeait de travail les agents de l'ANPE (« Les agents de l'ANPE courent d'une priorité à l'autre », Liaisons Sociales/magazine, février 2000, pages 34-36). Certes, la *job machine* française créait environ 350 000 nouveaux emplois chaque année, comme résultat de la croissance économique, quoique la croissance de l'emploi en 2001 ait été en retrait par rapport à celle de l'année précédente (Cf. www.assedic.fr). Cela d'ailleurs pousse certains à penser que le retour au plein-emploi est une perspective crédible d'ici dix ans. Cependant, même si une création de 350 000 emplois par an est assurée, force est de constater d'abord que le nombre de chômeurs ne décroît que de 200 000 dans le même espace de temps. Cette différence est due à l'augmentation du nombre de personnes en âge de travailler qui arrivent au marché du travail. Ensuite, il faut tenir compte d'autres facteurs, tels que l'immigration ou l'allongement de la durée de cotisation, ce qui implique le maintien sur le marché du travail d'une population qui normalement devrait prendre sa retraite. Selon les récentes enquêtes, les jeunes générations devront prolonger leur activité professionnelle au-delà de 60 ans. Il est pourtant vrai qu'en contrepartie l'allongement de la durée de cotisation est un des remèdes possibles pour faire face au vieillissement de la population résultant de l'arrivée à l'âge de la retraite des générations baby-boom... Au demeurant, le ralentissement économique et le recul de l'emploi salarié contribuent actuellement à la progression du taux de chômage.

pris en compte les chômeurs qui correspondent aux critères du demandeur d'emploi immédiatement disponible, à la recherche d'un emploi à durée indéterminée à temps plein (catégorie 1). Sont donc exclues du calcul les quelque 3 millions de personnes des catégories 2, 3, 6, 7 et 8, représentées dans le tableau qui se trouve à l'Annexe VII, et qui vivent à l'ombre du sous-emploi ou du non-emploi.

La situation, enfin, devient de moins en moins bonne quand on observe que le noyau dur des chômeurs est composé de personnes âgées de plus de 50 ans, ou dont le niveau de formation n'est pas compatible avec la qualification requise pour occuper les nouveaux emplois créés. En effet, bien que la taxation des licenciements des plus de 50 ans ait été alourdie en 1999, ces licenciements ont augmenté de 10%, tandis que les quelque 500 000 jeunes non qualifiés de 18 à 25 ans n'ont pas bénéficié de la dernière reprise économique.[301] La conclusion est que les principaux bénéficiaires de la reprise économique en France sont exactement les mieux

[301] Le pourcentage des jeunes de moins de 30 ans qui ont trouvé un emploi en 1999 est inférieur à ce qu'il était au début des années 90. Seuls 38% des jeunes travaillent. En janvier 2000, 20% des moins de 30 ans et un quart des moins de 25 ans qui ont quitté l'école sont à la recherche d'un emploi. Alors qu'en France le taux de chômage des moins de 25 ans en janvier 2000 était de l'ordre de 23%, il s'élevait à 8,9% en Allemagne, 7,3% en Irlande, 5,6% au Danemark et 4,7% aux Pays-Bas ! Il n'y a pas de secret : les États ont beaucoup investi dans la qualification professionnelle de leurs jeunes générations. En outre, l'existence de comportements attentistes, notamment de la part de jeunes, risque de jouer contre le processus de croissance. Une bonne partie d'entre eux renoncent à une formation professionnelle, ou même à un contrat de travail précaire, se contentant de rester chez leurs parents et près de leurs amis, pour percevoir un revenu « au noir ». Une vraie anesthésie sociale : quelques dizaines de kilomètres suffisent déjà pour refuser un travail dans des communes limitrophes. Par ailleurs, un rapport du Haut-Conseil de la population révèle le lien direct entre l'allongement de la durée de séjour des jeunes adultes chez leurs parents et leur installation plus tardive en couple. Plus le chômage et les contrats de travail précaire augmentent, plus les jeunes restent chez leurs parents et plus la proportion de jeunes qui vivent en couple diminue pour la tranche d'âge des 20-24 ans.

placés dans la file d'attente pour l'emploi : les actifs expérimentés ou les jeunes diplômés.[302]

Aussi, le nombre de personnes bénéficiaires du RMI est-il en constante augmentation dans les grandes villes, révélant le souci des autorités d'étendre son bénéfice, comme moyen d'aider les personnes à échapper à la pauvreté. Le chômage – une grande limite à la protection des travailleurs – est donc un problème universel intimement lié à celui de la pauvreté, surtout quand il s'agit des jeunes professionnels.[303] Dans les tableaux reproduits à l'Annexe VIII, on envisage les taux de

[302] P. ex., en Alsace, le taux de chômage est de 6%, le plus faible de l'Hexagone. Les employeurs se plaignent de la rareté de la main d'œuvre. Toutefois, « chaque jour, 64.000 Alsaciens partent travailler en Suisse du Nord, essentiellement dans la région de Bâle, et en Allemagne où les salaires sont supérieurs en moyenne de 35% aux salaires alsaciens. » (*Le Figaro économie*, jeudi 27 janvier 2000, article intitulé « Les nouvelles recettes du plein-emploi »). Et, alors que le taux de chômage moyen est de l'ordre de 11,8% en France, il grimpe à 30% dans des quartiers sensibles de Mulhouse et de Strasbourg, par exemple.

[303] Au sein de la Communauté européenne, le Traité de Maastricht visait, parmi les objectifs fondamentaux de la Communauté, « un niveau d'emploi élevé » (art. 2). Mais le Traité d'Amsterdam est allé plus loin, chargeant la Communauté de coordonner les politiques étatiques de l'emploi et d'élaborer une « stratégie coordonnée pour l'emploi ». En outre, le Conseil peut adopter des « actions d'encouragement » visant à promouvoir les initiatives en matière de création d'emplois et adopte chaque année des « lignes directrices » en matière d'emploi qui doivent être compatibles avec les orientations des politiques économiques (art. 128, ex-art. 109Q). Diverses mesures ont été adoptés par le Conseil, dans sa politique de lutte contre le chômage. Souvent sous forme de résolutions, sont citées, à titre d'exemple, celle du 12 juillet 1982, pour une *action communautaire pour combattre le chômage*, ou celle du 19 décembre 1984, sur la *lutte contre le chômage de longue durée*. Aussi, la mise en place d'un *observatoire européen de l'emploi* constitue-t-il un moyen non négligeable dans ce contexte. Plus récemment, lors du Conseil européen à Lisbonne, les 23 et 24 mars 2000, les chef d'État et de gouvernement de l'Union européenne se sont fixé un objectif audacieux. Étant donné l'amélioration de la conjoncture économique, avec une croissance annuelle à 3% pour l'ensemble des quinze pays de l'Union, celle-ci vise maintenant le plein emploi. Son but est de créer 20 millions d'emplois d'ici 2010 en misant surtout sur la *nouvelle économie.*

chômage des années 90 à 2002, de façon à rendre possible une comparaison. Même le Japon, ancienne terre de l'emploi à vie[304], et les USA en souffrent.[305]

L'augmentation des chiffres du chômage a été constatée par le rapport 2003 de la Commission européenne sur l'emploi, publié le 9 octobre 2003. Ce rapport conclut que « Le chômage dans l'Union s'établissait à 8 % de la population active en août 2003, soit une hausse limitée par rapport au plancher de 7,3 % atteint à la mi-2001. C'est mieux qu'aux Etats-Unis, où le taux de chômage est passé de 3,9 %, à la fin 2000, à 6 % mi-2002, où il s'est stabilisé. Le chiffre des Quinze est bien meilleur que lors de la récession du début des années 1990 : le chômage avait alors dépassé 11 % en 1994 », avec la suppression de près de 5 millions d'emplois dans l'industrie, tandis que les services n'en créaient que 1,2 millions.[306]

---

[304] Au Japon, où domine la philosophie selon laquelle on perd la face quand on n'a plus de travail, le chômage est actuellement de 4,5%, le plus bas niveau depuis onze mois. Pourtant, l'emploi à temps plein diminue sans cesse et le taux de chômage des hommes croît, parce que l'industrie continue de « dégraisser ». En outre, chez les femmes, le temps partiel est de plus en plus élevé, et cela sans parler des femmes qui ont renoncé à s'inscrire aux institutions de recherche d'emploi...

[305] À titre d'exemple, Coca-cola annonce des suppressions d'emplois (Le Figaro économie, jeudi 27 janvier 2000, article intitulé « Heurts et malheurs de la marque la plus connue au monde »). Aussi, le groupe américain Xerox, de bureautique et d'imagerie, qui emploie quelque 95 000 salariés dans le monde, a-t-il annoncé la suppression de 5 200 postes de travail, soit environ 5% des effectifs du groupe, ainsi que la fermeture de plusieurs sites. La plupart de ces suppressions toucheront les États-Unis (Liaisons Sociales Quotidien, mardi 4 avril 2000). Il n'y a pas plus de deux ans, ce même groupe avait déjà supprimé 10 000 emplois dans le monde. En tout, 20% des salariés sont licenciés tous les ans Outre Atlantique (Film « The Big One », réalisateur Michael Moore, 1999, USA). En septembre 2003, l'amélioration inattendue du marché du travail a créé 57 000 emplois, même si le taux de chômage est resté inchangé à 6,1% : « L'emploi a jusqu'à présent été la pièce manquante au puzzle de la reprise et le redressement laisse espérer que la page la plus noire est désormais tournée, laissant place à une croissance robuste » (« Aux Etats-Unis, l'emploi a dopé Wall Street et le dollar », *Le Monde* du 04/10/2003).

[306] Source : « L'emploi européen résiste encore, malgré le ralentissement de l'économie », *Le Monde* du 11/10/03.

Le rapport signale également que « l'industrie européenne n'a détruit, de la mi-2000 à la fin 2002 "que" quelque 500 000 emplois, tandis que 4,5 millions de postes ont été créés dans les services. » Une des explications de cette « résistance » est que les entreprises ont réduit le temps de travail de leurs salariés et ont cessé de faire des gains de productivité. L'Allemagne, le Danemark et l'Autriche sont les seuls pays à présenter des chiffres d'emploi plutôt négatifs dès le début du ralentissement économique.

Mais, aussi important que soit l'objectif de l'emploi, il ne suffit pas d'assurer le travail, car la pauvreté peut bien entendu aller de pair avec des ménages actifs (bas salaire, emploi précaire), souvent liés au faible potentiel de gains.

B – LA PAUVRETÉ RÉSULTANT DES BAS SALAIRES

Une étude menée par l'*European Industrial Relations Observatory – EIRO,* démontre que, même s'ils varient d'un pays à l'autre, les bas salaires sont relativement communs dans la Communauté européenne. D'une manière générale, entre 10% et 20% des salariés européens sont considérés comme percevant de bas salaires,

dont 77% sont des femmes.[307] Cela est déjà suffisant pour expliquer une liaison au moins indirecte entre bas salaires, pauvreté et protection des travailleurs.

Bien entendu, il peut y avoir des travailleurs à bas revenus qui ne sont pas pauvres, car ils peuvent vivre avec d'autres personnes ayant d'autres sources de revenus. L'existence d'autres membres dans la famille – p. ex., un conjoint qui travaille – compenserait donc le faible salaire d'un de ses membres. D'autres politiques contribuent à réduire la pauvreté parmi les travailleurs à bas salaires : en Europe du Nord, quelques institutions étatiques et certaines redistributions de revenu par l'Etat (exemple des allocations de la sécurité sociale, notamment celles liées à l'assistance sociale ou octroyées sous conditions de ressources), tandis qu'en Europe du Sud, c'est la solidarité familiale qui protège davantage les salariés à faible revenu contre la pauvreté.

Tout cela fait que 80% des travailleurs européens à bas salaires échappent à la pauvreté. Autrement dit : **les travailleurs à faibles revenus sont davantage susceptibles d'être pauvres, même si la plupart d'entre eux ne le sont pas grâce à des raisons variables**. Une autre donnée permet de confirmer que la pauvreté est un défi à dimensions multiples : 63% des travailleurs pauvres dans la Communauté européenne ne sont pas des travailleurs à bas salaires… C'est certifier que

[307] *« Low-wage workers and the 'working poor", Comparative supplement, EIRObserver, 6/02,* site www.eiro.eurofound.eu.int

la pauvreté demeure un facteur d'entrave à d'autres besoins sociaux. Le tableau reproduit ci-après démontre par ailleurs que, si la pauvreté n'est pas directement liée au faible potentiel des gains, elle l'est au moins indirectement [308] :

Pays	*Pourcentage de salariés pauvres par rapport au total des salariés*	*Pourcentage de salariés pauvres par rapport aux salariés à bas revenus*	*Pourcentage de salariés à bas revenus par rapport au total des salariés pauvres*
Autriche	6	16	40
Belgique	6	18	26
Danemark	4	13	21
France	7	21	38
Allemagne	10	24	41
Grèce	9	27	52
Irlande	6	14	38
Italie	10	25	27
Luxembourg	8	18	38
Pays-Bas	7	15	33
Portugal	5	18	21
Espagne	9	19	28
Grande-Bretagne	7	15	44
EU-13	8	20	37

Source : Eurostat (Statistics in focus, Population and social conditions No. 11/2000)

L'incidence des salariés plus pauvres est donc davantage accentuée en Allemagne et en Italie et moins prononcée au Danemark et au Portugal. Par ailleurs, les travailleurs à bas salaires sont plus sensibles à la pauvreté (environ 20% d'entre eux sont pauvres, alors que le taux comprenant tous les salariés ne dépasse pas les 8%). La situation générale montre donc que la **pauvreté est liée aux bas salaires**, ce qui limite fortement l'application pleine du principe protecteur. Aux États-Unis, par exemple, les activités les moins bien payées (commerce de détail, restauration rapide, hôtellerie, tourisme) sont celles qui souffrent le plus. Sur les 38 millions d'Américains vivant au-

[308] Sur l'incidente des bas salaires dans les pays de la Communauté européenne, v. Annexe IX.

dessous du seuil de pauvreté, 22 millions disposent pourtant d'un emploi ou sont rattachés à une famille dont l'un des membres travaille. La sociologie a ainsi dû créer une nouvelle catégorie, celle des « travailleurs paupérisés » (*working poor*)[309].

Diverses sont les causes qui peuvent justifier le développement des bas salaires[310], d'après l'étude citée de l'EIRO, mais le travail à temps partiel et la faible rémunération horaire demeurent les principales. Il n'est donc pas surprenant que **l'utilité du salaire minimum** (*national minimum wage – NMW)* pour atténuer les bas salaires ait été distinguée par les recherches de l'EIRO[311], encore que ce salaire minimum ne s'applique pas à tous les salariés de la même manière au sein d'une seule société, ce qui contribue encore à accentuer le rapport entre bas salaires et travailleurs jeunes et non-qualifiées.[312]

---

[309] *Le Monde diplomatique*, avril 1998.

[310] On relève, parmi ces causes, les suivantes : taille de l'établissement (relevante pour déterminer la présence des délégués syndicaux, p. ex.), branche d'activité, poste occupé, type d'établissement (public, privé, du troisième secteur, l'incidence des bas salaires dans les établissements privés étant plus prononcée), situation de famille, âge, sexe, qualification professionnelle. En ce sens, certaines professions sont davantage susceptibles d'être classifiées à bas salaires : celles liées aux restaurants, hôtels et commerce, ou aux services d'utilité publique, telles que garde d'enfants ou de personnes âgées ou handicapées, services de nettoyage, de transport et de stockage, éducation, santé et sécurité, et administrations locales, ou alors les activités exercées par jeunes, femmes, personnes peu qualifiées ou sans expérience, engagées par un CDD, stagiaires, étudiants, divorcées, veuves, célibataires et immigrants. Évidemment, le niveau d'influence de chacun de ces facteurs varie d'un pays à l'autre de la Communauté.

[311] EIRObserver, supplément cité, 6/02. Dans les pays de la Communauté, il existe deux formes de fixation du salaire minimum. Soit il est fixé au niveau national par une loi – ce qui est le cas de la France, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Espagne et Grande-Bretagne – , soit il est réglementé par des conventions collectives de branche – cas de l'Autriche, Danemark, Finlande, Allemagne, Italie, Norvège et Suède.

[312] Par exemple : les jeunes travailleurs ont un salaire moins élevé en Belgique, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas et Grande-Bretagne. En Grèce, les cadres et les ouvriers ont différents salaires minima, tandis qu'au Luxembourg, le salaire minimum peut varier selon que la personne est ou non qualifiée. Le salaire minimum sera moindre, lorsque le travailleur suit un programme d'entraînement en Irlande, au Portugal

L'établissement d'un salaire minimum ne fait évidemment pas l'unanimité. L'OCDE soutient, p. ex., qu'un tel palier minimum gonfle le coût du recrutement des salariés peu ou pas qualifiés ou ayant peu d'expérience antérieure. Mais dans des pays tels que l'Autriche, le Danemark, la Norvège, la Grèce, le Portugal et l'Espagne, l'existence d'un salaire minimum n'a pas suscité de grandes controverses. Par conséquent, les informations éparses existantes ont plutôt tendance à s'opposer à cet argument.[313]

Dans les pays en développement, secteur informel compris, cette utilité du salaire minimum a été également constatée lors d'une étude empirique menée par Catherine SAGET.[314] Pour parvenir à ses conclusions, elle s'est fondée sur des données recueillies en 2000, relatives au salaire minimum. Au Royaume-Uni, par ailleurs, où le salaire minimum avait été supprimé en 1993, « l'inégalité des revenus était plus accusée en 1990 qu'elle ne l'avait jamais été depuis la seconde guerre mondiale, et elle s'est aggravée plus rapidement que dans la plupart des autres pays membres de l'Organisation ».[315]

---

ou en Grande-Bretagne et lorsqu'il a sa capacité de travail réduite au Luxembourg, aux Pays-Bas et au Portugal.

[313] EIRObserver, supplément cité, 6/02.

[314] SAGET, Catherine. *Lutte contre la pauvreté et le chômage dans les pays en développement : l'utilité d'un salaire minimum.* Revue Internationale du Travail, vol. 140, numéro 2001/3.

[315] Études économiques de l'OCDE. Royaume-Uni, OCDE, Paris, 1996.

La recherche de l'EIRO citée a, d'autre part, conclu que l'introduction du salaire minimum légal en Grande Bretagne en avril 1999 a fortement contribué à l'augmentation générale des revenus et, par conséquent, à une plus grande protection des salariés. En ce sens, alors qu'en 1998, 1 520 000 salariés (6,4% de la force de travail) percevaient moins que le montant initial du salaire minimum, le nombre de salariés percevant moins que le salaire minimum fixé pour 2001 a chuté à 320 000 (1,3% de la force de travail) ! En Irlande, également, l'introduction du salaire minimum légal en avril 2000 a provoqué un effet semblable : environ 5% des salariés ont vu leur salaire augmenté, comme résultat direct de l'entrée en vigueur du salaire minimum national.

Par conséquent, moins le salaire minimum est important, plus la pauvreté a tendance à s'accentuer. Dans cette perspective, le salaire minimum national brésilien est d'environ… 70 euros ![316] Et au Luxembourg ou aux Pays-Bas, il est trois fois plus élevé qu'au Portugal. Alors qu'en Belgique, en France, en Irlande, au Luxembourg et aux Pays-Bas, le *national minimum wage* est d'environ 1 000 euros, il

[316] Évidemment, le coût de vie au Brésil n'est pas égal à celui des pays développés. Toutefois, comme l'on verra plus avant dans cette thèse, le salaire n'est pas que fonction du coût de vie, mais également d'autres facteurs, tels que la possibilité financière de l'entreprise, etc.

ne dépasse pas les 500 euros en Grèce, au Portugal et en Espagne…[317] Certains disent qu'en Allemagne, par ailleurs, l'absence d'un salaire minimum fixé au niveau national a contribué à ce que l'incidence des bas salaires soit plus forte qu'ailleurs, car les conventions collectives ne s'appliquent pas à tous les salariés et ne garantissent pas un niveau adéquat de rémunération.[318]

Certes, pour certains travailleurs – notamment ceux peu qualifiés ou ayant peu d'expérience professionnelle – **le bas salaire peut constituer un pis-aller pour atteindre un meilleur travail** et bénéficier d'une protection davantage tangible.

[317] Il est vrai que, du moins pour le cas de l'Espagne – c'est le cas aussi de certaines régions du Brésil – , le salaire minimum est si bas qu'il ne sert pas de standard pour la fixation du montant du salaire sur le marché du travail. Si seulement 2% des travailleurs espagnols ont perçu le salaire minimum en 2000-1, selon les données d'Eurostat, le SMIC a servi comme base des revenus de 6% des Portugais, 14% des Français et 15,5% des Luxembourgeois. Le salaire minimum élevé a également été la référence pour les revenus des 2% des salariés en Irlande, Pays-Bas et Grande-Bretagne. Le tableau ci-dessous fait la comparaison entre les salaires minima nationaux, indiquant leur pourcentage par rapport à la moyenne dans la manufacture (Source : *Eurostat, Statistics in focus, Population and social conditions, No. 5/2002, "Minimum wages in the Europen Union, 2002", and No. 2/2001, "Minimum wages in the European Union, 2001")*:

Pays	*Salaire minimum mensuel (EUR) (2002)*	*Pourcentage du salaire minimum par rapport à la moyenne dans la manufacture (1999)*
Belgique	1 163	39
France	1 126	49
Grèce	473	41
Irlande	1 009	Nd
Luxembourg	1 290	42
Pays-Bas	1 207	44
Portugal	406	57
Espagne	516	34
Grande-Bretagne	1 124	37

[318] C'est pourquoi les organisations syndicales allemandes réclament l'établissement d'un salaire minimum national d'environ 1 500 euros (Source : EIRObserver, suppl. cité, 6/02).

Au Danemark, cette situation s'est vérifiée dans les faits, d'après une étude sur la mobilité individuelle des revenus couvrant les années 1980-90 : après 4 ans, moins de 20% ont continué à percevoir de bas salaires. Mais **ce n'est pas le cas pour la plupart des pays** (p. ex., France, Grande-Bretagne, Portugal, Autriche et Italie), où les salariés à bas salaires soit demeurent dans cette situation, soit basculent dans le chômage, où la protection est encore plus limitée. C'est peut-être pourquoi on a observé que l'incidence des bas salaires a augmenté, dans les 10-20 dernières années, dans les pays tels que France, Autriche, Belgique, Allemagne, Irlande, Italie et Espagne.[319]

Ainsi, il convient également de prendre des mesures destinées à inciter les travailleurs et les employeurs non seulement au recrutement et au maintien de l'emploi, mais aussi à l'amélioration des qualifications, pour sortir des emplois à bas salaires, car il est devenu banal d'associer pauvreté à faible qualification, à basse productivité ou au peu d'expérience. En ce sens, des mesures de conseil, d'entraînement et d'emplacement sur le marché du travail pourraient largement contribuer à l'amélioration, ainsi que des programmes efficaces d'emploi et de formation pour les chômeurs.[320] Il en va de même des régulations restrictives sur le travail à temps

[319] EIRObserver, supplément cité, 6/02. En Grande-Bretagne, la situation s'est pourtant améliorée, comme résultat de l'adoption d'un salaire minimum national à partir de 1999.

[320] En Grande-Bretagne, p. ex., le chômage est à son plus bas niveau depuis vingt-huit ans. (3,1% de demandeurs d'emploi et 5,1% de chômeurs non-indemnisés). Cela est le résultat d'une politique appelée *Welfare to work,* qui mêle les incitations à l'emploi et les aides familiales, qui recourt en même temps aux contraintes légales, aux avantages fiscaux, à l'assistance familiale et aux aides à la formation. Cette politique, qui cible sur les catégories plus susceptibles de subir le chômage (p. ex., jeunes, parents seuls, plus de 50 ans, handicapés), semble bien fonctionner, notamment pour les jeunes. « Exemple : un jeune, demandeur d'emploi depuis au moins six mois, doit se soumettre à des entretiens, avec l'aide d'un

partiel[321], ainsi que la protection de travailleurs engagés sous la forme de contrats de travail atypiques (*non-standard forms of employment).* Il va sans dire que la demande de main-d'œuvre doit être soutenue à travers des politiques actives sur le marché du travail (croissance de l'emploi).

Bref, il faudrait combiner nombre d'instruments ayant pour fin de réduire le pourcentage global de pauvreté liée au manque de travail ou aux bas salaires. Cela pourrait également inclure des initiatives visant une meilleure inspection du travail pour s'assurer que les règles sont bien respectées et efficaces. D'autre part, des politiques facilitant la vie des familles sont aussi importantes, car il a été également constaté que les responsabilités familiales constituent souvent un obstacle pour la progression professionnelle. L'amélioration des institutions de protection sociale pourrait aussi faciliter l'accès des personnes aux prestations mieux adaptées à la lutte contre la pauvreté[322], ainsi que des mesures touchant la réduction ou l'élimination des contributions sociales des *working poors.*[323]

---

conseiller personnel, pendant quatre mois, dont un "cours" de deux semaines. Ensuite, il pourra choisir entre un emploi "subventionné" (une allocation est versée à l'employeur), une formation éducative ou professionnelle à plein temps, ou un travail dans le secteur de l'environnement. Le tout sur un an, et renouvelable. » Source : « La Grande-Bretagne flirte désormais avec le plein-emploi », *Le Monde* du 11/10/03.

321 Évidemment, ces régulations restrictives ne s'appliqueraient qu'au travail à temps partiel imposé ou subi.

322 Cela inclut aussi la perspective d'une société plus solidaire, quoiqu'en matière d'indemnisation du chômage les régimes fassent souvent l'objet de critiques à l'argument qu'ils contribuent à créer un esprit de dépendance et, partant, à entraîner la persistance du chômage. À cet égard, COCKX, Bart. « Les politiques actives de l'emploi et le rôle des incitations », Revue Internationale du Travail, vol. 139, numéro 2000/4.

Au niveau communautaire européen, la lutte contre l'exclusion sociale fait partie des six objectifs de la politique sociale de l'Union européenne, selon l'article 136 du Traité CE et la stratégie européenne pour l'emploi contribue à cet objectif, car la lutte contre l'exclusion peut également se poursuivre au moyen de … la promotion de l'inclusion ![324] Étant donnée l'augmentation des inégalités sociales, la Communauté européenne a par ailleurs, depuis les années 80, ajusté ses politiques vers une nouvelle approche afin d'améliorer le niveau de revenu des travailleurs, dans la quête d'une meilleure qualité de travail.

À son tour, l'OIT aussi semble avoir déjà été saisie de l'importance de la lutte contre l'exclusion. Dans le cadre d'une étude sur les conséquences sociales de la mondialisation, une commission a été investie d'une mission « de parvenir à ce que la mondialisation soit un moyen de faire reculer la pauvreté et le chômage, au profit de la croissance et d'un développement durable. »[325] L'idée est de faire de la mondialisation un processus plus inclusif, car, pour reprendre l'expression du Directeur général M. Juan SOMAVIA,

---

[323] D'ailleurs, cela fait déjà partie des plans des partenaires sociaux belges et irlandais.

[324] À cet égard, « La Communauté européenne a déjà pris des initiatives relatives à la lutte contre l'exclusion, notamment: la résolution du Conseil sur la lutte contre l'exclusion sociale, la poursuite du programme de lutte contre la pauvreté, la coopération avec les organisations non gouvernementales, l'observatoire sur les politiques de lutte contre l'exclusion, les actions de formation et l'emploi à travers les fonds structurels, les initiatives juridiques prévues dans le programme d'action de la Commission relatives à la mise en oeuvre de la charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. » (Source : http://europa.eu.int).

[325] « L'OIT s'attaque aux conséquences de la mondialisation », *Site www.ilo.org* , accédé le 4 mai 2002.

> « jusqu'à présent, la mondialisation a été, pour quelques-uns, facteur de progrès. Elle est à l'origine d'une certaine richesse, de possibilités élargies et elle a suscité un environnement stimulant. Mais pour les autres, elle n'a fait qu'**exacerber les inégalités et l'insécurité**, et ceux-là sont fondés à croire que les risques qu'elle recèle sont sans commune mesure avec les rares bienfaits qu'elle peut leur apporter. (…) Ils (les individus) veulent de véritables possibilités d'accès à un travail décent, un développement basé sur la justice sociale dans un contexte d'économie ouverte et de société ouverte »[326], où ils participeraient au processus de décision.

En effet, la croyance à la perfection du marché a généré des politiques sociales naïves, lesquelles demandent une correction urgente. Cela contribuerait sans doute à la plus grande effectivité du principe protecteur, car si celui-ci connaît des limites à la fois au sein des sociétés et à travers le monde, il sera utile dans l'avenir pour en réduire le taux de pauvreté et les inégalités sociales, alors même que les formes de travail auront évolué.

§ 2. Le principe protecteur face à l'inégalité

Il est devenu courant d'admettre que le principe protecteur du salarié est issu du principe général d'égalité.[327] Il s'agit en vérité d'une protection spéciale reconnue au salarié, en vue de sa situation d'infériorité dans les rapports du travail. Cette protection accordée au salarié se concrétise donc par le biais d'une **discrimination positive** par rapport à l'employeur.

Mais le principe de l'égalité a une autre application en droit du travail, car maintes situations peuvent justifier son appel, cette fois-ci pour régler les situations à l'intérieur même du salariat. En ce sens, le principe d'égalité joue un rôle tout à fait particulier, car on pourrait dire qu'il a un double visage : tantôt il répare une discrimination, en établissant une égalité de fond entre les parties concernées, tantôt il crée une discrimination dite *positive* (en anglais, *affirmative action*), en introduisant une compensation pour la situation ou état particulier d'une personne ou groupe. C'est le cas, par exemple, des salariés titulaires d'une protection exorbitante de droit commun.

---

[326] *Idem, ibidem*, gras ajoutés.

[327] Expression maximale de l'inégalité et d'opposition au principe protecteur du travailleur, l'esclavage était, dans l'Antiquité, généralement défendu par Aristote et Cicéron, parmi d'autres célèbres philosophes. C'est donc grâce au Christianisme, que le principe d'égalité est né : Jésus Christ a dit que tous les hommes sont frères, enfants du même père, Dieu. Par ailleurs, le principe d'égalité a aussi une origine liée à un autre principe : celui de la liberté. Depuis sa naissance, la notion d'égalité a évolué et après avoir été exprimée par le *Contrat social* de Rousseau et par l'*Utopie* de More, elle est arrivée au concept qui a inspiré la Révolution Française : « Liberté, égalité, fraternité », qui est encore aujourd'hui la devise de la République française.

Le statut particulier des salariés protégés[328] et de quelques professions[329] sont des exemples, pour n'en citer que deux.

La lutte contre les discriminations, une des principales facettes du principe protecteur, constitue par ailleurs un défi majeur pour l'OIT, qui considère fondamentales les conventions 100 et 111, sur l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.[330] Au sein plus restreint de l'Union européenne, l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité résulte de la lecture de l'article 12 (ex-article 6) du traité instituant la Communauté européenne. Un nouvel article 13 a été introduit par le traité d'Amsterdam dans le traité CE afin de compléter la garantie de non-discrimination prévue dans les traités et de l'étendre aux hypothèses de nationalité, sexe, race ou origine ethnique, religion ou croyances, handicap, âge ou orientation sexuelle.

En matière d'emploi et de travail, si les États membres interdisaient la discrimination, la portée de cette interdiction, son contenu et sa force exécutoire étaient

---

[328] D'après l'article L 425-2 du Code du travail, par ex., lorsque le salarié, candidat aux fonctions de délégué du personnel, est titulaire d'un contrat à durée déterminée, l'échéance du terme du contrat n'entraîne la cessation du lien contractuel qu'après constatation par l'inspecteur du travail, saisi dans les conditions prévues par l'article L 425-1, que le salarié ne fait l'objet d'aucune mesure discriminatoire. C'est ainsi que la Cour de Cassation a pu décider que « l'employeur, à l'arrivée du terme du dernier contrat à durée déterminée, n'ayant pas saisi l'inspecteur du travail dans les conditions prévues par l'article L 425-1, il en résultait que le contrat n'était pas rompu. » (Cass. soc. 16 octobre 2001, n° 4172 FS-P, Sorin et autre c/ SA JM).

[329] Les articles 22 et 23 du décret du 14 juin 1946 instituant le statut du mineur, qui prévoient des avantages déterminés par un critère indépendant du travail fourni tenant compte de la situation de famille

pourtant variables. C'est pourquoi le Conseil européen a adopté le 27 novembre 2000, une directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement entre les personnes de l'Union européenne, quels que soient leur religion ou leurs convictions, leur handicap éventuel, leur âge ou leur orientation sexuelle, en matière d'accès à un emploi ou à une profession, de promotion, de formation professionnelle, de conditions d'emploi et de travail et d'affiliation à certains organismes, en matière d'emploi et de travail.[331]

L'Union européenne considère par ailleurs que l'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent, dans une large mesure, à la pleine participation des citoyens à la vie économique, sociale et culturelle. Cette directive relève par conséquent d'un ensemble

---

des agents, ne violent pas le principe d'égalité de rémunération et n'instituent aucune discrimination prohibée (Cass. soc. 26 février 2002, n° 797 FS-P, Di Caro c/ Sté Houillères du Bassin de Lorraine).

[330] Ces deux conventions ont été ratifiées par la France et par le Brésil.

[331] La directive – dont l'échéance pour la mise en œuvre par les États membres est le 2/12/2003 – concerne tant le secteur public que le privé, et aussi bien le travail rémunéré que bénévole, pourvu qu'ils relèvent des domaines suivants: les conditions d'accès à des activités salariées ou non salariées , y compris en matière de promotion, la formation professionnelle, les conditions d'emploi et de travail (y compris les conditions de rémunération et de licenciement), l'affiliation et l'implication dans une organisation d'employeurs ou de travailleurs ou toute autre organisation professionnelle. Dans certains cas, des différences de traitement sont toutefois autorisées, p. ex., lorsqu'il s'agit d'une exigence professionnelle essentielle fondée sur la nature du poste ou les conditions dans lesquelles l'emploi est exercé, ou des différences fondée sur l'âge, pourvu qu'elles soient justifiées objectivement, appropriées et nécessaires à la réalisation d'objectifs légitimes sur le marché du travail (assurer la protection des jeunes ou des travailleurs âgés, fixation d'exigence sur la durée de l'expérience professionnelle etc.). Les actions positives sont également admises, visant à prévenir ou à corriger les situations d'inégalité existantes (mesures destinées à promouvoir l'intégration des jeunes, le passage de l'activité professionnelle à la retraite etc.).

d'initiatives destinées à instaurer des principes communs en matière de lutte contre la discrimination.[332]

En droit français, certaines de ces règles ont été inscrites dans le Code du travail, par de récentes lois, qui disposent sur la **preuve de la discrimination :** il appartient au salarié qui se prétend victime d'une discrimination d'apporter les éléments caractérisant la différence de traitement dont il prétend être l'objet ; une fois établie cette différence de traitement, il appartiendra à l'employeur de démontrer qu'elle n'a pas pour fondement un critère illicite.[333]

---

[332] Dans ce cadre, le Conseil a également présenté la Directive du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, et la Décision du 27 novembre 2000, établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006). Des présentations générales de cette Directive et de cette Décision peuvent être contemplées dans les sites http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l33114.htm et http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l33113.htm. Le texte de la directive est disponible sur le site http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=32000L0043&model=guichett. Dans son article 8, sur la charge de la preuve, la Directive dispose que « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. »

[333] L'article L. 122-45, modifié par les Lois nº 2001-1066 du 16 novembre 2001(J.O. du 17 novembre 2001), nº 2002-73 du 17 janvier 2002 (art. 164, J.O. du 18 janvier 2002) et nº 2002-303 du 4 mars 2002 (art. 4, III, J.O. du 5 mars 2002), dispose, en son alinéa 4, qu' « En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. » L'article L. 123-1, modifié par les Lois du 16 novembre 2001 et du 17 janvier 2002, apporte une disposition similaire en matière de discrimination fondée sur le sexe ou la situation de famille. De même, pour éviter toute discrimination, les articles L. 122-45-3 et 123-1 énoncent des critères légaux de différences de traitement légitimes fondées sur l'âge (p. ex., par des objectifs de politique de l'emploi) ou sur le sexe (les dispositions particulières sont admises si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle). La Cour de Cassation a déjà eu l'occasion de décider que, à propos de l'action syndicale exercée par l'intéressé, « Un salarié ne peut prétendre avoir été

L'existence des normes réglementant l'application du principe d'égalité en matière d'emploi et de travail est par ailleurs la preuve majeure que la réalité pratique des relations professionnelles provoque évidemment des différends et des inégalités, faisant de l'application du principe d'égalité (et donc du principe protecteur) un des domaines qui suscitent le plus de doutes et de controverses, ce qui indique une de leur limites… En dehors des hypothèses de travail des femmes (notamment enceintes), des enfants et des handicapés, qui nécessitent une protection spéciale étant donnée leur condition physique, le principe d'égalité ou de non-discrimination est souvent invoqué pour traiter de matières telles que *l'exercice des activités syndicales*[334], *les discriminations en général* (ex :religion, race) et *la libre circulation des travailleurs*, notamment dans l'espace économique européen.

---

victime d'une discrimination en raison de ses fonctions syndicales dès lors qu'une cour d'appel estime qu'aucune différence de traitement n'est établie. » (Cass. soc. 23 octobre 2001, n° 4330 FS-P, Godart c/ SA Boutaux). Cette décision paraît être cohérente, dans la mesure où si la différence de traitement n'est pas établie, le salarié ne pourra que succomber dans son action. À ce sujet, v. aussi Cass. soc. 15 décembre 1998 : RJS 4/99 n° 513.

[334] Exemple de différend : la Cour de Cassation a affirmé, dans un arrêt qu' « Il résulte de la combinaison des articles L 122-45, et L 412-2 du Code du travail, et 225-1 du Code pénal que toute mesure prise par l'employeur en considération de l'appartenance ou de l'activité syndicale est nulle ». Autrement dit, la Cour a pris une ferme position dans le sens, « d'une part, que toute mesure discriminatoire en raison de l'appartenance ou de l'activité syndicale est nulle, peu important qu'il s'agisse ou non d'une sanction et que le salarié ait invoqué ou non les dispositions de l'article L 122-45, d'autre part, qu'il appartenait au juge de rechercher si la mesure critiquée par la salariée avait été prise en considération de l'appartenance ou d'une activité syndicale. » (Cass. soc. 4 décembre 2001, n° 5175 F-D, Leboucher et autre c/ SA Servitech et les observations qui s'ensuivent (RJS, février 2002, 197). En l'espèce, il s'agissait d'une salariée qui avait demandé en référé sa réintégration dans son poste d'origine, à la suite d'un changement d'affectation concomitant à sa candidature aux élections de délégués du personnel.

À l'égard des discriminations en général, alors que la Constitution brésilienne garantit le principe de l'égalité[335], par exemple, les **travailleurs noirs** reçoivent encore seulement 42% de la moyenne nationale, tandis que les orientaux en reçoivent 33% de plus. En outre, seulement 1 salarié noir sur 2 850 atteint un poste de directeur, tandis qu'un travailleur blanc sur 479 y parvient.[336] Plus récemment, l'IBGE (*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*) a constaté que sur les 54 millions de brésiliens pauvres, 77,1% se sont déclarés noirs ou métis. Dans les familles pauvres dont le responsable est une femme, 64% se disent noires ou métisses, alors que ce pourcentage chute à 22,1% pour les familles ayant un revenu supérieur à 110 dollars mensuels… [337]

Ces chiffres montrent bien que le principe d'égalité est loin d'être une réalité constante. Cependant, on constate déjà quelques initiatives ayant pour but d'améliorer cette situation. C'est pourquoi le programme *Brasil, Gênero e Raça* du Ministère du travail brésilien a pour tâche de promouvoir l'égalité des chances sur le marché du travail, combattant toutes sortes de discrimination, y compris celles exercées

---

[335] Article 5, *caput* : « Tous sont égaux devant la loi. » ; article 7, alinéa XXX : « Constituent des droits des travailleurs urbains et ruraux, outre ceux qui visent à l'amélioration de leur condition sociale : … XXX – l'interdiction de toute inégalité de traitement, en raison de sexe, de l'âge, de la couleur ou de la situation de famille en ce qui concerne le salaire, l'exercice de fonctions ou l'embauche. »

[336] Journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002. Il est vrai que l'histoire a une part de responsabilité dans cette situation : sur les cinq siècles d'intégration du pays au marché international depuis sa découverte en 1500, le Brésil s'est servi du travail esclavagiste pendant presque quatre siècles, puisque l'esclavage a été aboli en 1888. Déjà onze générations séparent la fin de l'esclavage au Brésil et l'actuel état du capitalisme !

[337] *Jornal do Brasil* du 4 décembre 2002, p. A4.

contre les handicapés.[338] Au niveau communautaire européen, « les partenaires sociaux intersectoriels ont signé, en 1995, une déclaration commune de lutte contre le racisme et la xénophobie qui a été suivie de différentes manières au niveau national. Cette question a également figuré en bonne place dans le dialogue social sectoriel — notamment dans le secteur du commerce où une déclaration commune a été signée en 2000. Au niveau national, si les accords concernant cette question restent rares, il est des exceptions notables, dont l'accord de 1996 sur la prévention de la discrimination raciale dans le secteur belge des agences d'intérim. »[339]

L'inégalité face au principe protecteur peut être analysée sous divers angles. Dans cette thèse, on a relevé quatre aspects : les discriminations résultant des délocalisations (A), le secteur informel (B), la discrimination contre les étrangers (C) et le travail forcé au Brésil (D).

A–LES DISCRIMINATIONS RÉSULTANT DES DÉLOCALISATIONS

En matière de libre circulation des travailleurs, **les protections des marchés nationaux pour éviter le dumping social sont souvent désapprouvées par la jurisprudence de la CJCE, qui, d'une certaine manière, privilégie les libertés économiques fondamentales**. Pour ne citer qu'un exemple, le gouvernement allemand

[338] *Jornal do Brasil* du 17 novembre 2002, p. 8.

avait décidé de protéger les entreprises allemandes (et, par conséquent, les travailleurs quelle que soit leur nationalité), en imposant aux entreprises du bâtiment travaillant en Allemagne d'appliquer la convention collective de la branche. De même, l'Allemagne avait réglementé la mise à disposition de personnel pour la réalisation de chantiers en Allemagne, de façon à obliger les entreprises étrangères qui participeraient à un ouvrage complexe nécessitant le détachement de personnel sur le chantier à avoir un établissement stable.[340] Mais la CJCE a récemment censuré ce comportement.[341]

Marie-Ange MOREAU conclut donc que « la Cour de justice ne cesse de renforcer les libertés d'établissement et de prestation de services, en recherchant systématiquement si les entraves apportées à l'exercice de ces libertés sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et, dans l'affirmative, si elles sont nécessaires et proportionnelles au but poursuivi. À cet égard, la Cour a admis, de longue date, que *la protection des travailleurs pouvait justifier des entraves à ces deux libertés fondamentales* mais elle contrôle le respect du principe d'égalité de traitement ainsi que la nature, la portée et le caractère proportionnel de l'entrave ainsi constituée. »[342]

---

[339] Source : CARLEY, Mark. « Vers un dialogue qualitatif dans les relations industrielles », http://www.eiro.eurofound.eu.int.
[340] L'article L 341-5 du Code du travail français va également dans ce sens.
[341] CJCE 25 octobre 2001, aff. 493/99, Commission c/ Allemagne, arrêt rendu sous le visa des articles 52 et 59 du traité CE, devenus, après modification, articles 43 CE et 49 CE.
[342] MOREAU, Marie-Ange, Chronique citée, RJS, mars 2002.

Cette position prise par la CJCE risque de créer néanmoins un traitement inégal entre les travailleurs du pays d'accueil et les étrangers, qui pourront, par exemple, ne pas avoir les mêmes bénéfices. Cette discrimination peut d'ailleurs connaître un double sens : soit avantager un travailleur muté dans un autre pays et qui reçoit plus que la moyenne locale, soit nuire aux travailleurs déplacés et qui perçoivent moins de rémunération ou d'avantages que les travailleurs du pays d'accueil. La première hypothèse est plus courante quand il s'agit d'un déplacement d'un pays développé, où les salaires sont plus importants, vers un pays en développement, tandis que l'inverse se confirme dans le second cas.

Ainsi, le dumping social résultant des délocalisations des entreprises à l'étranger peut constituer une autre limite du principe protecteur, débouchant sur des inégalités de traitement, à l'intérieur même d'un seul groupe économique, car les conditions de travail ne seront, bien entendu, pas les mêmes (salaire, durée de travail, etc.). En effet, puisque la mondialisation place, en concurrence sur un même marché, des situations différenciées d'une région du monde à une autre, un problème se pose pour les producteurs ou industriels : ou bien ils s'alignent sur les critères d'hyper-rentabilité, ou bien ils disparaissent en tant que tels.[343]

[343] En ce sens, « plutôt qu'à la convergence des performances productives postulée par le dogme néo-libéral, cette règle du jeu conduit en pratique à un effet d'éviction. Les producteurs moins compétitifs, non rentables, voient la nécessité sociale de leur travail niée au nom d'une norme située hors de leur portée. En résultent chômage et sous-emploi dans tous les secteurs qui ne réussissent pas à se hisser aux normes mondiales. » (« La mondialisation capitaliste contre l'emploi », Supplément *L'OIT, une organisation au service des travailleurs*, *Le Monde diplomatique*, septembre 2001).

La quête pour un *dumping social* est donc devenue constante, à l'instar de la mobilité internationale.[344] Le marché chinois illustre bien cela : le faible coût de la main d'œuvre peut se conjuguer avec une haute technicité des salariés et un marché potentiel d'ampleur. Il convient de signaler, sur ce point, que le caractère *compétitif* est néanmoins relatif. Il est en effet toujours possible d'argumenter que les normes protectrices adoptées par un pays déterminé empêchent ou entravent la compétitivité, car il existera toujours la possibilité de les comparer avec les normes moins protectrices d'un autre pays.[345] La doctrine s'est déjà aperçue de cette grave situation :

> « Seront ainsi recherchés les pays qui permettent (en droit ou en fait) des horaires intensifs non contrôlés, des « souplesses » dans les embauches et les licenciements, le travail à coût dérisoire comme celui des enfants ou des prisonniers. L'absence de syndicats ou la non effectivité du droit du travail, particulièrement dans le cadre des relations collectives de travail permet à l'entreprise de

[344] Selon Mme MOREAU, « Dans le cadre de la mobilité des activités économiques dans l'Union européenne, Hoover, fabricant américain installé depuis 1930 à Dijon, annonce en Janvier 1993 le transfert de sa production de France en Écosse. La décision de l'entreprise multinationale était justifiée par un accord conclu avec les organisations syndicales écossaises : pour permettre la création d'emplois dans cette région d'Écosse sinistrée (30% de chômage dans la région de Cambuslang), les organisations syndicales acceptaient des niveaux de salaires très bas, la suppression d'avantages importants, particulièrement en matière de retraite et des engagements de paix sociale. » (M.A. MOREAU, *La délocalisation des entreprises à l'étranger*, in « Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise ». Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994, pp. 73-74).

[345] À cet égard, on ne cesse de comparer les coûts salariaux horaires des ouvriers dans le monde. En 1993, tandis que la plupart des pays européens affichaient des chiffres au-delà de 10 dollars par heure dans l'industrie (le coût salarial en Norvège, par exemple, s'élevait à 21,9 dollars par heure), les pays de l'Amérique Latine ou du sud-est asiatique montraient des chiffres moyens en deçà de 5 dollars par heure (en Indonésie, il était de 0,28 dollars par heure). On pourrait à cette hauteur de l'analyse déjà se poser la question : *quid* de la réglementation internationale du travail ?

n'avoir aucune force d'opposition ou de revendication face à elle. »[346]

La délocalisation des entreprises à l'étranger provoque, par ricochet, des effets immédiats dans les pays d'origine, à commencer par la suppression des postes de travail. La globalisation peut ainsi affecter, encore que de manière indirecte, la stabilité du marché interne... des pays développés, menaçant par conséquent, leurs taux de croissance et recherche du plein emploi ! Ce résultat pourrait d'ailleurs aller contre les « remparts » construits pour la protection … des économies nationales ! [347]

Par ailleurs, **les délocalisations dans le Nord de la planète ne bénéficient aux pays du Sud que dans une certaine mesure**. Deux études du *National Bureau of Economic Research* des États-Unis, portant sur un échantillon de multinationales américaines concluent que, s'il existe une substitution entre l'emploi dans les filiales et l'emploi dans les maisons mères, elle demeure marginale. En revanche, il existe une forte substitution entre les différentes filiales. Les auteurs notent ainsi que « le développement de l'investissement dans des pays comme le Brésil menace

[346] MOREAU, M.A., op. cit., p. 78. Dans le même sens, « la mondialisation institue une sorte de zone franche globale où les normes hyper-compétitives dominent et rétroagissent sur la gestion de la main-d'œuvre et du salaire dans l'ensemble des pays concernés, faisant ainsi abstraction des différentiels de productivité. Cette mise en concurrence exerce une pression d'autant plus forte que le potentiel d'absorption de la production des pays du Sud par les pays du Nord n'est pas illimité. Il est donc facile aux capitaux de menacer de quitter les pays qui deviendraient trop exigeants pour se déplacer vers d'autres, plus « attractifs ». Qu'elles soient ou non mises à exécution, ces menaces exercent une pression sur la croissance des salaires et donc sur le développement du marché intérieur des pays concernés. » (« La mondialisation capitaliste contre l'emploi », Supplément cité, *L'OIT, une organisation au service des travailleurs*, *Le Monde diplomatique*, septembre 2001).

[347] Un exemple en France : l'aide financière ou subsides aux producteurs et éleveurs.

beaucoup moins l'emploi dans les maisons mères des États-Unis que l'emploi dans les filiales des pays en développement d'Asie ».[348]

Autrement dit, « le degré le plus élevé de concurrence se trouve parmi la main-d'œuvre des différents pays en développement, notamment dans les branches à faible valeur ajoutée. La main-d'œuvre dans les filiales des pays industrialisés entre également en concurrence avec celle des autres pays industrialisés, mais à un degré bien moindre ».[349] Si les règles du jeu ne sont ainsi pas égales partout dans le monde, le niveau d'inégalité déjà existant entre les travailleurs du Nord et du Sud de la planète … tend à croître.

B – LE SECTEUR INFORMEL

Dans le monde du travail, un autre exemple parmi les plus frappants d'inégalité et de limite du principe protecteur est l'existence du secteur informel.[350] En

---

[348] L.S. Brainard et D.A. Riker, « Are U.S. multinationals exporting U.S. jobs ? », *Working Paper* n° 5958, Cambridge (Massachusetts), mars 1997 ; « U.S. multinationals and competition from low-wage countries », *Working Paper* n° 5959, National Bureau of Economic Research (NBER), mars 1997 (*apud* « La mondialisation capitaliste contre l'emploi », Supplément cité, *L'OIT, une organisation au service des travailleurs*, *Le Monde diplomatique*, septembre 2001).

[349] *Idem, ibidem.*

[350] Plusieurs dénominations lui sont applicables : économie informelle, occulte, submergée, noire, souterraine, clandestine, parallèle, non-institutionnelle, non-déclarée. Toutes ces expressions désignent un travail formellement non reconnu, non enregistré, non réglementé, non protégé par les normes d'ordre public, du moins sous certaines conditions, tant que les autorités ne sont pas appelées à le faire. Le travail non déclaré est « toute activité rémunérée de nature légale, mais non déclarée aux pouvoirs publics, compte tenu des différences existant entre les systèmes réglementaires des États membres. Cette définition exclut les activités criminelles ainsi que les travaux ne nécessitant pas de déclaration » (Communication de la Commission européenne du 7 avril 1998). Le Code du travail français – qui lui

effet, même si les frontières entre les univers formel et informel sont de plus en plus nuancées, il a déjà été constaté que le secteur informel paye la moitié, voire moins, que le marché formel du travail.[351] Sans parler de la fraude aux prestations et cotisations de sécurité sociale, ce qui crée d'ailleurs un cercle vicieux,[352] cela contribue à traiter différemment les salariés selon qu'ils sont déclarés ou non. De surcroît, « ce sont les travailleurs de ce secteur qui sont confrontés aux problèmes les plus graves. Ce sont leurs droits qui sont le moins respectés. Ils sont sous-employés et mal payés, n'ont pas de protection sociale et, pour eux, dialogue social et participation sont des mots en grande partie vides de sens. »[353]

L'existence même de ce marché clandestin, en marge du droit, révèle en outre une limitation du principe protecteur des salariés, mise en évidence par un cercle vicieux causé par l'excès de main-d'œuvre : les individus préfèrent perdre des droits que de supporter l'oisiveté sans un payement quelconque. C'est que « la possibilité d'obtention d'une occupation devient plus effective dans le secteur informel. Mais la référence de l'imaginaire social est toujours d'être salarié du secteur formel,

---

dédie une section toute entière – emploie la dénomination « travail dissimulé », issue de la Loi du 11 mars 1997.

[351] Jornal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002.

[352] « Le travail non déclaré peut avoir une incidence considérable sur les finances publiques du fait des pertes qu'il implique en termes de recettes fiscales et de cotisations sociales. Cette situation crée un cercle vicieux dans la mesure où l'État augmente les impôts pour continuer à assurer les services publics, favorisant ainsi davantage le travail non déclaré. » (Communication de la Commission européenne du 7 avril 1998).

[353] BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit..

avec toutes les garanties associées des droits sociaux. »[354] Le principal attrait de l'économie informelle est donc de nature économique, car elle permet aux acteurs sociaux d'augmenter leurs revenus ou de réduire leurs coûts en échappant à l'impôt et aux cotisations sociales.[355] Pour les travailleurs, le but demeure donc l'accès au marché du travail formel.

Les chiffres de l'économie informelle sont importants et impressionnants. En Amérique Latine, la part du secteur informel dans l'emploi total avoisine les 40 pour cent. En Afrique, ce secteur a créé plus de 90 pour cent des nouveaux emplois urbains durant la dernière décennie.[356]Après avoir atteint une relative stabilité, la situation du secteur informel au Brésil s'est aggravée dans les années 90. Cela a débouché sur un taux de 54% de la main-d'œuvre métropolitaine en 1998. La première enquête réalisée par l'IBGE (une espèce d'INSEE brésilien), divulguée en 1999, a révélé que presque 9,5 millions d'entreprises développaient leur activité dans l'économie parallèle, employant environ 13 millions de personnes.[357] Au total, 40,2 millions de brésiliens sont dépourvus de droits sociaux.

---

[354] DUPAS, Geraldo, *apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho. "A prevalência do convencionado sobre o legislado", *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 67, numéro 2, avril/juin/2001, p. 23.

[355] En ce sens, « Le problème du travail non déclaré peut être interprété de deux manières : d'un côté, il s'agit d'entreprises et de personnes qui tirent parti du système, mettant ainsi en péril la solidarité. Dans ce cas, l'intervention politique devrait être axée sur la répression et la sensibilisation; d'un autre côté, il résulte de l'inadaptation de la législation aux nouvelles formes de travail, auquel cas l'action devrait plutôt se concentrer sur la prévention (simplification des procédures, reconnaissance de nouvelles activités et compétences, réduction des prélèvements fiscaux sur le travail...). » (Communication de la Commission européenne du 7 avril 1998).

[356] BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit..

[357] Revue *Estado de Minas Economia*, juin 2002, p. 38.

Les domestiques sont les plus exclus, même s'ils n'ont pas tous les autres droits assurés aux salariés brésiliens en général[358]. Des 5,3 millions de domestiques existants dans le pays, 3,9 millions (78%) se trouvaient en avril 2002 sans aucune protection sociale, puisqu'ils travaillaient dans le secteur informel.[359] C'est pourquoi le Ministère organise un programme d'information pour l'affiliation à la sécurité sociale (Programme de stabilité sociale). L'État est donc sans cesse appelé à être le garant de l'application des normes qu'il crée…et une subtile formalisation du marché du travail a été constatée au Brésil entre 1999 et 2001.[360]

Dans la Communication du 7 avril 1998, la Commission européenne a toutefois conclu que le travail non déclaré touche tous les États membres et se situe entre 7 et 16 % du produit intérieur brut (PIB) de l'Union, soit entre 7 et 19% du total des emplois déclarés.[361] D'après la Commission européenne, la portée et l'ampleur du

---

[358] Au Brésil, les domestiques jusqu'à la Constitution de 1988, n'avaient droit qu'à la formalisation de leur contrat de travail et aux congés payés annuels, ainsi qu'à l'affiliation à la sécurité sociale (Loi du 11 décembre 1972). C'est la Constitution de 1988 qui leur a octroyé droit au salaire minimum, au repos hebdomadaire, au préavis et au congé parental en cas de naissance d'enfant.

[359] Les donnés sont de l'Agence de Nouvelles de la Sécurité sociale, 26 avril 2002.

[360] Le taux de formalisation est passé de 40% à 42,1%. Il est vrai que le secteur informel a été responsable de la création de 80% des postes de travail en 2000 (hausse de 8%, tandis que le secteur formel n'affichait qu'une hausse de 2%). En revanche, en 2001 le secteur formel s'est accru de 6%, alors que l'informel annonçait une réduction de 1%. Les raisons de cette baisse du taux du secteur informel ont été surtout de deux ordres : l'achèvement de la restructuration productive du pays, laquelle se déroulait depuis les années 90, et un travail plus important d'inspection, résultant en une moyenne de 600 procès-verbaux, doublée par rapport à 1998. Au total, 2 millions de salariés ont été régularisés dans les cinq dernières années (*Jornal do Brasil* du 17 novembre de 2002, Cahier spécial "O mundo do trabalho", pp. 2 et 7/8).

[361] Source :: http://europa.eu.int données saisies le 26 novembre 2002. En Italie, le secteur employant des travailleurs irréguliers et non déclarés (y compris les étrangers) représentait, en 1998, 22,6 % de la main-d'œuvre, dont 18 % dans l'industrie et les services et 73 % dans l'agriculture. (Source : « Derrière M.

travail non déclaré varient selon diverses caractéristiques institutionnelles des économies des États. Mais les causes les plus remarquables sont notamment l'importance des charges fiscales et sociales[362], la lourdeur des frais généraux et des démarches administratives, l'inadaptation de la législation aux nouvelles formes de travail, les structures industrielles locales basées sur une multitude de petites entreprises, la faible compétitivité d'entreprises de secteurs en déclin à forte intensité de main-d'œuvre peu qualifiée, l'acceptation culturelle de l'économie informelle, l'existence d'occasions faciles à saisir. Aussi, le manque de formation et d'occasion de développer ses connaissances contribue-t-il à l'augmentation de la part du secteur informel dans l'économie des pays.

De plus, selon la Communication de la Commission européenne, l'économie souterraine se rencontre avec une remarquable intensité dans les secteurs caractérisés par une forte densité de main-d'œuvre, tels que certaines activités traditionnelles (v.g., agriculture, bâtiment, commerce de détail, restauration et services domestiques[363]), les industries manufacturières et les services commerciaux dont la

---

Silvio Berlusconi, les nouveau 'condottieri'. Restructuration accélérée du capitalisme italien, *Le Monde diplomatique,* avril 2002, pages 12 et 13).

[362] Les coûts fiscaux d'un contrat de travail atteignant selon certains les 102% du salaire (PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo, LTr, 1997, 190 pages, *apud* MORATO, João Marcos Castilho. *Livre negociação e contrato de trabalho: limites à flexibilização trabalhista*. Mémoire présenté à l'Université PUC Minas, Belo Horizonte, 2001, p. 101). Cela entrave l'embauche.

[363] P. ex., étant donné le vieillissement de la population et le nouveau cadre sociologique des familles, les enfants ne sont plus disponibles ou capables de faire face aux nécessités des personnes dépendantes, qui ont besoin d'attention. Cela a même contribué à la création d'un néologisme italien « badante », pour désigner ce genre de domestique non déclaré (cette information a été recueillie lors d'une conférence du

compétitivité dépend essentiellement des coûts (exemple du tourisme), et les secteurs novateurs utilisant, p. ex., des moyens de communication informatiques, des softwares. C'est pourquoi quatre grands groupes de travailleurs non déclarés peuvent être distingués : personnes cumulant deux emplois, voire davantage; personnes « économiquement non actives », tels que les étudiants et les femmes au foyer, les préretraités, les chômeurs et les immigrés clandestins.

Qui plus est, « les travailleurs non déclarés qui sont officiellement inactifs sont privés de tous les avantages que leur conférerait un contrat de travail formel, tels que la formation, un profil professionnel spécifique, des augmentations de salaire, le sentiment d'appartenance à l'entreprise. Ces personnes auront également des difficultés à passer à d'autres emplois. »[364] Tout cela contribue à conclure que la lutte contre le travail informel est une lutte de tous. Il est donc important d'établir une stratégie globale afin d'améliorer la capacité d'adaptation des travailleurs à la nouvelle réalité, de réduire les avantages économiques du travail non déclaré afin de renverser le rapport risques/bénéfices et de stimuler l'esprit d'entreprise, aussi bien que développer socialement et économiquement les régions géographiques les plus affectées.

Une autre solution souvent citée qui pourrait contribuer à diminuer l'importance du secteur informel dans l'économie des pays est la dissociation entre le

---

Professeur Gian-Carlo PERONE, de l'Université de Roma-Tor Vergata, au *Tribunal Regional do Trabalho* à Belo Horizonte, en octobre 2002).

montant payé au travailleur et la cotisation sociale, qui aurait pour assiette les résultats de l'entreprise ou l'établissement. Cette mesure contribuera sans doute à réduire l'impact des coûts du travail sur la légalisation des travailleurs.[365] Le secteur formel en serait le principal bénéficiaire.

C – LA DISCRIMINATION CONTRE LES ÉTRANGERS

Une autre facette de l'inégalité dans l'application du principe protecteur sur le marché du travail, est une discrimination encore existante contre les étrangers. Certes, l'égalité des chances est un principe général dont l'interdiction de la discrimination exercée en raison de la nationalité (article 12, ex-article 6 du traité CE) est un aspect essentiel. En outre, l'article 39, § 2 CE (ex-article 48, § 2 du traité) dispose que la libre circulation des travailleurs « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. »[366]

---

[364] Communication de la Commission européenne du 7 avril 1998.

[365] Quoiqu'une étude récente aille dans l'autre sens. En effet, d'après les recherches d'Ive MARX, les subventions à la création d'emplois ou les allégements des cotisations sociales à la charge des employeurs ont un effet pratique limité, sauf si elles sont associées à la formation et à l'orientation professionnelle, bien que certains parlent aussi d'une excessive charge tributaire (Revue Internationale du Travail, vol. 140, numéro 2001/1).

[366] La conclusion que l'on peut tirer d'une décision de la CJCE est que les ressortissants des États de la « seconde vague » d'accords d'association, sont protégés tant contre les discriminations directes (l'article 15, § 3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000), que contre les discriminations indirectes relatives aux conditions de travail (CJCE 29 janvier 2002 aff. 162/00, Pokrzeptowicz-Meyer) : le litige concernait une ressortissante polonaise, vivant et travaillant à l'Université de Bielefeld dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée, en tant que lectrice de langue étrangère. Elle reprochait à la réglementation allemande de ne prévoir des contrats précaires dans le domaine universitaire que pour les emplois de lecteur de langue étrangère, alors que c'étaient

Par ailleurs, le droit français, au moins en ce qui concerne les discriminations directes, paraît être très protecteur des étrangers, quels qu'ils soient, s'agissant des conditions de travail, de rémunération et de licenciement, selon ce que l'on déduit du contenu des articles L. 122-45, L. 33-5, 10o. et R. 341-4, 3o. du Code du travail. Pourtant, **l'exclusion des immigrés demeure**, surtout dans les métiers moins qualifiés. Dans le secteur privé comme dans le public, nombre de professions sont à la recherche d'une égalité plus effective, victimes d'une « discrimination légale ». Au total, en France, « près de 7 millions de postes, soit pratiquement 30% des emplois, sont fermés aux ressortissants qui ne sont pas issus de l'Union européenne ». [367]

Les interdictions contre les étrangers « ont été prises en période de crise économique, dans les années 1880, lors de la deuxième révolution industrielle, ou

---

essentiellement des ressortissants étrangers qui occupaient de tels emplois. La CJCE a conclu qu'il s'agissait de l'existence d'une discrimination indirecte, confirmant d'ailleurs quelques décisions précédentes, sous le visa de l'article 39, § 2 CE (CJCE 20 octobre 1993, aff. 272/92, Spotti : Rec. 1-5185 ; voir aussi CJCE 30 mai 1989, aff. 33/88, Allué et Coonan : Rec. P. 1591).

[367] Juste pour illustrer, étant donné que l'objectif de cette thèse se limite au droit du travail, dans la fonction publique française, 800 000 emplois sont considérés comme régaliens, réservés aux seuls Français, notamment pour les postes touchant la « moralité publique » : professions liées aux loisirs, diffusion de la culture ou du savoir, armée, police, magistrature, administration fiscale, funérailles ou diplomatie. Le mi-chemin entre insertion et exclusion est aussi illustré par les médecins étrangers, dont 8000 habitent en France, et qui n'ont pas le droit d'exercice officiel de la médecine. Bien que 5200 d'entre eux aient obtenu leurs diplômes, doctorat de médecine au minimum, hors des frontières de l'UE, tous travaillent comme « attachés associés », assurant le quart des effectifs des hôpitaux publics et percevant en moyenne moitié moins que les autres praticiens pour les mêmes compétences. À la suite de l'application d'un arrêté diminuant la rémunération des gardes réalisées par les attachés associés, une grève a été réalisée dans trois établissements hospitaliers parisiens l'hiver 2001. Cette situation a également entraîné une grève de la faim de huit jours par trois médecins étrangers. « L'État a fini par reculer et mis en place un système 'dérogatoire' (pour trois ans) qui garantit aux salariés associés un niveau de rémunération des gardes semblable à celui des autres praticiens. Et des négociations pour revoir leur statut ont été ouvertes. » (*Liaisons Sociales Magazine*, mai 2002, pp. 32/35).

dans les années 30, marquées par de fortes poussées xénophobes. … Certaines interdictions datent de la III[e] République », a souligné Antoine Math, chercheur à l'Institut de recherches économiques et sociales (Ires)[368]. Certaines annonces exigent encore la « nationalité européenne ou française »[369]. Beaucoup reste encore à faire pour atteindre une libre circulation des personnes dans le monde. La mondialisation, en ce sens, bute encore contre les barrières qui ne se limitent pas d'ailleurs aux personnes, mais concernent également les biens et produits.

Bien que l'élargissement vienne peu à peu[370], des mesures se font déjà sentir, car certaines entreprises ont ouvert la voie aux négociations[371]. Dans d'autres pays, comme le Danemark, les partenaires sociaux et le gouvernement ont conclu, le 24

[368] *Liaisons Sociales Magazine*, mai 2002, p. 32. C'est que, dans les années 50 et 60, une bonne partie du modèle fordiste de croissance était supporté par l'immigration. L'Europe avait besoin de main-d'œuvre, même non qualifiée. Des Africains du nord sont allés s'installer en France et en Allemagne, tandis que des indiens sont allés vers l'Angleterre et des turcs vers l'Allemagne. « De 1846 à 1939, 59 millions de personnes ont quitté l'Europe, généralement pour se rendre dans les Amériques mais aussi en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud. » (« Travailleurs sans frontières », Revue *Travail* de l'OIT, n. 34, avril/mai 2000). Jusqu'à la moitié du XX siècle, des portugais, italiens, allemands, espagnols, arabes et japonais ont également immigré vers le Brésil. Avec toute cette immigration, le plein emploi, en Europe comme en Amérique, était une réalité. Aujourd'hui, au contraire, l'Europe n'a besoin que d'ingénieurs, scientifiques et d'autres professionnels qualifiés. L'Italie et la Suisse acceptent une immigration sélective, tandis que le flux migratoire demeure élevé, surtout en ce qui concerne les pays émergents, spécialement la Turquie et les pays africains et de l'Europe de l'est vers les pays de l'Europe de l'ouest. L'ONU estime qu'il existe environ 175 millions de personnes vivant hors de leurs pays d'origine, la plupart à la recherche d'un travail. Le Brésil est également un pays exportateur de main-d'œuvre. D'après les recherches de la *Secretaria de Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade de São Paulo*, de 1991 à 2000, environ 1,3 millions de jeunes entre 15 et 24 ans ont quitté le pays. Beaucoup d'entre eux sont titulaires de diplômes universitaires, parfois même de 3[ème] cycle universitaire (Revue *Estado de Minas Economia*, novembre 2002, pp. 32/33).

[369] L'exemple de la mairie de Paris, été 2001, pour le recrutement des peintres en bâtiment pour un CDD de deux mois (*Liaisons Sociales Magazine*, mai 2002, p. 34).

[370] La construction européenne a imposé l'ouverture des fonctions publiques aux ressortissants communautaires depuis 1991.

mai 2002, un accord pour améliorer les mesures d'intégration des immigrants et des réfugiés sur le marché du travail, donnant pleine application au principe protecteur. Et ce, parce que, quoique le Danemark ne présente pas un très important taux de chômage, ce taux était disproportionné par rapport aux immigrés et réfugiés. Quelque 50% de ceux-ci ne sont pas intégrés au marché du travail. Cet accord met l'accent sur une rapide introduction à la vie active et à la langue danoise, aussi bien qu'aux responsabilités découlant de l'intégration.[372]

En France, l'actuel projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à nationalité crée de nouvelles possibilités de retrait de la carte de séjour temporaire à tout étranger employé sans autorisation, qui deviendra, de ce fait, immédiatement expulsable. De plus, ce projet, qui révèle une forte influence de la droite et qui se veut à la fois « ferme et humain », prévoit que « le silence gardé pendant plus d'un mois par le maire sur la demande de validation de l'attestation d'accueil (...) vaut décision de rejet » et un maire n'aura donc plus besoin de justifier du refus de délivrer un certificat d'hébergement.

Quoique la prévision d'une amende et de l'interdiction de trois ans du territoire français pour les travailleurs sans autorisation ait été supprimée, d'autres

---

[371] C'est ainsi qu`à la RATP, la modification du statut est prévue, pour l'élargissement, mais pour l'instant, la voie la plus facile d'accès au statut public demeure la naturalisation. Dans ce domaine, beaucoup de mesures concrètes sont attendues.

conditions sont exigées pour l'accès à une carte de séjour, telles que l'intégration dans la société française, « appréciée en particulier au regard de sa connaissance suffisante de la langue française et des principes qui régissent la République française », aussi bien que la prise d'empreintes au moment de la délivrance du visa.[373]

On vit dans un monde où la circulation de capitaux ou de marchandises n'est pas enfermée dans une zone ou région. En revanche, la circulation des travailleurs demeure curieusement encore une réalité régionale. D'après les recherches, l'attrait de meilleurs emplois et de meilleurs revenus ainsi que l'amélioration du niveau de vie, est ce qui pousse les gens à émigrer[374], ce qui est accentué par la baisse des prix du transport et la rapidité des communications. Résultat :

---

[372] Cf. "Social partners and government sign agreement on integration of immigrants.", *in "*Current Issue: July 2002", www.eiro.eurofound.ie.

[373] Source : « Le Sénat renonce à pénaliser les étrangers travaillant sans autorisation en France », *Le Monde* du 11/10/03.

[374] Par exemple : un Mexicain gagnait, en 1996, 31 dollars par semaine dans le dernier emploi qu'il avait occupé au Mexique, tandis qu'aux États-Unis, il percevait … 278 dollars par semaine. « Dans un monde de gagnants et de perdants, les perdants ne disparaissent pas comme par enchantement, ils tentent leur chance ailleurs » (STALKER, Peter. *Workers without frontiers – The impact of globalization on international migration.* BIT, Genève et Lynne Rienner Publishers, 2000, *apud* « Travailleurs sans frontières », Revue *Travail* de l'OIT, n. 34, avril/mai 2000). L'auteur observe que les interventions des pays d'accueil concernant les personnes entraînent l'augmentation des demandes d'asile, ainsi que l'apparition du trafic clandestin des migrants, comme résultat d'une industrie « qui aide contre rémunération les migrants à obtenir des visas, à voyager et à trouver des emplois ». Le coût pour un service de ce genre – faire passer clandestinement des personnes – peut varier de 500 dollars (pour un européen de l'Est vers l'Ouest en voiture ou pour un Marocain vers l'Espagne, en bateau) à 30 000 dollars (pour un chinois allant jusqu'aux États-Unis). Le paiement comptant n'est pas toujours exigé : certaines « facilités de crédit » existent déjà (ex., prêts à long terme).

quoique les migrations internationales soient devenues moins permanentes, 150 millions de travailleurs immigrés sont clandestins dans le monde.[375]

D – LE TRAVAIL FORCÉ AU BRÉSIL

L'inégalité dans l'application du principe protecteur du travailleur peut également être étudiée à la lumière du travail forcé, encore existant au Brésil et dans nombre d'autres pays. En effet, le nombre de travailleurs qui vivent sous un régime de travail esclave au Brésil est actuellement estimé à 40 000 ! Ils vivent surtout dans les états de Mato Grosso, Maranhão, Pará et nord de Minas Gerais, où ils travaillent dans la culture du café et du coton, dans l'élevage bovin, dans l'extraction du bois et dans la fabrication du charbon. De janvier à octobre 2002, 1 766 travailleurs ont été libérés, contre 862 en 2001[376]. Au total entre 1995 et 2001, environ 4,9 millions de travailleurs ont été libérés de situations analogues à l'esclavage.[377]

Ils sont tous victimes de maltraitance et sont forcés à vivre et à travailler dans des conditions insalubres, sans paiement des heures supplémentaires malgré les longues journées de travail. La plupart d'entre eux deviennent débiteurs de leurs patrons, car ils sont obligés de faire leurs achats de nourriture dans des magasins

[375] La remarque est du scientifique politique Emir SADER (« Uma sociedade do trabalho », *Jornal do Brasil* du 12 mai 2002, p. 9).
[376] Journal *Estado de Minas* du 10 novembre 2002.

leur appartenant et la dette ne pourra donc jamais être réglée. Bref, c'est le contraire du travail décent, d'autant plus que le travailleur perd sa liberté de rompre le lien contractuel.

L'OIT considère fondamentales les conventions 29 et 105 sur le travail forcé et son abolition, toutes les deux étant ratifiées par le Brésil le 25.04.1957 et le 18.06.1965, respectivement.[378] Récemment en droit interne brésilien, la *Medida Provisória* n. 74 du 23 octobre 2002[379] tente d'apporter un lénitif aux travailleurs libérés, en leur assurant la perception d'un revenu semblable à l'assurance chômage, aussi bien qu'une formation professionnelle et une réinsertion dans le marché du travail, au moyen du *Sistema Nacional de Emprego – SINE.*

De plus, un projet d'amendement à la Constitution prévoit l'expropriation des terres où l'existence du travail forcé aurait été constatée, ce qui a pour conséquence la transmission de la propriété aux travailleurs exploités.[380] La simple existence de règles, toutefois, ne suffit pas. Il faut détenir des moyens d'inspection des

---

[377] *Jornal do Brasil* du 17 novembre 2002, Cahier spécial "O mundo do trabalho", entretien avec le Ministre du travail, Paulo JOBIM, p. 2.

[378] Au niveau international européen, l'article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, dispose que « 1 Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. 2 Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire. ». Cette affirmation ne concerne pas le travail requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté et le travail formant partie des obligations civiques normales, ainsi que le travail des condamnés et des militaires ou de ceux en service militaire obligatoire.

[379] L'article 62 de la Constitution brésilienne établit qu' « en cas d'importance et d'urgence, le Président de la République peut adopter des mesures provisoires ayant force de loi ; il est tenu de les soumettre

conditions de travail et faciliter l'accès à la justice, même pour les populations lointaines.

Le progrès social impose sans nul doute une prise de conscience collective et universelle, d'abord pour reconnaître l'interdépendance de la collectivité mondiale ; ensuite pour assumer la nécessité d'une mondialisation à visage inexorable, certes, mais social et humain, autant que possible. La proposition consiste donc à infléchir le processus de mondialisation pour atteindre un système international reposant sur des règles équitables.[381] Qui plus est, le profit n'est pas le seul moteur du progrès, car on peut encore penser à une société où le travail humain serait également motivé par des questions de prestige social, pouvoir ou reconnaissance…[382]

Tout cela met en évidence qu'il ne s'agit pas seulement d'une question économique, mais aussi politique, ethnique, nationaliste, de citoyenneté.[383]

---

immédiatement au Congrès National ». Évidemment, tous les domaines ne comportent pas l'édition des mesures provisoires, les paragraphes dudit article 62 y établissant des limites.

[380] Il s'agit de la PEC 438/01, qui réforme l'article 243 de la Constitution.

[381] Cela ne veut pourtant pas dire qu'il suffirait que les nations s'entraident. À cet égard, un slogan pourrait être lancé : non à la philanthropie internationale ; oui au développement soutenable des nations.

[382] L'idée est du professeur Immanuel Wallerstein, revue *Carta Capital*, mars 2002, p. 75.

[383] En réalité, les idéologies se résument à deux : la droite ou la gauche. Bobbio souligne qu'est de gauche celui qui est engagé avec la justice sociale et l'égalité des droits ; de droite celui qui proclame que les différences entre les hommes sont fondées sur la nature. Certes, la gauche n'est plus la même, depuis l'échec de l'expérience soviétique. D'ailleurs, de nos jours, quand nous parlons de socialisme, ce n'est plus le même socialisme soviétique. Il s'agit d'un socialisme où l'idée majeure serait, non l'autogestion économique, mais la solidarité et la justice. S'il est vrai que la fin du communisme a été célébrée dans les quatre coins du Monde, il est aussi vrai que c'était l'extinction de la police secrète, ainsi que la disparition d'autres violations à la liberté des individus, qui étaient à l'origine de ces célébrations. Toutefois, il n'est

Afin de lutter efficacement contre l'exclusion et l'injustice, en faveur d'une plus grande effectivité des normes d'ordre public, il faudrait établir une stratégie globale ciblée. Un ensemble de mesures s'inspirant de la solidarité entre les individus doit être mis en œuvre en veillant à ce que les différentes mesures interagissent et à ce que d'autres initiatives politiques ne viennent pas les contrecarrer.

Une culture de la conscience collective s'avère par conséquent nécessaire, à travers l'intervention constante de tous les acteurs sociaux.[384] Viendrait compléter cela un meilleur développement de la sécurité sociale, y compris dans le secteur informel, pour lequel il faudrait trouver des instruments adéquats, capables de fournir un minimum de protection sociale aux travailleurs.

---

pas certain que l'humanité soit désormais négligente à l'égard des sentiments ou d'une envie d'un meilleur système de santé, d'éducation, de distribution des richesses, d'une vie ou d'un travail décent. Cette envie demeure. Les idées sont encore là. La difficulté consiste à les mettre en œuvre… Il convient néanmoins de rappeler que, voulant ignorer les leçons de l'Histoire, d'aucuns oublient que ce sont précisément les fastes du libéralisme qui ont sécrété quelques crises et révolutions, d'où a pu naître le totalitarisme. Il pourrait resurgir victorieux et venu d'ailleurs... L'extrême droite est là pour le confirmer. De plus, personne n'a dit qu'il serait aisé de concrétiser les promesses de la gauche.

[384] À cet égard, le discours du Ministre Francisco Fausto Paula de Medeiros quand il a été élu pour la présidence du TST, le 10 avril 2002 : « Voilà l'espoir. Non l'espoir qui se perd à l'entrée de la terreur de Dante Alighieri, mais l'espoir évangélique avec la promesse piteuse et franciscaine d'un temps plus heureux de libération de la société humaine, sans dépendance sociale et sans les griffes de l'avarice et du pouvoir de commander. Une société avec les réponses de justice, sans souverains modelés tels de faux icônes et sans la force destructive et trompeuse de la cruelle dégradation, où se perdent toutes les victoires de ceux qui injurient l'idéal du bien. (…) Utopie ? Triste le peuple qui oublie ses rêves en les poursuivant. » (*Site* http://www.tst.gov.br/ASCS/NOTICIAS/noticias02/mes04/discursoposse.html , 10 avril 2002).

En ce sens, une plus grande effectivité du principe protecteur constitue une politique adéquate aux objectifs de diminution de l'injustice sociale et de meilleure application de l'ordre public.

SECTION 2 : LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS ET L'ORDRE PUBLIC

Il convient de revenir sur ce sujet, pour savoir ce qu'il est advenu de la notion d'ordre public et de ses fonctions en droit du travail. Néanmoins, avant d'analyser si l'ordre public convient concrètement au droit du travail (§ 2), il serait utile d'étudier l'évolution de cette conception générale (§ 1er).

§ 1er. Le principe protecteur et l'évolution de l'ordre public

Chacun sait que « l'ordre public correspond essentiellement à un ensemble de principes et de valeurs dont la force contraignante préexiste à ce pouvoir qu'auraient ou n'auraient pas les sujets de droit d'en aménager les effets et la portée. »[385] Dans cette perspective, l'ordre public a surtout trait à une idée contraire à *révolution*, *anarchie*, *chaos*, *désobéissance aux lois*. D'autre part, chacun sait également que l'*ordre public* ne se confond pas avec *droit public*, même s'il est plus présent dans ce dernier, car il est aussi réel dans le *droit privé*.[386] Par conséquent, l'ordre public ne doit pas être conçu comme un corps de règles, car il dépasse ces dernières.[387]

---

[385] TERRÉ, François. « Rapport introductif » à *L'ordre public à la fin du XXe. siècle*. REVET, Thierry (coordination de). Dalloz, 1996, p. 4.
[386] Par exemple, en droit de la consommation ou de la famille.

Si ce ne sont pas des règles, qu'est-ce donc que l'ordre public ? À ce sujet, on a tendance à balancer entre les idées de *force obligatoire* et « *empêcheur de contracter en tête à tête* ».[388] Toujours est-il que, dans les systèmes juridiques, même en droit privé où prédomine le principe de l'autonomie de la volonté, il faut un garde-fou contre les clauses abusives (en droit du travail, dans le souci de protection du salarié). L'ordre public serait ainsi doté « d'une force, d'un rayonnement, d'une énergie, qui ne se laisse pas capter en stéréotypes. »[389] Somme toute, l'important est que l'ordre public est composé d'un ensemble de principes considérés « dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères… »[390]

L'ordre public privilégie par ailleurs certains aspects du droit, selon l'échelle de principes élus et selon les intérêts dominants dans une période de l'histoire. Et son rôle est tout aussi différent selon la nature des situations considérées. En ce qui concerne le droit du travail, si les normes sont considérées comme étant des normes supplétives[391], les parties pourront déroger aux règles, au cas où elles auraient préféré l'utilisation d'autres, admises en droit civil, par exemple. Au contraire, si les normes de

---

[387] CARBONNIER, Jean. « Exorde » à *L'ordre public à la fin du XXe. siècle*. REVET, Thierry (coordination de). Dalloz, 1996, p. 2.
[388] CARBONNIER, Jean, op. cit., p. 1.
[389] CARBONNIER, Jean, op. cit., p. 2.
[390] CAPITANT. *Vocabulaire juridique*, restauré par M. Gérard Cornu et son équipe. *Apud* TERRÉ, François, op. cit., 1996, p. 3.
[391] Supplétive dans le sens qu'elle « ne s'impose à un individu qu'à défaut de manifestation de volonté contraire de sa part » (DALLOZ, *Termes Juridiques*, Lexique, 10e édition, 1995, p. 341).

droit du travail sont plutôt impératives[392], les parties intéressées ne pourront pas leur désobéir, sous peine de nullité. À n'en pas douter, ce choix entre normes *supplétives* ou *impératives* a des conséquences directes sur la protection des salariés.

La doctrine a déjà souligné qu'il existe des lois impératives qui ne sont pas d'ordre public[393], mais le nécessaire à retenir est que les parties ne peuvent déroger aux dispositions tant impératives que d'ordre public. Cela mène à un débat plus étendu, qui est celui de la nature juridique du droit du travail. C'est ainsi que traditionnellement le droit a été classé en deux grandes branches : droit public ou droit privé. Très brièvement, les critères principaux de différentiation sont bien connus : les sujets des relations juridiques et l'intérêt visé. Tandis que le *droit privé* est connu pour s'appliquer aux relations entre individus avec un intérêt individuel dominant, le *droit public* est applicable aux relations entre une personne (physique ou morale) et l'État, traitant surtout d'intérêt public.

Cela ne veut pas dire, on le répète, qu'il existe une distinction absolue entre droit public et privé, ni que l'ordre public s'oppose à l'idée de l'ordre privé. En effet, certains actes de la vie privée sont encore très protégés par l'ordre public, comme la vie familiale, par exemple, ce qui montre bien qu'il existe un ordre public qui régit les intérêts privés. Là, il s'agit de *l'ordre public de protection*, que l'on trouve aussi en

[392] Impérative dans le sens de « loi qui ne peut être éludée par celui auquel elle s'applique » (DALLOZ, *Termes Juridiques*, Lexique, 10e édition, 1995, p. 341).

droit du travail. Cet ordre public protecteur met en lumière des intérêts d'une communauté toute entière, ne se bornant pas aux seuls cas particuliers. La famille, ainsi que le travail, par exemple, doivent donc être protégés afin d'atteindre l'objectif de paix sociale.

La discussion sur la taxinomie du droit du travail n'est pas nouvelle. Pourtant, de nos jours, la flexibilité engendre sa délocalisation, parce qu'elle privilégie désormais la volonté des personnes ou groupes intéressés, au détriment d'un ordre juridique étatique qui s'appliquerait indépendamment de la volonté des parties, protégeant en principe davantage les salariés. Le droit du travail abandonne, en effet, son caractère de droit public, où l'intervention de l'État se fait plus forte, protectrice du salarié, pour céder place aux délibérations des propres intéressés. Cela débouche sur une inclinaison du droit du travail vers le champ d'application du droit privé. La question reste toujours d'actualité : le droit du travail a-t-il le caractère de droit public ou privé ?

D'aucuns prônent son caractère public, tandis que d'autres affirment que son essence est de droit privé. Parmi les divers arguments de l'un et de l'autre des courants, voici les principaux :

- Le droit du travail est une *branche du droit privé*, car son fondement est le contrat (droit individuel du travail). Il est ainsi originellement sans

[393] Cf. TERRÉ, François, op. cit., 1996, p. 10.

doute privé. Reportons-nous à Messieurs GOMES et GOTTSCHALK : « La vérité est que, historiquement, le droit du travail se présente comme un simple chapitre du droit privé. Les relations individuelles sont, entre nous, au début du siècle, soumises aux règles de la location de services et, à partir de 1916, réglées par le Code Civil ; et, pour un secteur plus limité, par le Code Commercial. »[394] Un argument de plus pour ceux qui prônent la nature juridique privée du droit du travail : il est construit à partir du contrat individuel de travail.

Mais, du côté des publicistes, il est soutenu :

- Le droit du travail est une *branche du droit public*, en vertu de la primauté de l'intérêt de l'ordre public, marqué d'ailleurs par une intense intervention de l'État. On parle ainsi du rôle de l'État interventionniste, gardien du contenu minimal du contrat[395] ; d'un contrat d'adhésion établi par l'État, où les parties (tant employeur que salarié) adhèrent ou non aux conditions ; du rôle des inspecteurs du travail, qui peuvent, dans l'intérêt social, sanctionner les illégalités.

Par ailleurs, c'est l'identité la plus intrinsèque du droit du travail qui doit orienter sa taxinomie et non point son identité apparente.[396] Car il n'est pas

[394] GOMES, Orlando ; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 1990, *apud* PINTO, J. A. Rodrigues, p. 61.
[395] M. le Professeur PINTO parle d'une fonction pré-moulante de l'État (op. cit., p. 62)
[396] Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues, op. cit., pp. 62/63.

incohérent de dire, comme CAMPOS BATALHA, que « Dans l'état actuel de la science juridique, pourtant, la différenciation entre le Droit public et le Droit privé est devenue indispensable, au moins à cause de l'effet didactique. Et cette différenciation n'est pas dangereuse ou risquée, à la condition que l'on prévienne qu'il n'y a pas de traits définitifs et absolus qui définissent les limites où termine le Droit privé et commence le Droit public. »[397]

D'autant plus que, malgré les tendances universitaires de classer le droit du travail en public ou privé, il faut constater, au long des années, une **double tendance privatiste du droit public et publiciste du droit privé**. D'une part, l'État s'immisce dans des domaines où l'intérêt est surtout privé, comme c'est le cas des transports, de l'électricité, etc.[398] L'intervention de l'État se fait ainsi plus présente en matière contractuelle, où la liberté est traditionnellement conçue comme première. Cela change le rôle de l'ordre public, lequel était notamment d'assurer le plein exercice de cette liberté, mais qui aujourd'hui a l'aspect incontestable de limiter le pouvoir de la volonté. Par conséquent, les contraintes s'accroissent, la liberté contractuelle subit des restrictions, l'autonomie de la volonté est réglementée, n'étant plus à l'abri des règles impératives.[399]

---

[397] CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza, *apud* PINTO, José Augusto Rodrigues, op. cit., p. 62.

[398] Extrait du Préambule de la Constitution de 1946 : « 9. Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »

[399] C'est ainsi que le droit de propriété, par exemple, un des plus classiques du droit privé, doit avoir, aux termes de la Constitution brésilienne, une « fonction sociale » (article 5, alinéa XXIII de la Constitution), ou peut être supprimé, aux termes de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789, en cas

D'autre part, un mouvement inverse se produit également. Pour ne plus parler du libre jeu des marchés ou des privatisations des entreprises publiques, il convient de signaler ici la libéralisation des contraintes dans le domaine du public, cédant place à une poussée du caractère contractuel des relations. Le phénomène, qui s'est accentué surtout dans la seconde moitié du XX[e] siècle, peut être constaté en droit du travail comme en droit pénal[400] et de la famille[401]. Le recul de la qualité impérative des normes est de telle magnitude qu'on parle déjà d'ordres en désordre ou d'un ordre semi-public[402], acclimaté aux changements.

Une zone grise s'implante par conséquent à la frontière entre les deux grandes branches du droit. Ou, comme l'a observé M. le Professeur TERRÉ[403], « la dialectique du permis et du défendu porte à mieux discerner de nouveaux alliages, ainsi

---

de « nécessité publique » (article 17 de la Déclaration, qui impose évidemment une constatation légale de cette nécessité publique et une indemnité préalable). Pareille situation se trouve en matière de droit des consommateurs, de la concurrence ou des baux. Une décision de la Cour européenne des droits de l'homme rendue en 1986 est également révélatrice à l'égard de l'intervention de l'État dans le domaine du privé. Dans cet arrêt, ainsi s'est exprimée la Cour : « L'article 1 (P1-1) garantit en substance le droit de propriété (arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 27-28, par. 63). Il contient "trois normes distinctes": la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, **elle reconnaît aux États le droit, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général** (voir notamment l'arrêt Sporrong et Lönnroth du 23 septembre 1982, série A n° 52, p. 24, par. 61). Il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles: la deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (arrêt Lithgow et autres du 8 juillet 1986, série A n° 102, p. 38, par. 106) » – on a souligné l'original. Affaire AGOSI c. Royaume-Uni, de 24/10/1986 (numéro de requête 00009118/80, référence REF00000003).

[400] Exemple : les discussions sur la dépénalisation de la drogue.

[401] Les lois sur le divorce ou alors sur le PACS.

[402] Cf. TERRÉ, François, op. cit., 1996, p. 5.

qu'une réflexion originale, révélée par la bioéthique, sur la signification du permis lorsque le permis – serait-il implicite, en tous cas le fruit de l'*a contrario* – relève encore pour une large part du domaine de l'inconnu. »

Certains, comme Auguste Comte, l'ont prêché : « Le progrès est le développement de l'ordre ».[404] Mais **l'ordre public évolue** ! En réalité, il **subit des modifications *rationae temporis, rationae materiae* et *rationae loci***. Deux de ces aspects nous intéressent particulièrement : les modifications *rationae temporis* et *rationae materiae*. Cette double tendance dont on vient de parler relève, par exemple, de la transformation de la notion d'ordre public en fonction du temps et de la matière. Certaines matières peuvent en effet avoir une grande importance au sein d'une société donnée et moindre dans une autre.

Toujours est-il que tout ordre public tend à un ordre de protection du plus faible. En droit du travail, plus spécialement, cela est son fondement même. Par conséquent, pour importantes que soient les modifications, le caractère protecteur de l'ordre public travailliste ne saurait s'estomper. Cela ne veut pourtant pas dire qu'il est statique. À cet égard, rien n'est plus sûr : l'ordre public, formé par des principes, supporte l'influence de l'évolution des mœurs et des sentiments des hommes. C'est ainsi que l'ordre public, garant de la protection du salarié, doit s'adapter à la nouvelle

---

[403] TERRÉ, François, op. cit., 1996, pp. 7/8.

réalité, surtout à celle matérielle et temporelle du droit du travail. Le tout … est de savoir comment.

En matière d'évolution temporelle, l'histoire du constitutionalisme mondial montre bien que l'ordre public a été adopté différemment par les Constitutions. Or, la pensée prépondérante dans une société donnée exerce une influence directe sur la protection plus faible ou plus accentuée des droits des personnes et des travailleurs. En effet, selon l'idéologie prédominante dans les l'États, à l'époque de leur apparition, les Constitutions pourraient être classées en libérales ou sociales. Ainsi, si l'État est *libéral*, la Constitution se limite à fixer, en général, les droits individuels et politiques des citoyens. Au contraire, si l'État est plutôt *social*, la Constitution établit également les droits sociaux et économiques.

Or, même si les Constitutions en vigueur après la chute du socialisme n'affirment que certains droits, surtout individuels, il faut constater que ces droits individuels, politiques, sociaux et économiques sont tous des *droits fondamentaux !* Qui doivent en conséquence être protégés par l'ordre public en raison de la matière dont ils traitent ! Mais la tendance aujourd'hui est la flexibilité et la déréglementation. Les États-Unis et la Grande Bretagne en sont les premiers exemples cités, pour justifier cette

---

[404] *Apud* TERRÉ, François, op. cit., 1996, p. 3. Cette phrase a d'ailleurs inspiré la devise brésilienne, encore de nos jours inscrite sur le drapeau vert et jaune : « Ordre et progrès ».

culture. Pour ces défenseurs, la flexibilité est le contraire du paternalisme et la solution pour la « rédemption » du salarié de la condition d'incapable où il a été placé.

M. le Professeur Gérard LYON-CAEN décrit ainsi le processus d'évolution : Il fut un temps où le droit du travail était « constitué d'un catalogue de droits reconnus par la loi au salarié ou aux salariés collectivement, et imposés à l'entreprise qui les employait. (…) Vint alors une époque où le Droit du travail fut contesté en bloc, comme tel. Il était accusé pêle-mêle de faire peser sur l'entreprise des contraintes et des charges trop lourdes, faisant obstacle à la liberté de gestion ; de la placer en situation d'infériorité par rapport aux agents économiques situés dans des pays à large permissivité ; d'être ainsi une des causes du ralentissement de l'emploi, donc du chômage. L'intérêt de tous serait de s'en débarrasser ; de 'déréglementer' ».[405]

Certes, en soi la flexibilité implique plutôt une idée de modernité, d'adaptabilité aux nouvelles situations de travail. Cependant, l'usage de ce nouveau mot n'est-il pas un peu banalisé ? Il semble exister une certaine confusion en ce qui concerne le sens de certains mots, tels que flexibilité, instabilité, précarité, modernité, adaptabilité, mobilité, déréglementation, incertitude, insécurité. Ces mots sont devenus courants. Et en dépit d'un certain consensus entre les juristes, leur signification n'est pas encore définitivement clairement établie. Par conséquent, **la flexibilité connaît diverses acceptions.**

[405] *Idem, ibidem*, pp. 3 et 4.

Souvent perçue comme négative, la flexibilité des normes peut être favorable au développement des relations professionnelles, si son sens originel est préservé. En effet, à l'origine, la norme « flexible » s'oppose à celle de « rigide ». Techniquement, la flexibilité consiste donc en la « nécessité de s'adapter aux changements tant du monde que de l'entreprise.»[406] En réalité, la flexibilité fait partie de l'évolution du droit du travail, étant donné son caractère dynamique et non-stable. Selon M. le Professeur JAVILLIER, « il s'agit de lutter contre le chômage ; pour faciliter les embauches, notamment, il semble indispensable de diminuer nombre de contraintes techniques qui peuvent constituer de réels obstacles à la création d'emplois »[407].

Si ce sens originel est sauvegardé, la flexibilité ne se confond pas avec la « précarité » des conditions de travail. Mais il semble qu'aujourd'hui le mot « flexibilité » ait acquis une connotation qui souvent s'oppose à celle de « protection ». En effet, les États et le patronat ont dénoncé les *rigidités* des normes de travail, selon eux excessivement *protectrices*, pesant trop sur les charges sociales des entreprises.[408] Selon M. le Professeur G. LYON-CAEN, « à l'idée vague de **protection** est alors substituée celle aussi floue de **flexibilité**, laquelle s'abrite derrière la nécessité de

[406] Cf. J. C. JAVILLIER, *Droit du travail*, 7e édition, L.G.D.J., p. 146.
[407] JAVILLIER, J. C., *Droit du travail*, L.G.D.J, 1996, p. 108.
[408] Le professeur Márcio Túlio VIANA, lors d'un entretien à l'Université Fédérale de Minas Gerais, en janvier 2003, a observé que la précarisation de la protection des travailleurs est un faux moyen de résoudre le problème du chômage, car en vérité elle n'est qu'une partie du problème…

favoriser l'emploi ». [409]En bref, un tableau peut être établi pour mieux visualiser l'imbroglio, au regard du principe protecteur[410] :

précarité (flexibilité dans le sens d'opposition à protection)	**adaptabilité/mobilité (flexibilité dans son sens original)**
elle est subie par le salarié	elle est librement choisie par les parties
donc, c'est l'inconvénient des transformations actuelles	donc, c'est l'avantage des transformations actuelles

La flexibilité peut être classée selon trois catégories différentes[411] :

- ✓ la *flexibilité de protection*, qui concerne l'application de l'ordre public social sur les conventions des parties ;
- ✓ la *flexibilité d'adaptation*, qui touche les dérogations *in pejus* au salarié et les simplifications de la législation ; et
- ✓ la *flexibilité de déréglementation*, qui transfère aux parties la réglementation de leurs rapports par la voie conventionnelle.

D'autre part, la Fondation européenne pour l'Amélioration des conditions de vie et de travail opère une distinction entre « la *flexibilité quantitative*, c'est-à-dire la variation de la quantité de main-d'œuvre au moyen de modèles horaires ou par le recours à des contrats d'intérim ou des contrats à durée déterminée, et la *flexibilité qualitative*, qui couvre la flexibilité fonctionnelle: l'embauche de spécialistes

[409] G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*. Dalloz, 1995, p. 4.
[410] Tableau de l'auteur.

pour des tâches spécialisées ou la sous-traitance à d'autres entreprises (spécialisées). »[412]
Cette même Fondation identifie encore quatre types de flexibilité, illustrées par le tableau suivant :

- ✓ la *flexibilité fonctionnelle et la flexibilité des tâches*, la première servant en général à décrire la capacité de travailleurs qualifiés à utiliser un éventail plus large de compétences ; la seconde décrivant plutôt l'exécution par des travailleurs semi-qualifiés et non qualifiés d'un éventail plus grand de tâches ;
- ✓ la *flexibilité numérique* renvoie à la capacité de la direction de faire varier le nombre d'employés en réponse aux fluctuations de la demande (mise en oeuvre, par exemple, à l'aide de contrats à durée déterminée ou du licenciement à volonté des employés, et par "l'externalisation" du travail et le recours à des sous-traitants) ;
- ✓ la *flexibilité temporelle* concerne le recours à des modèles horaires variables reflétant les fluctuations de la demande ;
- ✓ la *flexibilité salariale ou financière* consiste en un « passage de structures salariales uniformes et standardisées à des systèmes plus individualisés incorporant une plus grande variabilité, reflétant la performance ».

[411] RODRIGUES PINTO, José Augusto, op. cit., p. 65.

Formes de flexibilité	**Flexibilité quantitative** (temporelle). Flexibilité numérique e/ou par contrat	**Flexibilité qualitative** (fonctionnelle) Flexibilité productive et/ou géographique
Flexibilité externe	Statut d'emploi : contrats à durée indéterminée, contrats à durée déterminée, contrats d'intérim, travail saisonnier, travail sur demande.	Système de production sous-traitance, externalisation, travail indépendant.
Flexibilité interne	Temps de travail: réduction du temps de travail, heures supplémentaires/travail à temps partiel, travail de nuit et posté, travail de week-end, compression du temps de travail, temps de travail irrégulier/imprévisible.	Organisation du travail: enrichissement/rotation du travail, travail d'équipe/autonome, exécution de tâches multiples, polyvalence, groupes de projet, responsabilité des travailleurs par rapport à: la planification, au budget, à la technologie de l'innovation.

Source : Fondation européenne pour l'Amélioration des conditions de vie et de travail, www.fr.eurofound.ie/working/flextable.htm

Il est important de signaler que, initialement justifiée pour améliorer l'application du droit du travail dans des petites et moyennes entreprises, **la flexibilité, en tant que simplification du droit du travail ne peut être sérieusement critiquée**. De plus, d'après un rapport du BIT, l'assouplissement des pratiques de travail peut rendre plus compétitives certaines entreprises tout en permettant de créer davantage d'emplois. En effet, toutes les mesures mises en œuvre ayant pour but la promotion d'un droit du travail plus simple, moins formel, moins bureaucratique sont les bienvenues[413], notamment quand elles ont pour but de lutter contre le chômage, en favorisant l'embauche à travers l'allégement des charges sociales du petit employeur.

---

412 Fondation européenne pour l'Amélioration des conditions de vie et de travail, www.fr.eurofound.ie/working/flextable.htm.

413 À cet égard, les mesures de simplification du bulletin de paie (art. R. 143-2) ou alors l'adoption des chèques-service (art. L. 129-2).

Par ailleurs, en s'agissant des normes internationales du travail, la flexibilité a une importance singulière. En effet, pour bien renforcer l'universalisme des normes, en tenant compte des irréductibles particularismes régionaux, originaires de la diversité culturelle des pays, « les universitaires ont … une responsabilité particulière. En effet, il leur faut analyser et faire connaître les très nombreuses possibilités techniques de flexibilité qui ont toujours présidé à la rédaction comme à l'adoption des normes internationales du travail. Puissent aussi les professeur/es de Droit inciter chacune et chacun à prendre la mesure de ce que sont les véritables exigences de flexibilité et d'adaptation auxquelles ils convient de soumettre toute norme juridique, car ce faisant, ils peuvent convier à un examen critique de trop sommaires propos, bien souvent de mode, qui semblent découler tout naturellement de cette exigence pertinente de flexibilité. Toute flexibilité n'est pas, en soi, un bien normatif. Toute rigidité normative n'est pas en soi condamnable. Le critère doit être celui de la prise en compte de tous éléments permettant aux normes juridiques d'apporter des solutions utiles pour les problèmes sociaux traités. Une identification sérieuse du problème posé est bien évidemment la condition même d'une efficacité de la norme juridique. Cette efficacité inclut nécessairement un degré de flexibilité pertinent tout au long de la vie d'une norme comme d'une institution juridiques. »[414]

[414] JAVILLIER, Jean-Claude. « Pour une contribution des universitaires à la dynamique des normes internationales du travail »,in *Revista Trabalhista Direito e Processo*, volume VI. Rio de Janeiro, Forense, avril-juin 2003, p. 77.

Toutefois, la recherche citée de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail a montré que « les *flexibilités externe et quantitative* ont tendance à avoir un effet négatif sur les conditions de travail (même si celui-ci ne se fait pas sentir nécessairement de manière simultanée sur les 'conditions de travail'[415] et les 'conditions d'emploi'[416]). La *flexibilité fonctionnelle* est associée à certaines améliorations qui demeurent toutefois limitées et ne permettent pas de compenser les problèmes persistants des lieux de travail tels que l'intensification du rythme de travail. ». Ce processus de réaménagement de la production s'avère donc souvent pénible pour les travailleurs, car il bouleverse une organisation du travail établie depuis des décennies et a des conséquences indésirables sur la vie privée de nombreux employés.[417] Et la question qui se pose ainsi à l'heure actuelle est de savoir si les entreprises multinationales et les grands groupes de sociétés ne profitent pas de cette tendance à la flexibilité, voire ne la provoquent pas et, dans l'affirmative, dans quel but.

Le modèle flexible de relations de travail, avec des normes de moins en moins protectrices des travailleurs, s'insère donc parfaitement dans le contexte d'une logique économique et d'un libéralisme idéologique, qui visent à augmenter les limites d'application du principe protecteur. Effectivement, l'ordre nouveau s'oppose à ce qui

---

[415] Les *conditions de travail* concernent les conditions de pratique, d'organisation et de l'environnement sur le lieu de travail.

[416] Les *conditions d'emploi* sont les règles qui régissent le contrat de travail des employés, formés et rémunérés.

[417] À cet égard, les mesures assurant la flexibilité du marché du travail dans les industries de la construction mécanique, de la construction électrique et de l'électronique.

est tenu pour rigide et archaïque. Les interventions directives de l'État, par quelque biais que ce soit, sont d'avance discréditées, donc vouées à l'échec, au profit de la flexibilité des rapports de travail. Or, dans le monde juridique romano-germanique, la tradition du droit du travail est une réglementation à travers des normes provenant de l'État, comme c'est le cas de la France, de l'Allemagne et de l'Italie un peu moins. Au Brésil, cette caractéristique est encore plus intense, car le droit du travail s'est organisé à l'époque de la dictature, durant le gouvernement Vargas.[418]

Le rôle traditionnel de l'État est donc remis en cause dans les domaines économique et social actuels. Le marché international a en effet dépassé le cadre des politiques sociales nationales, « d'où des risques et des avantages asymétriques pour le capital et le travail »[419]. La pensée dominante propose que l'État doit s'occuper des questions les plus importantes, telles que la sécurité, l'éducation, la santé, le transport, les relations internationales.[420] La société contemporaine – disent les

[418] Aux États-Unis, comme au Royaume-Uni, l'État au contraire a toujours été moins interventionniste. Des explications, il y en a plusieurs, dont deux sont à relever : d'abord, la culture anglo-saxonne, qui privilégie moins l'intervention législative ; ensuite, l'économie américaine, qui permet la fixation du prix de la main-d'œuvre à des paliers si élevés, que le droit se passe d'une réglementation plus ferme. En revanche, il semble que dans ces pays le droit collectif soit plus développé, créant des instruments tels que les *closed shop, union shop, maintenance of membership*, ce qui révèle la force plus prononcée des organisations syndicales. Cela débouche sur une conclusion qui paraît être un paradoxe : dans ces pays anglo-saxons, le droit du travail, lui aussi, serait… interventionniste, même si cela se fait d'une forme différente (à travers la voie collective).

[419] BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit..

[420] Et encore, parfois l'État a du mal à accomplir ses besognes. Les mouvements séparatistes qui éclatent un peu partout en sont des exemples. La Corse, la Bretagne, ainsi que d'autres régions de la France, en moindre force ; l'Écosse et l'Irlande du Nord, en Grande-Bretagne ; la Belgique, avez les Wallons, les Flamands et les Bruxellois ; le Pays Basque en Espagne et en France ; le Kosovo en Yougoslavie ; les palestiniens et juifs en Israël, le Québec au Canada, et autant d'autres exemples.

défenseurs de cet éloignement – est plus complexe que celle existant à la fin du XIX^e siècle, époque de la naissance du droit du travail.[421]

Il est donc impensable qu'une telle évolution de la notion d'ordre public puisse ne pas toucher le noyau dur du droit du travail, qui est constitué du principe protecteur. Cela a déjà été annoncé par le professeur Américo PLÁ RODRIGUES : le principe de protection ne disparaîtra pas, mais il sera touché dans ses dédoublements de l'ordre public social et du maintien des droits acquis.

La déréglementation du travail est donc la voie élue pour la réduction des coûts de l'entreprise. Elle est préférable aux innovations technologiques, car elle n'exige pas d'investissement financier. Par conséquent, le démantèlement de la réglementation sociale s'impose. C'est le raisonnement libéral qui commande les politiques de déréglementation étatique et de précarité. Les rapports sociaux sont désormais régis par la réglementation privée et consistent en des solutions trouvées par les acteurs sociaux eux-mêmes.

Le nouveau système privilégie les valeurs associées à la flexibilité, à l'« employabilité », à l'autonomie. On assiste à une déconstruction systématique du monde du travail tel qu'il a été formé classiquement, d'où la crise d'identité de ce

[421] Paradoxalement pourtant, la quête pour la déréglementation et pour l'éloignement de l'État insinue une situation sociale pareille à celle issue du système dominant à l'époque où est né… le droit du travail ! Il

dernier.[422] L'ordre ancien – dont émane la protection du salarié – est par conséquent en voie de démantèlement, à l'instar des solidarités sociales. Par conséquent, le contrat de travail n'est vu que comme étant un simple contrat civil, devant obéir aux conditions de validité de celui-ci (ex., objet licite et possible et capacité des parties[423]), le résultat qui s'ensuit étant souvent l'abaissement des normes protectrices des travailleurs.

La forme la plus appropriée pour atteindre les objectifs imposés par la philosophie régnante est l'éloignement de l'État, au nom du caractère inexorable des lois du marché et d'un renforcement du caractère privatiste-contractuel du droit du travail.[424] En effet, au Ministère du travail brésilien, on a déjà cogité d'une réforme constitutionnelle, qui ajouterait, au *caput* de l'article 7 de la Constitution, l'expression

---

s'agit justement du système libéral du XIX siècle.

[422] À cet égard, « Faut-il brûler le Code du travail ? », colloque réalisé en 1996 et publié dans *Droit Social,* juillet-août 1996, pp. 559-604.

[423] Ces conditions sont énoncées par l'article 104 du Nouveau Code Civil Brésilien.

[424] M. LAWSON, ancien ministre de l'économie du Royaume Uni et « chairman » de la « Central Europe Trust », a avoué que ce qui le préoccupe est que la mondialisation entraîne la fermeture de postes de travail à grande échelle. Cette tendance est irréversible, sauf moyennant des mesures protectrices, « largement préjudiciables », a-t-il ajouté (*apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho. *Perspectivas do direito processual do trabalho no final do século XX. Site* http://www.solar.com.br/~amatra/jluc2.html). En ce sens, un ancien représentant du Ministère du travail brésilien avait déclaré: « Il s'agit, en grandes lignes, d'ajuster la législation aux nouveaux standards de relation entre le capital et le travail, en stimulant la transition pour un système plus agile, flexible et démocratique de négociation. (…) La marque principale de cet ensemble de propositions est ainsi le prestige donné à la voie de la négociation pour la solution des conflits inhérents aux relations de travail. D'un côté, on prétend garantir la primauté des droits collectifs sur les droits individuels, comme forme de stimuler la coopération et l'auto-composition, au lieu du conflit. De l'autre côté, on assume la perspective de fortifier le rôle des acteurs sociaux directement engagés dans ces rapports, envisageant, en même temps, de diminuer l'interférence de l'État dans ce champ. » (JOBIM, Paulo, *apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho. "A prevalência do convencionado sobre o legislado", op. cit., p. 22).

« sauf négociation collective », applicable le jour où les acteurs sociaux seront « mûrs ».[425]

Ainsi, au *principe protecteur du salarié*, appliqué en droit du travail et à travers lequel les normes impératives protègent le salarié indépendamment de sa propre volonté et même en dépit de sa volonté, s'oppose le *(contre-) principe d'autonomie de la volonté*, mis en valeur surtout par le droit civil, et « en vertu duquel la volonté librement exprimée a le pouvoir de créer des obligations. »[426] Certes, la primauté de l'un ou de l'autre principe en droit du travail dépend de l'idéologie prédominante dans une certaine période de l'histoire. Cependant, depuis les années quatre-vingts,

> « les conceptions du FMI et de la Banque mondiale en matière de déréglementation du marché du travail et de réduction du rôle de l'État-providence rencontrent de plus en plus d'écho. Des mesures allant en ce sens sont prises par de nombreux États, sous prétexte de lutter contre le chômage en favorisant la compétitivité des entreprises et en essayant d'attirer des investissements étrangers. Le capital paraît l'emporter sur le travail, sans que pour autant les richesses matérielles et spirituelles soient créées… par un autre moyen que le travail !
> Effectivement, l'objectif fondamental de justice sociale, qui guide les actions de l'OIT, a donc tendance à être de plus en plus négligé par les États et à apparaître même comme un obstacle au progrès économique. (…) La course folle aux parts de marché et la concurrence pour retenir ou attirer des entreprises font de plus en plus

[425] Cf. ANDRADE, Maria Lúcia di Iorio, *apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho, "A prevalência do convencionado sobre o legislado", op. cit., p. 22. C'est dans l'article 7 de la Constitution de la République du Brésil que sont inscrits une grande partie des « droits sociaux » des travailleurs.
[426] DALLOZ, *Termes Juridiques*, Lexique, 10e édition, 1995, p. 57.

> apparaître la régression sociale comme un instrument de politique économique au service de la compétitivité. Cela risque alors de conduire, dans des pays plus avancés que d'autres sur le plan social, à des pressions de plus en plus accentuées sur la stabilité de l'emploi et sur les salaires, au développement de l'emploi précaire, à des détériorations des conditions de travail, à des mesures de réduction des prestations sociales et à un élargissement des inégalités sociales. »[427]

Les forces de « conservation » ou de « résistance » au nouveau modèle libéral sont donc actuellement confrontées à de successives abrogations de protections aux travailleurs. Les points les plus touchés sont, évidemment, ceux qui concernent les droits sociaux : la durée du travail, la stabilité de l'emploi, la durée du contrat de travail, le salaire. La Loi du 11 décembre 1994, dite « Madelin » l'illustrait bien. En créant la présomption, encore que simple, d'inexistence de contrat de travail[428], elle remettait en cause la règle générale du salariat. La subordination n'est plus un idéal « insurpassable ».[429] Dans certains pays, comme le Royaume-Uni ou les États-Unis, la dérégulation a atteint des niveaux non négligeables.[430]

---

[427] A. EUZÉBY, *L'OIT a quatre-vingts ans : quatrième âge ou nouvelle jeunesse ?* in Droit Social, janvier 2000.

[428] « Art. L. 120-3 (L. nº 94-126 du 11 févr. 1994) Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et des allocations familiales sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation.

Toutefois, l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes citées au premier alinéa fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci. (....) » (c'est nous qui soulignons).

[429] Un autre exemple : le gouvernement de Jean-Pierre Raffarin réussit à faire approuver la loi du 3/1/2003, qui suspend pendant dix-huit mois certains articles de la loi de modernisation sociale (LMS), dont la plupart concerne des droits reconnus aux salariés : allongement des délais de licenciement, procédures de consultation des instances du personnel sur les volets économiques et sociaux d'un plan

Par conséquent, les principes classiques du droit du travail, dont le principe protecteur, sont remis en cause. Ils ont trouvé leur limite dans la réglementation quotidienne actuelle du travail salarié. On assiste donc à un rétrécissement de la conception de l'ordre public dans le domaine du droit du travail, ce qui mène souvent à des conditions de travail plus précaires. Un autre exemple de cette rétraction est *l'ordre public dérogatoire*[431]. Le principe de l'ordre public social comporte, outre l'ordre public absolu, d'autres limites plus récemment créées. Effectivement, l'ordre public dérogatoire fait exception au principe de l'application de la règle du « toujours plus », parce qu'il permet la dérogation des règles impératives dans un sens moins favorable aux salariés, par la voie de la convention ou de l'accord collectif.

Autrement dit, depuis l'apparition de l'ordre public dérogatoire, des normes moins favorables (« in pejus ») peuvent être fixées par les parties à la convention collective dans certains domaines[432], encore qu'en droit français, cet accord dérogatoire puisse faire l'objet d'un droit d'opposition de la part d'un syndicat plus

---

social, recours à la médiation entre employeur et représentants du personnel, augmentation de pouvoir aux directions départementales du travail, études d'impact effectuées dès lors qu'un projet de restructuration s'accompagnerait d'au moins cent suppressions d'emploi. Il convient de rappeler que la LMS – très critiquée dans les milieux économiques – avait été votée en 2001 sous la pression des députés de la gauche plurielle, y compris par des communistes (*Le Monde* du 18 octobre 2002).

[430] On rappelle que, dans le premier, le salaire minimum avait été supprimé en 1993.

[431] Référence faite à l'ordonnance de 16 janvier 1982, dite Auroux.

[432] Par exemple, en France en matière de durée et d'aménagement de temps du travail de nuit, repos hebdomadaire et congé annuel ou alors en matière de salaires (art. L. 132-24 du Code du travail français). Au Brésil, en matière de diminution de salaires ou de durée maximale de la journée du travail en cycle (Constitution de la République, article 7, VI et XIV).

représentatif (majoritaire) dans l'entreprise.[433] Le « toujours plus » est donc devenu « souvent moins »[434]. MM. les Professeurs LYON-CAEN, PÉLISSIER et SUPIOT, en 1996 avaient déjà professé que

> « la thèse présente des entreprises est que le chômage est dû à un excès de lois impératives, paralysant la gestion, lui laissant insuffisamment de souplesse et flexibilité. » Et ils continuent avec un avertissement : « Certains souhaitent l'effacement de la norme légale devant la convention de l'entreprise ou même individuelle ; au moins pour ce qui regarde la durée du travail. C'est peu de dire que toute idée de protection du salarié est devenue obsolète : le vrai est que tout tourne dorénavant autour des intérêts de l'entreprise »[435].

En Amérique Latine, l'avertissement paraît être un peu plus fort, comme nous enseigne PABLO SLAVIN, en Argentine :

> « en la actualidad una corriente cada vez más persistente proclama en nuestro país la 'flexibilidad laboral', presentandola como una forma de atemperar los supuestos excesos protectorios que las leyes establecen en favor del trabajador ». Et il poursuit en ajoutant une observation sur la différence entre son pays et les pays européens : « es imposible vincular esta versión 'subdesarollada' de 'flexibilidad laboral' con la intentada en paises de Europa, pues allí sus consecuencias quedan limitadas por estructuras económicas insertadas en una avanzada democracia social, donde los trabajadores, incluso los parados, poseen amplios beneficios de la seguridad social»[436].

---

[433] En effet, un droit d'opposition est réservé aux organisations syndicales majoritaires qui n'ont pas signé l'accord (C. trav., art. L. 132-26).

[434] Aujourd'hui, on parle plutôt des accords « donnant-donnant », qui font opposition à ceux « gagnant-gagnant ».

[435] LYON-CAEN, Gérard ; PÉLISSIER, Jean ; SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. Dalloz, 1996, p. 29.

La déréglementation, marquant autrement l'évolution de la notion de l'ordre public, semble se manifester aussi par d'autres formes : celles de la *non-réglementation* ou de la *non-application*. C'est dire que, même si on ne déréglemente pas, on ne règle pas ce qui, en théorie, devrait être réglé ou alors on n'applique pas la règle existante. L'exemple le plus frappant en droit brésilien est la Constitution elle-même. « De statut fondamental, elle est devenue norme conjoncturelle, seulement référence de notre instabilité juridique », a affirmé le Ministre Luciano PEREIRA, lors d'une conférence en 1997.[437]

À l'inverse, peut-être une des raisons les plus importantes pour expliquer l'absence d'efficacité du principe protecteur est-elle le phénomène dénommé *inflation législative* ou « *hyper-juridictionnalisation »*. En effet,

> « ce type d'inflation se traduit par l'augmentation excessive du nombre de normes, codes et lois, de telle manière que l'accumulation de ces textes légaux rend pratiquement impossible son application effective, ce qui débouche, par conséquent, sur une 'dévaluation' progressive du droit positif, lui empêchant d'exercer raisonnablement ses fonctions de contrôle et réglementation. À la limite, ce processus pourrait entraîner l'annulation du système juridique, une fois que, lorsque les droits se multiplient, les obligations s'ensuivent ; et celles-ci font multiplier les crédits et également les débiteurs, dans un cercle vicieux dont la continuité culminerait dans la situation absurde d'existence seule des débiteurs, sans

[436] *Apud* SOARES, Ronald. "Flexibilização – Um tema atual do Direito do Trabalho", *Revista LTr* 55-4/405.
[437] PEREIRA, José Luciano de Castilho, op. cit..

> aucun droit. C'est cela le potentiel corrosif de l'inflation juridique – le risque de la mort du droit. »[438]

La principale racine d'un tel phénomène paraît être la grande diversité actuelle de faits à réglementer. Les défenseurs de cette position argumentent pourtant qu'entre un droit trop simple pour un travail trop complexe, ils préfèrent choisir la « sur-juridictionnalisation », en créant une règle de droit pour chaque situation. Les avantages d'une législation anti-inflationniste sont pourtant évidents. L'office de la loi est d'établir de grandes lignes, dont l'application sera dirigée par les magistrats et les juristes, à leur tour imprégnés de l'esprit général des lois. Le rôle du législateur consisterait par conséquent à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au droit commun.

Pourtant, le système juridique actuel, dans les pays de tradition juridique romano-germanique, paraît fonctionner à rebours : au lieu de créer une législation mince qui se bornerait à fixer les principes et règles fondamentales, laissant aux parties la liberté de l'adapter aux circonstances individuelles de chaque catégorie ou groupe de travailleurs, la législation s'occupe également des *mesures d'application* de ses commandements. Ces mesures, étant variables, contingentes et abondantes, la tâche est souvent accomplie par voie de décrets…, qui ne sont pas toujours appliqués.

---

[438] FARIA, José Eduardo de. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1995, p. 95 et suivantes, *apud* FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, op. cit., p. 84, note en bas de page.

En réalité, ce phénomène d'*inflation législative* peut être expliqué par deux mots qui auraient une fonction opposée: *extension* et *intensité*[439]. Autrement dit : plus le principe de protection gagne en étendue, plus il perd en intensité.[440] Une réflexion sérieuse sur le bilan coût-avantage des textes normatifs est nécessaire par conséquent, car les textes sont, bien entendu, porteurs d'avantages et d'inconvénients. Si, par exemple, les lois sur le licenciement économique en France et sur l'augmentation du congé maternité au Brésil sont, en théorie, favorables aux salariés, la pratique a mis en évidence une réalité pas toujours souriante.[441]

Par ailleurs, une déréglementation étatique entraîne sans nul doute, une nouvelle réglementation, soit par les parties (exemple des 35 heures en France ; de la participation aux bénéfices de l'employeur au Brésil[442]), soit ... par le juge. Cette dernière affirmation peut être facilement démontrée au moyen de l'analyse de l'arrêt du 2 octobre 2001 de la Cour de Cassation (arrêt Nikon). En d'autres mots, si on néglige la

---

[439] Cf. TERRÉ, François, op. cit., 1996, p. 5

[440] Une affirmation en sens contraire pourrait également justifier ce raisonnement. Ainsi, l'inflation législative pourrait être considérée comme le résultat d'une réaction désespérée de l'ordre juridique au manque d'effectivité des lois.

[441] Cela ne veut pourtant pas dire que serait souhaitable la disparition soudaine et complète des textes légaux respectifs…

[442] La participation aux bénéfices, en droit brésilien, est prévue par la Constitution de la République de 1988, art. 7, XI : « *Art. 7. Constituent des droits des travailleurs urbains et ruraux, outre ceux qui visent à l'amélioration de leur condition sociale : ... XI - la participation aux bénéfices ou aux résultats de l'entreprise, indépendante de la rémunération... »* (c'est nous qui soulignons). Aussi, l'article 218, paragraphe 4 du texte constitutionnel énonce que « *La loi soutient et stimule les entreprises qui investissent dans la recherche, la mise au point de technologies adaptées au pays, la formation et le perfectionnement de leurs ressources humaines et celles qui pratiquent des systèmes de rémunération permettant à leurs salariés une participation aux gains économiques résultant de la productivité de leur travail, indépendamment du salaire. »*

protection du salarié, elle « se réaffirme vigoureusement dans la vie »[443], ne serait-ce que par la main du juge. Et cela risque de produire une protection un peu exagérée…, comme cela paraît être le cas de cette décision, de l'avis de certains auteurs.[444]

Les exemples de flexibilité ne manquent pas au Brésil.[445] Lorsque l'entreprise subit, par exemple, une situation financière délicate et exceptionnelle, une réduction transitoire des salaires de 25% peut être accordée par accord collectif (Loi 4923/65). En outre, le *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)* a remplacé la stabilité dans l'emploi jadis garantie aux salariés embauchés depuis 10 ans et plus. Désormais, le sort du contrat de travail se trouve dans les mains des employeurs et le licenciement, dès lors que l'employeur paye toutes les indemnités, est un droit unilatéral susceptible d'être exercé, même à défaut de cause réelle et sérieuse. D'autre part, les

---

[443] DEL VECCHIO « L'idée du Droit naturel est, en effet, de celles qui accompagnent l'Humanité en son développement ; et si, comme souvent il est arrivé – surtout à notre époque – quelques écoles prétendent la nier ou l'ignorer, cette idée se réaffirme vigoureusement dans la vie », *apud* MARQUES DE LIMA, op. cit., 2001, p.127.

[444] Notamment RAY, Jean-Emmanuel. « Courrier privé et courriel personnel », *Droit Social*, novembre 2001, pp. 915/919 ; ANTONMATTEI, Paul-Henri. « NTIC et vie personnelle au travail », *Droit Social*, janvier 2002, pp. 37/41.

Le rôle du magistrat est de mettre ces principes en action, les appliquer aux hypothèses prévues, en un mot, les rendre effectifs. Tel est le « droit-intégrité » défendu par DWORKIN : « Suivant le droit-intégrité, les thèses juridiques sont vraies si elles figurent dans les principes de la justice, de l'équité ou de la procédure garantissant un juste procès qui apporte l'interprétation la plus constructive de la pratique juridique de la collectivité, ou bien si elles découlent de ces principes. (…) Le droit-intégrité est différent : c'est à la fois le produit et la source d'inspiration de l'interprétation large de la pratique juridique. » (DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, 1986, trad. fr., PUF, 1994, pp. 249-250, *apud* OPPETIT, Bruno. *Philosophie du droit.* Dalloz, 1999, p. 85). Toutefois, pour échapper aux problèmes de la légitimité ou du « gouvernement » des juges, redoutés par nombre de démocraties, il reviendrait aux parties de descendre aux détails qui pourraient naître sur chaque matière.

[445] L'« Enunciado » numéro 277 du TST contient une formule déterminant que les conditions de travail reconnues par la décision normative ont une durée limitée dans le temps, n'intégrant pas définitivement les contrats de travail. Pareille norme paraît découler de l'article L. 132-6 du Code du travail français.

salaires peuvent être réduits par voie d'accord ou convention collective (art. 7, VI de la Constitution).

Un autre exemple frappant est celui concernant la participation aux bénéfices ou aux résultats : la loi n. 10 101 du 19 décembre 2000 dispose que la participation est un instrument d'intégration entre le capital et le travail et d'incitation à la productivité (article 1er). Aussi, dispose-elle que la participation sera l'objet d'une négociation entre les parties intéressées (article 2). Le problème est que la participation est distincte de la rémunération. Par conséquent, quand une convention collective est conclue à ce sujet, le montant octroyé à titre de « participation » n'aura pas d'incidence sur les accessoires (exemple, heures supplémentaires, congés payés ou préavis). Il n'y aura pas non plus versement de cotisation sociale concernant la rubrique « participation ».

La conclusion est que, sous une rhétorique démocrate, la participation aux bénéfices représente, en vérité, un renforcement de la relation de subordination, car la rémunération dépendant de la productivité, le salarié sera incité à travailler davantage et moins susceptible de participer aux mouvements de grève.

C'est dire la non ultra-activité de la norme collective, au-delà de la durée initialement prévue. Pourtant, certains pourraient se demander si cela ne constitue pas une flexibilité du principe des droits acquis…

En définitive, à travers la déréglementation étatique ou la réglementation conventionnelle, on assiste souvent à un retour sur des acquis des règles protectrices des salariés. Cela provoque d'une part, une remise en cause du principe protecteur, plus spécialement en ce qui concerne l'effectivité du principe de la norme la plus favorable (ordre public social) ou encore du principe du maintien des droits acquis. D'autre part, cela provoque des résultats parfois douteux concernant les conditions dans lesquelles le salarié exerce son travail, conditions qui deviennent davantage précaires.

En effet, la flexibilité ne se limite pas à la déréglementation étatique, suivie d'une réglementation conventionnelle souvent moins protectrice du salarié. Elle atteint aussi les conditions de travail qui vont régir les rapports entre les parties dans le contrat. De nos jours, l'astuce supposant l'assouplissement des pratiques de travail, l'extériorisation des activités et la négociation collective dérogatoire, les résultats sont à l'évidence la peur de perdre son travail et l'insécurité du lendemain qui atteint des milliers de travailleurs partout dans le monde[446]. Par conséquent, les dispositions

[446] Juste pour illustrer, l'insécurité du lendemain ne touche pas seulement les individus en tant que chefs d'entreprise ou travailleurs. L'histoire est connue : taux croissants de suicides, niveau d'alcoolisme à profusion, nerfs excités, dépressions psychologiques, drogues, actes xénophobes, violence. Il s'agit de situations complexes et de questions légitimes. Comment le juriste du travail pourrait-il, à moins qu'il ne soit naïf, ignorer cette terrible réalité, qui touche directement le monde du travail et les relations entre patrons et salariés, un rapport avant tout humain ? L'insécurité et la solitude peuvent à la limite devenir un marché… et créer des emplois ! Pour emprunter un exemple à M. TOFFLER, combien de chiens (et de nourriture, etc.) ne sont pas achetés pour faire compagnie aux personnes ? (TOFFLER, op. cit.). La solitude maintient beaucoup d'affaires et d'entreprises… comme celles spécialisées en mariages. Évidemment, la douleur d'être seul n'est pas récente, mais elle s'est généralisée d'une manière impressionnante.

« flexibles »[447] produisent souvent l'insécurité, la souffrance et le stress, car la main-d'œuvre est rendue bien plus docile par la menace permanente du chômage.

Reviendrons-nous au pur « droit civil » ? Pour l'instant, il semble que le « modèle européen » des relations professionnelles soit pourtant bien loin de succomber aux tentations entièrement « déréglementaires ». Il n'empêche qu'il faut souligner parfois une certaine inquiétude chez les juristes sur l'identification correcte du contenu de l'ordre public en droit du travail. Toujours est-il qu'avec les fréquentes « flexibilités » du droit du travail, nul ne pourrait nier qu'il penche dans l'actualité plus vers le droit privé, l'ordre public étant en quête d'une harmonie sociale plus libérale. C'est presque un retour en arrière, ce qui conduit à penser que l'ordre public en droit du travail est moins « social » qu'avant.

Cette tendance pourrait toutefois s'inverser dans les années qui viennent, étant donné que l'évolution des relations professionnelles n'a pas un sens définitif. L'État pourrait, par exemple, adopter une position plus effective en matière d'immixtion dans les relations professionnelles. L'interventionnisme pourrait être inéluctable, comme l'a observé HIRSCH : « contrairement à l'idéologie néo-libérale, l'État post-Fordiste et post-Keynesien ne sera ni faible ni éloigné ; il ne laissera pas non plus libre cours aux forces du marché. Au contraire, l'État sera fort, indépendant de la

[447] Ne serait-il pas mieux de qualifier cela de dispositions « dérogatoires » ?

pluralité des intérêts sociaux, interventionniste dans plusieurs aspects et profondément armé, à l'intérieur et à l'extérieur. »[448]

Le droit du travail pourrait à nouveau, dans cette perspective, revitaliser son caractère public ! On pourrait ainsi passer de l'ère de la déréglementation pure à l'ère d'une nouvelle réglementation, plus effective et plus efficace. Quoi qu'il en soit, un travail de recadrage de la politique socio-économique se fait nécessaire, pour assurer un développement social intégré, équitable et durable, basé sur une architecture financière stable, et capable d'assurer une application plus concrète du principe protecteur en tant qu'élément constitutif de l'ordre public. Pour cela, une action normative, quoique simplifiée, s'impose, fixant les limites de cette politique d'ajustement.

§ 2. Le principe protecteur et la nécessité d'un ordre public

> Si la justice est « l'attribution à chacun de ce qui lui revient », le débat philosophique prend un tour très concret dès lors que, se saisissant de la répartition des biens et des richesses, il interroge les fondements mêmes de l'organisation sociale, en relation étroite avec la structure des échanges économiques. Pour les Modernes et les

[448] Traduction de l'auteur. Dans la version originale: "contrary to neo-liberal ideology, the post-Fordist and the post-Keynesian state will by no means be a weak, withdrawn state which again allows unhindered freeplay to the "market forces", but on the contrary a strong state, autonomised from the plurality of social interest, interventionist in many different ways and highly armed, internally and externally." (HIRSCH, Joaquim. Fordism and post-fordism : the present social crisis and its consequences. London: Macmillan, 1991, *apud* FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, op. cit., p. 69).

> contemporains, le problème consiste principalement, d'une part, à déterminer les pouvoirs légitimes d'intervention de l'État dans le domaine économique et, d'autre part, à évaluer l'autonomie du social (et donc notamment de la politique et du droit) par rapport à l'économie, au sein de nos sociétés marchandes.[449]

L'étude du rôle de l'État dans le domaine social est une question qui relève du débat philosophique. Depuis la révolution libérale, suivie de la contestation marxiste du droit, de l'État providence et de sa crise, les conséquences d'une analyse économique du droit sont parfaitement visibles. Mais l'État ne peut pas et ne doit pas s'abstenir de toute intervention dans le monde du travail.[450] Avant d'étudier plus en profondeur les raisons d'une telle intervention, qui expliqueraient l'adoption d'un ordre public en droit du travail, il semble juste de signaler la différence entre l'ordre public absolu et relatif.

Le professeur ANTONMATTEI, après avoir rappelé le contenu de l'article L.132-4 du Code du travail français[451], classifie l'ordre public en absolu et relatif ou social. Selon lui, les règles *d'ordre public absolu* sont celles qui « s'imposent aux parties au contrat collectif ; selon une expression aussi nette du Conseil d'État, il y a des avantages ou garanties qui échappent, par leur nature, aux rapports

---

[449] FRYDMAN et HAARSCHER, op. cit., p. 67.

[450] À cet égard, la question de la souveraineté a déjà été abordée.

[451] « La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ». La CLT brésilienne contient une norme équivalente : « Les relations contractuelles de travail peuvent être l'objet de libre stipulation entre les parties intéressées, tant qu'elles

conventionnels. »[452] En sont des exemples les droits fondamentaux de la personne et des libertés civiles, la législation économique, les compétences des agents publics, la juridiction prud'homale, le droit de grève.

Au contraire, les règles *d'ordre public relatif ou social* constituent « une sorte de minimum social qui peut être amélioré par la voie de la convention collective mais qui ne saurait être diminué sauf rares exceptions ».[453] Pourtant, s'il est possible de déroger à la loi quand il s'agit d'améliorer la condition des salariés, il n'en est pas moins vrai que, dans certaines conditions, on peut aussi déroger à la loi, sans que les conditions de travail soient améliorées.

Or, cette possibilité de dérogation ne va-t-elle pas à l'encontre de l'article 6 du Code Civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ? La question est de savoir s'il

---

ne s'opposent pas aux dispositions de protection du travail, aux contrats collectifs et décisions des autorités compétentes. » (art. 444).

[452] ANTONMATTEI, P.-H., op. cit., 1996, p. 22.

[453] En droit français, ces exceptions font l'objet des « accords dérogatoires », dont le champ d'application concerne essentiellement l'aménagement du temps de travail, y compris la durée du travail, travail de nuit, repos hebdomadaire et congé annuel. Le projet « Fillon » de réforme des règles de la négociation collective touche largement le principe protecteur, car il étend la possibilité de conclure des accords d'entreprise dérogatoires aux accords de branche ou interprofessionnels, sur un certain nombre de sujets encadrés par la loi (durée et organisation du travail, restructurations, épargne salariale), à condition qu'ils soient majoritaires. Le projet prévoit cependant que sont impératives les dispositions des accords de branche ou interprofessionnels dans les domaines de minima salariaux, classifications et dispositifs de mutualisation et prévoyance. Source : « Négociation collective : ce que va changer le projet de loi Fillon. Le texte, qui sera présenté mardi, élargit la possibilité de conclure des accords dérogatoires », *Le Monde* du 12/10/03.

s'agit d'une « exception au principe de l'intangibilité de la règle impérative ».[454] Rappelons la leçon de M. le Professeur G. COUTURIER, dans le même ouvrage : « Les règles présentées comme caractéristiques de cet 'ordre public social', ces règles-plancher auxquelles il est permis de déroger pourvu que ce soit dans un sens favorable aux salariés ne sont pas de véritables règles d'ordre public : tout au moins, elles marquent une sensible déformation de la notion d'ordre public. » [455]

Ne faudrait-il donc pas parler plutôt de l'application du *principe de la norme la plus favorable* au salarié ?[456] Car si l'impossibilité de déroger existe, elle demeure limitée au respect des règles-plancher[457]. Or, l'ordre public « social » permet la dérogation d'une règle prévue dans la loi ou dans la convention collective, pourvu que la teneur de la règle du contrat soit plus favorable ![458] Cela ne veut pourtant pas dire que l'on ne défend pas le caractère d'ordre public de la plupart des règles en droit du travail. Le Conseil d'État l'a déjà constaté expressément : « Les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine (du droit du travail) présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux,

---

[454] P. DURAND et R. JAUSSAUD, *apud* REVET, Thierry, op. cit., p. 46.
[455] G. COUTURIER, *apud* REVET, T. op. cit. , p.46.
[456] Cf. G. COUTURIER, *Droit du travail/ Les relations individuelles,* 2e. éd., 1993, p. 52, n. 28 ; A. PLÁ RODRIGUEZ, *Os princípios de direito do trabalho*, trad. Wagner Giglio. São Paulo, LTr et Ed. da Universidade de São Paulo, 1978.
[457] Exemples : Code du travail français, articles L. 122-7, L. 122-24, L. 751-11, L. 761-3, L. 781-2 ; CLT brésilienne, art. 9.
[458] Il est vrai que cette possibilité n'est pas courante, car il suffit de regarder les chiffres du secteur informel pour se rendre compte qu'il est déjà difficile de remplir les minima…

lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits. »[459] Ce que l'on discute est simplement la dénomination « ordre public social ».

Mais pourquoi un ordre public propre au droit du travail ?

Frédéric HERRENSCHNEIDER pensait que la *loi de la sélection naturelle*, formulée par DARWIN, établit « en faveur du plus fort un précédent d'une haute autorité, puisqu'elle prouve que l'ordre naturel résulte du droit de la force ».[460] Or, cette loi d'autorité pourvoit à l'organisation sociale en obligeant les forts à gouverner les faibles ! Ainsi, si cet auteur s'est posé comme défenseur de la loi de la supériorité, en tant qu'application directe des lois naturelles, « il a oublié que c'est précisément pour réagir contre la sélection naturelle, et conjurer autant que possible ses

[459] *Apud* REVET, T. op. cit. , p. 48.

[460] Ensuite, le même auteur soutient que chez les hommes, cette loi – rigoureuse, mais aussi grossière et brutale – ne règne pas seule, car la brutalité ne suffit pas pour régir les rapports humains. En effet, souligne-t-il, « dans toutes les branches de l'activité humaine, ce sont les hommes puissants par leur caractère, par leur talent et par leur savoir-faire qui exercent une prépondérance inévitable. Tous ceux qui découvrent, qui inventent, qui perfectionnent, qui savent agir, penser et se conduire, parviennent à exercer un pouvoir réel sur les hommes et les choses. Ils ont leurs adhérents, leurs disciples, leur clientèle, leurs salariés et arrivent à la fortune et à la considération. Dans toutes les affaires humaines, la supériorité individuelle est l'origine du principe de l'autorité vivante, et l'exercice de cette autorité a deux conditions immuables : 1ère. Les hommes éminents ne sont jamais des dignitaires d'élection, mais de vrais usurpateurs, qui s'emparent de la position qu'ils ambitionnent par une lutte longue et acharnée contre leurs rivaux ; qui arrachent la victoire par leur constance et leur audace et qui s'imposent aux vaincus par leur mérite et leur supériorité. Le public ne les choisit jamais, mais il les acclame, quelque nombreuses qu'aient été leur victimes ; 2ème. pour conserver une palme aussi chèrement acquise, il faut, sous peine de déchoir avec le temps, que le vainqueur continue de vaincre et qu'il renouvelle incessamment ses titres à l'autorité. De sorte que celui qui s'est posé comme sommité artistique, scientifique et industrielle, ou comme chef politique, est toujours obligé de se poser de nouveau et de ne jamais se lasser de faire sa preuve de supériorité. Voilà la loi de l'autorité. C'est l'ambition qui la sert, c'est le succès qui la justifie, c'est la vigilance dans le génie qui la consolide » (*Les partis, les Napoléons, les principes*. Paris, 1868, *apud* LAROUSSE, op. cit.).

conséquences que les sociétés modernes ont opposé le droit de tous au droit du plus fort. »[461]

En effet, chacun sait qu'un des objectifs du droit du travail est l'amélioration des conditions de vie des travailleurs. Pour cela, il faut abandonner l'orientation proclamée par le *droit du plus fort* et, au contraire, privilégier une politique de valorisation sociale du salarié, à travers l'adoption de certaines normes d'ordre public. Un *contenu éthique*, ainsi qu'une prise en compte de l'intérêt social sont donc inhérents au droit du travail. Et c'est justement à travers des normes d'ordre public que l'on peut garantir la protection du salarié et éviter toutes sortes d'exploitation déraisonnable de la main-d'œuvre (ex. *dumping social*), avec un minimum de règles impératives, car, empruntant les expressions à M. le Professeur J.-C. JAVILLIER,

> « Certains ont dit qu'il (le droit du travail) était inégalitaire, droit en faveur d'une classe sociale. Mais il faut préciser ce que veut dire inégalité. Des normes en faveur du travailleur, ce ne sont pas le plus souvent des normes qui créent ou aggravent une inégalité ; mais seulement des normes qui tentent de *rétablir l'égalité* dans le monde du travail. » C'est justement pour cela que, continue l'auteur, « Le juriste du travail doit savoir la contingence des normes qu'il étudie. Il doit être satisfait de leur rapide obsolescence ; même si cette dernière lui pose des difficultés (de documentation) et lui demande un effort continu d'adaptation. Cette flexibilité du droit social, résultat de sa contingence et de son caractère transitoire, implique une vision plus humaine de la norme juridique. Elle rappelle son fondement premier : le

[461] LAROUSSE, op. cit., p. 160.

> consentement des individus. Elle implique la reconnaissance de la finalité essentielle du droit : par et pour les hommes. »[462]

Plus récemment, M. Bob HEPPLE[463] a souligné qu'il existe deux types d'égalité : *formelle* et *matérielle* ou *de fond.* Cette dernière comprend trois approches : égalité de résultats, égalité des chances et égalité de dignité humaine, créant toutes des obligations dites *positives*. Or, l'existence et l'effectivité du principe protecteur du salarié sans nul doute contribuent à atteindre cette égalité de fond.

Une autre classification d'égalité oppose l'égalité *formelle* à l'égalité *concrète*, pour conclure que c'est la dernière la plus adéquate au droit du travail, car la conception formelle d'égalité[464] est directement contredite par l'existence de la subordination dans le contrat de travail, par exemple. En effet, « entendu sous un sens formel », soulignent PÉLISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD, le principe d'égalité « conduit à interdire qu'il soit tenu compte des différences entre les Hommes, et donc à laisser libre cours aux inégalités de fait. Entendu sous un sens concret il conduit au

---

[462] J. C. JAVILLIER, *Droit du travail*. 1ère. édition. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris, 1978, p. 39.

[463] HEPPLE, Bob. *Égalité et renforcement du pouvoir d'action pour un travail décent*. Revue Internationale du Travail, vol. 140, numéro 2001/1.

[464] Issue en partie de la Déclaration des droits de 1789, article 1er : « Les Hommes naissent libres et égaux en droit, les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » et de l'article 6 : « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

contraire à combattre ces inégalités de fait en ajustant les règles à la différence des situations. »[465]

L'existence d'une égalité concrète ou réelle – faisant, appel, le cas échéant, à la notion d'action positive[466] – est donc nécessaire, pour éviter toutes sortes de discrimination, même les indirectes[467]. C'est ainsi qu'agit le droit du travail : distinguant matériellement les salariés par rapport aux employeurs, parce que les premiers sont, par définition, dépendants des derniers dans la relation juridique, donc, inégaux d'un point de vue hiérarchique. Aussi, la protection du salarié est-elle justifiée, quelle que soit la conception admise d'égalité à utiliser en droit du travail (*égalité matérielle ou de fond ou égalité concrète*). En ce sens, le Ministre PEREIRA[468] traite de la nécessité d'un ordre public en droit du travail :

> « Ou l'homme est la mesure des choses, ou rien ne vaut pour le développement. Et, sans aucun doute, l'homme vit mieux quand il dirige lui-même sa vie, étant conducteur de son destin. Alors, dans le monde du travail, l'homme

[465] PÉLISSIER, J. ; SUPIOT, A. ; JEAMMAUD, A., op. cit., p. 122. Certaines dispositions du droit du travail sont inspirées directement du principe de l'égalité concrète (p. ex., L. 122-45 du code du travail français, principe de la non discrimination).

[466] Par *action positive* (de l'anglais *affirmative action*) on entend les mesures qui avantagent un groupe de personnes qui, dans les faits, est défavorisé par rapport à l'autre. Le concept a été importé des USA (là-bas, les mesures avaient pour but de lutter contre la discrimination raciale). Cette notion est appliquée par la loi (française et brésilienne) en ce qui concerne, par exemple, les travailleurs handicapés, auxquels un quota d'emplois est réservé.

[467] Une discrimination est dite *indirecte* lorsqu'une mesure, apparemment neutre, conduit, dans les faits, à discriminer un groupe de personnes par rapport à un autre. La directive du 15 décembre 1997 en apporte une définition plus technique en matière de discrimination hommes-femmes : il y a discrimination indirecte « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe ».

[468] PEREIRA, José Luciano de Castilho. "A prevalência do convencionado sobre o legislado", *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 67, numéro 2, avril/juin/2001, pp. 24/25.

> vivra mieux si les relations de travail ne résultent pas d'imposition légale, mais procèdent de formes dynamiques de négociation. Mais, descendant de l'idéal jusqu'au réel, j'estime qu'il est nécessaire – ou il est encore nécessaire – de fixer un minimum auquel il n'est pas possible de renoncer et sur lequel la négociation serait large. »

Ainsi faisant, le droit du travail, à travers son principe protecteur du salarié apaise les tensions sociales, compensant l'inégalité économique souvent existante dans la relation de travail par le biais de l'inégalité juridique. Cette inégalité juridique pourrait aussi se justifier par la compensation de la dépendance ou de la subordination du travailleur. Plutôt qu'une égalité formelle, on aspire donc à une équité ou bien à une juste proportionnalité.[469] La position d'Arnaldo SUSSEKIND[470], qui confirme par ailleurs sa position d'adepte à l'État social, va dans le sens selon lequel la réduction de l'intervention de la loi peut être admise, pourvu que :

> 1) « les systèmes légaux se constituent de diverses règles indisponibles, qui établissent un minimum de protection à tous les travailleurs, au-dessous duquel il

[469] Pour les *nominalistes* - v.g., Nietzsche et Dostoievski - , l'égalité est une utopie. Selon cette théorie, il est inutile de vouloir établir l'égalité entre le bête et le génie, entre le riche et le pauvre, entre l'aristocrate et le bourgeois. Toutefois, si on est tout à fait d'accord avec cet enseignement, on peut accepter passivement toute sorte de domination et de privilège, ce qui n'est pas toujours recommandé. En revanche, les *idéalistes* comme Rousseau et Maritain disent que les inégalités d'ordre physique ne devraient pas exister. Cependant, une forte critique s'oppose à cette notion : il existe, en effet, une différence entre l'idéal et la réalité, d'autant que la réalité nous montre que l'idéal n'est pas toujours pratiqué. Par conséquent, on peut déjà conclure que cette théorie est un peu exagérée. Enfin apparaît une troisième option : la théorie *réaliste*, où on peut trouver un confortable stade intermédiaire entre les deux premières. Conformément à cette théorie, l'égalité et l'inégalité coexistent entre les hommes. L'égalité apparaît lorsqu'on parle d'universalité, d'humanité, d'où remonte la notion de genre humain. D'autre part, l'inégalité est née à partir des différences entre les individus. Dans cet esprit, on peut conclure qu'en vérité, la règle d'égalité n'est que de donner à chacun différemment, selon ses différences. C'est dans cette inégalité sociale, proportionnelle à la différence de l'inégalité naturelle, qu'on peut trouver la vraie égalité. En fin de compte, l'objectif du principe d'égalité est l'obtention de la *juste proportionnalité*.

[470] *Apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho, article cité, 2001.

> n'est pas possible de concevoir la dignité de l'être humain ;
> 2) ces systèmes aient la possibilité de complémentation du plancher protecteur indisponible, ou d'adaptation des normes générales supérieures, à travers la négociation collective, c'est-à-dire, avec la participation des syndicats, auxquels il incombe d'assurer la liberté syndicale, telle que prévue par la Convention 87 de l'OIT ;
> 3) la flexibilité ait comme objet :
> a) la réponse aux particularismes de chaque région, entreprise, profession ;
> b) l'instauration de nouvelles technologies ou de nouvelles méthodes de travail ;
> c) la préservation de la santé économique des entreprises et des emplois respectifs. »

De surcroît, l'ordre public protecteur du salarié joue, on le rappelle, un rôle connu de distributeur de richesses. À cet égard, un extrait du rapport du Directeur général du BIT, souligne que « la garantie des droits au travail permet à chacun de réclamer librement une juste part de la richesse qu'il a contribué à créer et à chercher à améliorer quantitativement et qualitativement sa situation professionnelle. C'est donc aussi la garantie d'un processus permanent de conversion de la croissance économique en équité sociale et en emploi à tous les stades du développement ».[471] Le droit du travail établit donc un partenariat qui rend viable la vie sociale, et la protection du salarié paraît être une manière d'assurer au citoyen *l'insertion sociale* et non

[471] BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit..

seulement politique.[472] En ce sens, il est important de rappeler que le droit du travail n'est pas seulement un *instrument de gestion des crises*.

Le développement social incite par ricochet à l'accélération de la croissance, ne la freinant point. Il n'existe, en effet, guère de progrès économique durable sans une certaine harmonie entre les divers facteurs de production. Et les interrelations entre l'économie et les rapports salariés-employeurs sont déjà reconnues par la société scientifique. À l'État incombe donc le rôle d'établir des **limites à l'ordre économique**, pour qu'une véritable justice puisse dominer les rapports sociaux. Cela est d'autant plus vrai qu'il n'existe pas beaucoup de droits absolus. Moins encore dans le domaine économique. L'État ne peut pas demeurer à l'ombre du laissez-faire ou du laissez-passer.[473] L'application du seuil des droits sociaux de base est ainsi recommandée en vue de contrecarrer la dictature des marchés financiers et des transnationales.

---

[472] Au Brésil, par exemple, un rapport du *Tribunal Superior do Trabalho – TST* – précise qu'en 2002 le montant payé par les employeurs aux travailleurs comme résultat de la performance des tribunaux spécialisés en droit du travail s'est élevé à environ 1,7 milliards d'euros (2,5 millions de dossiers, nombre parmi les plus élevés du monde). Cela est particulièrement important dans un pays à larges différences sociales internes. Pourtant, le rapport *nombre des juges par habitant*, est d'un pour 70 000, parmi les plus faibles du monde ! À titre de comparaison, aux USA, le nombre de dossiers en la matière s'élève à 75 000 par an, tandis qu'au Japon il est d'environ 2 500 par an (*Jornal do Brasil* du 8 juin 2003, p. A4). Il existe actuellement un projet de loi qui augmente le nombre de tribunaux spécialisés de 1ère instance au Brésil. Il convient de souligner qu'au Brésil, il existe une Justice spécialisée à trois niveaux de juridiction, pour les affaires concernant les différends entre employeurs et travailleurs (article 114 de la Constitution de la République).

[473] À ce sujet, l'article du Professeur argentin Miguel Angel SARDEGNA, publié dans la revue « In verbis », n. 20, ano 04, 2000.

Le débat sur l'insertion de la *clause sociale* (l'expression anglo-saxonne *labour standards* est préférable, car plus claire) dans les accords multilatéraux s'insère parfaitement dans ce sujet. Cette question met en relief deux aspects essentiels du problème : l'un social et humanitaire, relevant du respect des normes minimales et des droits fondamentaux des travailleurs ; l'autre commercial, pertinent à la stabilisation des relations d'échange et visant à éviter le *dumping social*.[474] En effet, les relations entre commerce international et normes de travail sont incontestables : le travail est à l'origine de la production qui, à son tour, génère les relations commerciales. Le défi consiste par conséquent à concilier le développement des activités commerciales avec le respect des normes protectrices du travail, sans perte de compétitivité.[475]

Par ailleurs, l'ordre public protecteur du salarié contribue à créer des règles communes à toutes les entreprises, ce qui permet une concurrence économique davantage équilibrée.[476] Il existe certes des exceptions légales ou conventionnelles à

---

[474] La définition de *dumping*, donnée par l'article VI du GATT/OMC, s'applique lorsqu'un bien est vendu « à un prix inférieur à sa valeur normale ». Dès lors, la définition de *dumping social* est admissible « lorsqu'un secteur soumis à la concurrence internationale bénéficie de règles sociales dérogatoires par rapport aux pratiques et aux réglementations nationales ou lorsque ces dernières ne sont pas en adéquation avec le développement atteint. » (SIROËN, Jean-Marc. « A quoi sert l'OMC ? Le débat autour de la clause sociale ». *Revue de l'IRES,* n. 29, hiver 1998-99, p. 181). Ainsi, les politiques anti-dumping social visent à empêcher l'abaissement des pratiques sociales, quel que soit leur niveau, pour des raisons de compétitivité ». (*idem, ibidem,* p. 166).

[475] Le danger de cette clause est de ne pas considérer les différences, parfois significatives, entre les normes nationales du travail des pays, lesquelles peuvent aller au-delà des normes internationales du travail. De plus, il ne faut pas oublier le protectionnisme (subventions accordées aux productions nationales) parfois existants dans les pays, ce qui contribue, certes, à préserver la compétitivité interne, mais nuit à la compétitivité externe. Cela est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles le Brésil est réticent à entrer dans l'Aléna, dont les annexes contiennent la clause sociale.

[476] À ce propos, M. le Professeur J.-E. RAY : « Le droit légal du travail instaure en France des règles de concurrence économique équilibrée, contrairement à d'autres pays où la firme qui donne des conditions

cette uniformisation concernant certaines catégories ou entreprises (ex : pour les PME). Cependant, cela ne retire pas de l'ordre public travailliste le mérite de contribuer à la paix sociale, en assurant un équilibre des conditions dans le processus de fabrication. Le principe protecteur est donc utile : « s'il protège le salarié, aucun employeur ne souhaite sa disparition, car il protège également l'entreprise. »[477]

D'ailleurs, à propos de l'utilité des principes, DWORKIN s'est prononcé en affirmant que le principe « doit être observé non parce qu'il provoque ou maintienne une situation (économique, politique ou sociale) désirée, mais en tant qu'exigence de justice, de droiture, ou d'une quelconque dimension de la morale. »[478] Et le même auteur précise que le principe est un standard qui propose un objectif, généralement constitué par l'amélioration de la facette économique, politique ou sociale de la communauté. Or, la lutte pour une égalité concrète ou de fond entre les individus se fonde sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit. En matière d'égalité, l'OIT assume un rôle important dès sa création, en 1919, qui répondait à une volonté de mieux protéger les travailleurs de tous les pays.

---

de travail et des rémunérations inférieures à ses concurrentes s'en trouve favorisée pour la vente de ses produits. (…) Le renforcement permanent de la lutte contre le travail illégal procède de la même logique » (RAY, Jean-Emmanuel, op. cit., 1999-2000, pp. 16/17).

[477] RAY, Jean-Emmanuel, op. cit., 1999-2000, p. 17.

[478] DWORKIN, Ronald. *Il Diritti Presi sul Sério*. Bologna : Società Editrice il Mulino, 1982, p. 90 (*apud* MARQUES DE LIMA, Francisco Meton, *Os princípios de Direito do Trabalho*: na lei e na jurisprudência, op. cit., p. 113).

Par ailleurs, à considérer les termes de la mission de l'OIT, parfaitement décrite dans la Déclaration de Philadelphie[479], sa marge de manœuvre va bien au-delà du secteur du travail : elle s'étend à l'économie toute entière et à *tous les travailleurs, qu'ils soient salariés ou non*. « À l'évidence, l'OIT a son mot à dire dans ce débat. Elle doit avoir des propositions à faire quant aux moyens de parer aux conséquences sociales à court et à long terme de l'instabilité financière et économique »[480]. En réalité, l'OIT cherche à élargir le monde du travail, ce qui est d'ailleurs en parfaite harmonie avec la tendance à l'universalisation du droit du travail.[481]

Par conséquent, depuis 1999, l'OIT s'est fixé un but fondamental : un *travail décent* pour les femmes et les hommes du monde entier. Cela se fonde sur le fait que trouver un travail décent et durable est un souci de nombre de personnes. « Le but fondamental de l'OIT aujourd'hui est que chaque femme et chaque homme puissent accéder à un travail décent et productif dans des conditions de liberté, d'équité, de sécurité et de dignité ».[482] Au Brésil, également, beaucoup parlent d'un travail convenable pour assurer la *dignité de la personne humaine*, reprenant, ainsi, les termes

[479] La Déclaration de Philadelphie fixe la mission de l'OIT comme étant de permettre « à tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe,… de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ».

[480] BIT, Un travail décent, Rapport du Directeur général, op. cit..

[481] Par ailleurs, le mandat de l'Organisation est très large, ce qui a fait que, pendant longtemps, l'OIT a manqué des priorités opérationnelles, avec des incidences sur la diminution de son efficience et sur son image « d'organisation lointaine et impénétrable » (BIT, Un travail décent, Rapport du Directeur général, op. cit.).

de la Constitution (art. 1er, III). Curieusement, une autre définition pour travail décent est travail *digne*, en tant qu'instrument de diffusion de la citoyenneté.

Par l'expression un *travail décent*, on doit donc entendre un travail productif, par lequel chacun puisse valoriser ses capacités personnelles et gagner décemment sa vie. En d'autres mots, un « travail productif allant de pair avec la protection des droits et permettant d'obtenir un revenu suffisant et de bénéficier d'une protection sociale appropriée. »[483] Il s'agit donc d'un souci de *qualité d'emploi*, qui doit être acceptable. On sait que traditionnellement la politique sociale des États visait la simple création des postes de travail. Toutefois, les conséquences sociales d'une telle limitation peuvent être nuisibles et inacceptables.[484]

En droit du travail, en définitive, il semble que tous (ou presque !) les principes soient concentrés en un seul, ce qui pourrait contribuer à la thèse selon laquelle le principe protecteur est un principe premier ou un principe absolu et nécessaire.[485] En effet, l'affirmation de la pertinence et l'application du principe protecteur du salarié, en tant que manifestation des droits sociaux, constitue une des

---

[482] BIT, Un travail décent, Rapport du Directeur général, op. cit..
[483] BIT, Un travail décent, Rapport du Directeur général, op. cit..
[484] Ainsi, si jusqu'aux années 90, les politiques publiques des États étaient marquées par la tentative d'établir des environnements nationaux de plein emploi, aujourd'hui on observe que la lutte est plutôt pour un travail décent. Au souci de quantité de postes de travail, s'est substitué celui de **qualité de travail**. Cette nouvelle pensée permet donc de donner un nouveau dessein au but poursuivi par les gouvernements et les organisations internationales, se préoccupant de la dimension humaine du travail.

formes établies d'affirmation et de concrétisation des libertés fondamentales et des droits humains fondamentaux, car le salarié est normalement la partie la plus faible de la relation. Les conjonctures socio-économiques n'autorisent donc pas l'abandon du principe.

Il faut par conséquent soutenir l'adaptation du droit civil de la libre négociation, car, en droit du travail, celle-ci n'est pas aussi « libre »… L'ordre public protecteur s'impose, fixant des limites à la liberté contractuelle des parties concernées. On pourrait alors argumenter que si le travailleur est représenté par une organisation syndicale, il n'aura pas besoin de la protection de la loi, car le syndicat saura revendiquer cette protection à travers une règle collective conventionnelle (ex., convention ou accord collectif). Toutefois, il ne suffit pas de reconnaître les avantages et l'utilité de la négociation collective pour régler les rapports. Il faut aussi se demander si cette négociation est suffisante.

Dans cette perspective, la négociation collective ne peut se passer de l'existence de règles impératives, car la « libre » négociation est une technique dangereuse : elle peut devenir un « libre » massacre, si les syndicats ne sont pas légitimes et s'ils ne sont pas équilibrés.[486] Une partie de la doctrine en convient :

---

[485] À cet égard, J. J. ROUSSEAU observait déjà qu' « Il y a une chaîne de vérités générales pour laquelle les sciences tiennent à des principes communs et se développent successivement » (*apud* LAROUSSE, op. cit., p. 157).

[486] La fable du renard dans le poulailler est constamment rappelée pour justifier l'intervention de l'État.

> « Les qualités prêtées aux conventions et accords collectifs de travail ne sauraient toutefois justifier une éviction totale de la loi au profit du contrat collectif. Pour bénéfique qu'elle soit, la diversité des règles conventionnelles emporte nécessairement des différences de traitement entre salariés. Sans un minimum de règles communes, la diversité est alors source d'inégalités inacceptables. De surcroît, parce que le contrat collectif nécessite la rencontre de volontés de partenaires sociaux dont les préoccupations ne sont pas toujours identiques, la règle conventionnelle n'est pas la technique la plus appropriée pour réglementer efficacement l'ensemble des relations de travail. Le risque de vides conventionnels est toujours présent, même si le législateur a mis en place des règles permettant de les combler. Aussi, la négociation ne peut que se développer dans un cadre de règles préexistantes d'origine étatique. Plus que tout autre discipline, le droit du travail nécessite un corps de dispositions législatives ou réglementaires frappées du sceau de l'ordre public qui garantissent aux salariés des avantages minimaux. On ne saurait, par principe, admettre que la négociation collective permette une dégradation de la situation du salarié. »[487]

Au Brésil comme d'ailleurs partout dans le monde, certains pensent que l'intervention de l'État est indispensable « pour la fixation de paliers minimaux de défense du travailleur, à côté de l'élargissement des négociations collectives en tant que source complémentaire des droits et obligations. »[488] Aussi, selon le Ministre José Luciano de Castilho PEREIRA, du TST, « il est très difficile de penser à des syndicats forts, ou d'envisager un champ fertile pour la négociation entre travailleurs et employeurs, ou de concevoir des relations de travail saines et justes, avec abstraction

[487] ANTONMATTEI, op. cit., 1996, pp. 4/5.

d'une base fixe sur des minima fixés en loi ».[489] L'idée est que le salariat ne peut guère s'arranger seul. Un mécanisme de « tutelle » de l'État est nécessaire, car les organisations syndicales ne sont pas en mesure d'assurer une égalité de fond avec les employeurs ou les groupements d'employeurs.

À cet égard, le discours du Ministre Francisco Fausto PAULA DE MEDEIROS quand il a été élu à la présidence du TST, le 10 avril 2002, insiste sur le fait que le principe fondamental du droit du travail « extrait de la sécularité d'un débat politique et sociologiquement valide, est la protection du travailleur. Ce principe n'est pas né pour les marchés ; il surgit entre les peuples civilisés comme au Brésil, avec la tâche d'éviter la spoliation du plus fort contre le plus faible, au profit de la société ».[490] Cette position est aussi partagée par un autre auteur, REIS DE PAULA, juge au TST et professeur[491]:

> « Historiquement, on sait que l'intervention de l'État dans les relations juridiques entre employeur et salarié est due à la manifeste inégalité des contractants. Pour le salarié, la nécessité d'avoir un travail comme condition d'existence se fait présente. C'est pourquoi l'État s'immisce dans les relations, avec des objectifs protecteurs, cherchant à rétablir l'égalité réelle, dans la mesure du possible. Les temps modernes … n'écartent pas l'idée du sens tutélaire, qui constitue garantie du niveau minimum d'harmonie entre les agents dans le contrat du travail. (…) L'objectif

---

[488] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *apud* SOARES, Ronald. "Flexibilização – Um tema atual do Direito do Trabalho", *Revista LTr* 55-4/405.

[489] PEREIRA, José Luciano de Castilho. "A prevalência do convencionado sobre o legislado", op. cit., p. 24.

[490] *Site* http://www.tst.gov.br/ASCS/NOTICIAS/noticias02/mes04/discursoposse.html , 10 avril 2002.

[491] REIS DE PAULA, Carlos Alberto. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo, LTr, 2001, pp. 123/124.

> ultime (du droit du travail) est que l'égalité idéale se transforme en égalité réelle. »

Qui plus est, il existe plusieurs « brésils », un Brésil riche et développé, comme n'importe quel pays du premier monde, et un Brésil pauvre et sous-développé, comme l'est chaque pays du tiers monde. À cet égard, le Ministre PEREIRA est éloquent : « dans un pays qui s'accommode encore – sans rougeur civique et humaine – avec le travail infantile et semi-esclave, avec un taux très élevé d'illettrés, avec un des cadres les plus pervers d'inégalité sociale du monde, dans un pays comme cela, l'État ne peut pas s'abstenir. Tout cela, ajouté à la petite expérience démocratique, ne nous permet pas d'avoir au Brésil de syndicats forts, représentatifs, ce qui permettrait le plein développement de la négociation collective. … Je pense donc qu'au Brésil, le droit du travail doit encore exister, avec la marque de la protection des intérêts des plus débiles, fixant les minima non sujets à la négociation entre les parties. »[492]

Ce qui n'est pas possible c'est donc de dire que la négociation collective peut tout régler, dans n'importe quelle partie géographique du pays et dans n'importe quelles conditions. L'Etat a, certes, perdu beaucoup de son pouvoir en tant que formateur et gestionnaire des règles de justice. Mais il garde sa qualité de « gardien » et de « phare » des principes soutenus par l'ordre juridique. Il sera « gardien » lorsqu'il *surveille* l'application des principes et « phare » lorsqu'il *inspire*

[492] PEREIRA, José Luciano de Castilho. *Perspectivas do direito processual do trabalho o final do século XX*, op. cit.. À cet égard, v. également le chapitre premier de la Première partie de cette thèse.

ou *suggère* l'adoption des principes, car, si le marché est chargé d'influencer une bonne partie du cours social, il ne peut pas être le seul maître régisseur du mouvement de la société. Outre qu'il fixe les règles élémentaires du jeu, l'État doit aussi être l'incitateur et le garant du compromis social et de l'arbitrage des conflits.[493] Un « plancher » social dans le monde du travail est, par conséquent, nécessaire.

À cet égard, la Communication de la Commission, du 25 novembre 1998, relative à la modernisation de l'organisation du travail, souligne que le rôle des partenaires sociaux est primordial en la matière, mais que leur action doit être complétée par celle des pouvoirs publics des États membres, qui sont invités à étudier la meilleure manière de moderniser le cadre de l'organisation du travail et de l'Union européenne, au moyen d'actions menées par le Fonds social européen, par l'établissement d'un réseau européen sur l'organisation du travail, ou par l'adaptation et la simplification de la législation.[494] À ce sujet, le Ministre PEREIRA affirme que [495] :

> « Je n'ai pas perdu de vue l'utopie de voir en droit du travail un instrument humanitaire d'amélioration des conditions de vie des travailleurs, plaçant l'économie au

[493] « Il faut d'autant plus nous garder de tout repli que l'ultra-libéralisme montre désormais clairement ses dégâts. Après le reflux de l'intervention publique, les réveils sont douloureux pour les apôtres du dieu marché. Celui-ci n'a jamais réalisé de grands miracles, mais le voici qui multiplie les grands défauts. Manque de transparence d'un système financier qui n'obéit qu'à lui-même, accroissement des inégalités au sein même des nations et entre elles, précarité du développement à travers les menaces qui pèsent sur l'avenir de la planète, critiques croissantes à l'égard des institutions financières internationales : on ne reviendra pas au tout-État, qui a échoué, mais il est désormais évident que les marchés, loin de s'autoréguler, réclament des contre-pouvoirs et des limites. » (FABIUS, Laurent ; MAUROY, Pierre ; ROCARD, Michel. « Socialistes de toute l'Europe, unissez-vous ! », *Le Monde* du 29/10/02).

[494] Source : http://europa.eu.int

[495] PEREIRA, José Luciano de Castilho. "A prevalência do convencionado sobre o legislado", *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 67, numéro 2, avril/juin/2001, pp. 24/25.

> service de l'homme-travailleur, tel qu'il a été imaginé par les grands noms du droit du travail.
> Je ne prône pas un retour au passé, avec un État protecteur de l'activité de tous, régulant point par point ce que chacun doit faire.
> Mais je ne cherche pas non plus à substituer l'État par le Marché, qui prétend affirmer tout ce qui pourra être fait.
> Je ne veux pas dire que tout pourra se réaliser, à condition que ce soit supporté par le Marché. Ce que je désire est de rencontrer un accord par lequel tout pourra se réaliser, à condition que ce soit supporté par l'homme. » [496]

Le respect de toute une gamme de droits est par conséquent nécessaire pour atteindre un travail décent ou un emploi acceptable. Avec cette critique, on pourrait soutenir un retour à l'interventionnisme du passé. Pourtant, personne ne le prône sérieusement. L'histoire est comme une spirale : l'idéologie dominante peut adopter une position, puis défendre une situation opposée pour revenir à une autre, analogue à la première, mais à un moment différent. La raison semble être en faveur de TOFFLER[497], pour qui l'histoire n'est pas cyclique, mais constituée de vagues. Il faut donc *adapter ce principe protecteur*, d'autant plus qu'il a perdu une bonne part de son prestige et que ses limites ont été augmentées.

Cela veut dire qu'un *cadre normatif universel* est attendu pour les années à venir, de nature à apaiser les tensions actuelles, faute de quoi le doute s'accentuera sur ce que peuvent la politique et le droit. Le Préambule de la Constitution de l'OIT déclarait déjà que « la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de

[496] L'auteur fait, ici, par exemple, référence à Mário DE LA CUEVA, juriste Mexicain.

travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays. » Un document plus récent de l'OIT dit en effet qu'

> « Il faut des écluses permettant de faire communiquer sans dégâts des zones à niveaux de productivité différents. Il faut des règles du jeu, des normes sociales au niveau mondial, mais il faut en même temps que ces propositions s'appuient sur un changement tout aussi radical des règles de la répartition du revenu, tellement défavorables à l'emploi. »[498]

Ce raisonnement semble aller de pair avec une analyse de M. Amartya SEN[499], pour qui quatre objectifs découlent de la quête pour un travail décent : 1) l'universalisation des approches, au moyen de l'intégration des divers problèmes dans une évaluation d'ensemble de tous les travailleurs, plutôt que de certains groupes de travailleurs ; 2) la reconnaissance de droits généraux qui transcendent l'ordre juridique ; 3) la situation du travail dans une large perspective économique, politique et sociale qui englobe les valeurs démocratiques ; 4) l'exigence d'un dépassement des limites des relations «internationales» en adoptant une approche véritablement mondiale. L'auteur proclame l'idée que certaines difficultés apparemment insolubles ou chargées de

---

[497] Entretien publié dans la Revue *Exame*, 15 mai 2002, p. 68.

[498] « La mondialisation capitaliste contre l'emploi », Supplément *L'OIT, une organisation au service des travailleurs*, *Le Monde diplomatique*, septembre 2001.

[499] «La mondialisation croissante de l'économie appelle une approche mondiale elle aussi de grandes questions et des processus politiques et sociaux fondamentaux.», *Revue Internationale du Travail*, vol. 139, numéro 2000/2.

conflits se résolvent plus facilement lorsqu'elles sont abordées dans une perspective universelle.[500]

Toutefois, il ne faut pas oublier que cette politique doit s'affirmer à travers un ensemble cohérent de mesures également propices à l'*essor des entreprises*, car cela est essentiel pour le développement de l'emploi, jusqu'à présent le noyau dur du droit du travail. D'ailleurs, le *droit à l'emploi* a été consacré par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 10 juin 1998 sur la loi des 35 heures : « la sauvegarde de l'emploi est une exigence de valeur constitutionnelle ».

On pourrait pourtant rétorquer, en argumentant que ce *droit de l'emploi* semble se développer aujourd'hui en opposition … avec le *droit du travail*, considéré comme trop protecteur des salariés ! Le raisonnement en ce sens est simple : si le débat politique s'est centré autour de l'emploi à tout prix et s'il n'existe pas d'emplois sans entreprises, **la protection de l'emploi suppose celle des entreprises** ! À l'inverse, on pourrait tenter d'argumenter que l'emploi ne subsiste pas non plus sans salarié…, mais, là encore, la protection de l'emploi ne saurait justifier la protection des salariés, car des travailleurs à la recherche d'emploi abondent… ce qui justifierait encore la quête d'une « flexibilité » dans la relation de travail.

[500] « Si l'on veut être efficace et peser vraiment sur le cours des choses, les politiques à mettre en œuvre et les régulations à construire se situent désormais à l'échelle des continents et du monde. Là est la nouvelle frontière de la social-démocratie. Au XXIe siècle, être socialiste, c'est penser que le monde est notre

Le cercle, par conséquent, risque d'être vicieux : plus on privilégie la protection de l'emploi, plus on consacre celle des entreprises et moins celle des salariés, ce qui pourrait par ailleurs justifier l'affirmation que la protection de l'emploi est, en vérité, un subterfuge ou un artifice pour la protection de l'entreprise. Tout cela contribue à affirmer que, dans une certaine mesure, **ce droit à l'emploi n'est pas suffisant pour assurer une protection large des travailleurs**. Il faudrait – on le rappelle – un cadre encore plus étendu que celui fixé par la définition d'« emploi » et par le concept de « salarié », pour que le principe protecteur soit davantage effectif à l'égard de n'importe quel « travail » et de n'importe quel « travailleur ». À cet égard, déjà en 1952, Paul DURAND affirmait que :

> « La constitution d'un droit propre aux salariés manifestait l'existence, au sein d'une société, d'une classe aux frontières bien définies : la classe ouvrière. La diversité des conditions sociales déterminait celle des situations juridiques. La convergence des règles applicables aux diverses formes du travail humain révèle la disparition des barrières qui séparent les unes des autres les différents groupes sociaux, et l'uniformité qui tend à s'établir entre les conditions individuelles. On le remarquera : cette évolution ne confirme pas l'interprétation marxiste du droit du travail. Tandis que, dans la pensée marxiste, le droit du travail est celui que la classe ouvrière arrache à la bourgeoisie dirigeante et qui forme une législation de classe, le droit moderne du travail tend à s'appliquer à tous les éléments de la population, indépendamment du groupe social auquel ils appartiennent. Et l'interprétation marxiste

---

village, et non que le village est notre monde. La République ne prend tout son sens que dans un horizon qui la dépasse. » (FABIUS, Laurent ; MAUROY, Pierre ; ROCARD, Michel, article cité, 29/10/02).

> du droit du travail ne pourrait présenter cette évolution comme révélant une extension indéfinie du prolétariat. Si le mouvement de prolétarisation n'est pas niable, le droit du travail s'étend, à l'époque contemporaine, bien au-delà du prolétariat. On ne peut indéfiniment élargir le concept de « classe » ou celui de « prolétariat », sans leur faire perdre toute valeur propre. »[501]

Ainsi, le droit du travail, non seulement exige-t-il un ordre public minimal, au moyen d'un cadre normatif universel, mais aussi a-t-il *tendance à l'élargissement* du nombre de personnes protégées. Il est, en effet, plus important d'assurer une occupation qui permette d'accéder à une vie digne que de garantir un emploi formel quelconque. Évidemment, puisque cette nouvelle réglementation concernera *tous* les travailleurs, quelle que soit sa relation juridique avec l'entreprise utilisatrice, ce cadre normatif universel et restreint devra être basé sur un large dialogue social afin de parvenir à un consensus international.[502] Pour cela, l'opinion publique pourra énormément influencer les gouvernements nationaux et les dirigeants des organisations internationales. Cela s'inscrit aussi dans le cadre de l'uniformisation des politiques sociales au niveau européen.

La loi et la jurisprudence ont déjà été saisies de l'importance de l'élargissement de la protection apportée par le droit du travail. Dans un arrêt rendu

---

[501] DURAND, Paul, op. cit., 1952, p. 441.

[502] Les *clauses sociales* sont à cet égard à l'ordre du jour. Constituent-elles une réserve des marchés nationaux et régionaux ou plutôt une vraie protection des travailleurs ? La question est délicate, d'autant plus que la situation est complexe et de mouvement dialectique. Malgré tout, on estime qu'elles pourraient être un important instrument de protection des peuples, pourvu qu'un juste équilibre soit établi,

public le 6 novembre 2001, par exemple, la Cour de Cassation a assimilé le conjoint du chef d'entreprise à un salarié et le fait bénéficier des dispositions du Code du travail, même si elle ne « mentionne à aucun moment l'existence d'un contrat de travail » et même si elle « ne fait pas davantage référence au critère le plus fondamental du contrat de travail, à savoir l'existence d'un lien de subordination. (…) Dans une telle situation, le salarié n'est pas forcément sous la subordination de son conjoint et se trouve même parfois dans une situation d'égalité. » Il convient néanmoins de signaler qu'il s'agit « d'une présomption légale : on applique le Code du travail dans certaines conditions précises, sans qu'il y ait lieu de savoir s'il y a ou non un véritable contrat de travail. »[503]

Dans le sens de l'élargissement du champ d'application de la protection du droit du travail, trois décisions de la Chambre sociale ont entendu

---

car les expériences internationales ont déjà démontré que le progrès social soutient et contribue à la stabilité du développement économique. Le défi est lancé.

[503] « L'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition de l'application des dispositions de l'article L 784-1 du Code du travail. La participation effective à l'activité de l'entreprise de l'époux et la perception d'une rémunération horaire minimale égale au Smic sont les seules conditions de l'application du Code du travail au conjoint du chef d'entreprise. » (Cass. soc. 6 novembre 2001, n° 5037 FP-PBR, Bouvard et autre c/ Zanaria et autre). Les observations qui s'ensuivent montrent que « cette décision apporte, pour la première fois, une interprétation de l'article L. 784-1 du Code du travail, issue de la loi n. 82-596 du 10 juillet 1982, selon lequel les conjoints des commerçants ou artisans peuvent choisir entre trois statuts : conjoint associé, conjoint collaborateur ou conjoint salarié. Lorsque le conjoint opte pour la qualité de salarié, l'article L 784-1 du Code du travail prévoit que « les dispositions du présent Code sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui » sous certaines conditions : participation effective à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et perception d'une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance. Cette disposition a été étendue aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité par la loi du 15 novembre 1999. (…) Cette position (de la Cour) est logique et en conformité avec la loi du 10 juillet 1982. Ce texte a voulu donner un statut au conjoint de chef d'entreprise. Si celui-ci opte pour le salariat, il ne va pas être facile pour lui d'établir l'existence d'un lien de subordination. En effet, les relations conjugales, professionnelles, matrimoniales, se combinent et interfèrent entre elles. (…) Cependant, dans la mesure où il travaille pour l'entreprise et perçoit un salaire, la loi l'assimile à un salarié et le fait bénéficier des dispositions du Code du travail. » (RJS, janvier 2002).

qu'« Aux termes de l'article L 781-1-2° du Code du travail, les dispositions du Code du travail qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir les objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local formé ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise. Dès lors que ces conditions sont, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, qualifié en l'espèce de contrat de franchise, les dispositions du Code du travail sont applicables sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un contrat de travail (1e , 2e et 3e espèces). »[504]

Il va sans dire que l'humanisme n'est plus aux commandes de la société. Autrefois, on pensait que le progrès économique et scientifique et le développement humanitaire marchaient ensemble. Aujourd'hui, on ne se fait plus d'illusion à ce propos. L'essor économique marque la faillite du modèle centré sur le seul homme et, par conséquent, sur la protection des salariés, telle qu'elle était

[504] 1e espèce Cass. soc. 4 décembre 2001, n° 5034 FS-PBR, SARL France acheminement c/ Sierra. 2e espèce Cass. soc. 4 décembre 2001, n° 5035 FS-PBR, Bouchet c/ SARL France acheminement; décision non reproduite. 3e espèce Cass. soc. 4 décembre 2001, n° 5036 FS-PBR, Dalval c/ SARL France acheminement; décision non reproduite (*RJS*, février 2002, décision 241).

initialement conçue.[505] Par conséquent, les citoyens, ainsi que les salariés et les entreprises, ont le sentiment d'avoir perdu leurs recours, leurs repères, depuis que les forces nouvelles se sont constituées et un sentiment d'impuissance générale a donc saisi les individus et les gouvernements.[506]

L'émergence des formes socio-juridiques d'entreprise faisant fi des administrations locales, des marchés et des institutions constitue un des phénomènes les plus intéressants en droit, et tout particulièrement en droit du travail, à cause de la remise en cause engendrée indirectement dans le principe protecteur. La crise de formes normatives étatiques et des instances de régulation classiques est d'autant plus attirante que les sociétés et les gouvernements locaux se trouvent au croisement des uns et des autres dans un cadre à la fois local et international.

Cette démonstration ne doit pas pourtant être considérée comme une condamnation du succès financier de grandes entreprises. Ce serait un comportement

---

[505] En ce sens, la difficulté réside dans le fait que le marché n'est ni une personne, ni un groupement de personnes, même pas une corporation. Personne ne le dirige, ni ne l'oriente, personne n'est capable de le freiner. Il n'est qu'une réalité. C'est une scène, où 6 milliards de personnes interagissent, sans que pour autant l'une puisse dominer définitivement l'autre. S'en protéger signifie se condamner au sous-développement et à la pauvreté. Personne ne parle plus de ré-étatisation, confiscation de propriétés, sur-taxation des riches, non-payement des dettes extérieures, abaissement du taux d'intérêt, car le marché résiste et réagit.

[506] Cette impuissance entraîne des réactions telle que celle manifestée à Seattle, lors du sommet de l'OMC fin 1999. Une multitude de protestations se sont déroulées pour manifester le désaccord des groupes sociaux avec des politiques menées par des gouvernements. Il y a toutefois une certaine ironie dans un événement qui rassemble à la fois des spécialistes en environnement préoccupés par la préservation des tortues marines et des syndicalistes comme le chef de la Confédération paysanne française, José Bové, prêts à défendre leur gagne-pain. C'est que cette fois-ci, la révolte gagne un caractère universel. Les

trop naïf [507], car *l'économique* ne se fonde pas seulement sur le déterminisme. En réalité, l'économie n'est qu'une facette de la mondialisation.[508] Le politique reste autonome.[509] L'identification et la critique de ces perversions ne peuvent non plus céder place aux tentations romantiques de cultiver le passé et la nostalgie, dans une rhétorique mélancolique ou, pire, dans une position critique de dénonciation passive. La réalité, aussi difficile soit-elle, doit être assimilée d'abord, pour être améliorée ensuite.

La disparité des problèmes montre toutefois qu'il s'agit d'une question complexe, dont les solutions ne seront efficaces qu'en tenant compte de l'ensemble des facteurs.[510] Tout cela signifie qu'il faudrait un ensemble d'approches de

---

difficultés se sont élargies, soit au niveau du contenu des questions discutées, soit au niveau géographique de la planète.

[507] D'ailleurs, la concentration de richesses n'est que le résultat d'un complexe schéma de circulation de marchandises et de services. Si tout l'argent des dirigeants de Microsoft était partagé entre les 600 millions de personnes des 43 pays les plus pauvres, chacun recevrait un peu plus de 150 dollars… , ce qui signifie que même tout l'argent concentré dans les mains des plus riches n'est pas suffisant pour en finir avec la pauvreté mondiale. Les experts sont unanimes à ce sujet : ce qui est nécessaire pour l'amoindrir est la croissance économique, seule capable de produire richesse et de la distribuer.

[508] La naissance d'institutions incarnant une conscience de valeurs universelles, telle la Cour pénale internationale, la propagation instantanée d'informations, d'idées et d'images, la modification des manières et des usages des sociétés influencées par l'Occident, la crise ouverte par les attentats du 11 septembre 2001 au *World Trade Center*, en sont des manifestations qui ne peuvent pas être réduites à une question d'ordre économique.

[509] Une démonstration en est le récent changement d'orientation de la politique dans les pays de l'Union européenne. Alors que jusqu'à la fin du XX^{e} siècle l'hégémonie était la social-démocratie qui régnait dans la quasi-totalité des pays, dans ce début du XXI^{e} siècle la droite domine déjà l'Espagne, l'Autriche, l'Italie, la Norvège, le Danemark, la France. Les raisons de ce changement sont multiples. Bien sûr, les difficultés de la gauche d'attaquer directement les questions sociales ont leur part de responsabilité, mais on parle surtout de la peur (Revue *CartaCapital,* mars 2002, p. 86). Les européens, dans l'actualité, sont confrontés à des conséquences de la mondialisation, parmi lesquelles se trouve le multiculturalisme. Par ailleurs, un processus d'intégration européenne remet en question des notions sédimentées telles que l'identité ou la sécurité nationale. Ce n'est pas sans raison que le discours anti-immigration est revenu sur la scène.

[510] En effet, les mouvements présents dans les sociétés sont de natures diverses : défense de l'environnement, sermons des responsables religieux, protection des travailleurs et des droits de l'homme, conservation de la nature, protection des pays du tiers monde. Sans parler de la « crise profonde de

diverses natures – sociologique, juridique, culturelle, historique et même psychologique – pour tenter de trouver des solutions aux questions posées. Encore faudrait-il analyser les situations dans un contexte global. Il ne suffit pas, en effet, d'aborder la problématique en visant une solution immédiate, voire spéculative, qui serait capable de faire face aux risques imminents. Il est nécessaire de penser à long terme.

Profitons alors du moment actuel pour arrêter de critiquer et pour suggérer des propositions. Il est certes difficile de concevoir un système financier ou industriel sans la stimulation du profit. On ne s'attend pas non plus à ce que les entreprises laissent de côté leurs objectifs financiers, pour se consacrer aux idées sociales, telles que l'aide à l'enfance ou à l'environnement ou encore à la seule protection des travailleurs. Mais devrons-nous accepter passivement l'ultra-libéralisme économique et le durcissement politique qui vont à l'encontre d'un État social construit depuis des décennies de guerres et conflits de classe ?

Toujours est-il que, si un conflit d'intérêt s'établi, des règles se font nécessaires pour obtenir le respect des parties concernées, ce qui implique une régulation des marchés et, par conséquent, une protection du travailleur étendue non seulement aux salariés (subordonnés), mais aussi aux indépendants, chômeurs, *woorking poors,* formels et informels. L'ordre public se fait donc encore nécessaire en

---

crédibilité morale » qui atteint l'époque contemporaine, dont la corruption n'est qu'un des nombreux exemples.

droit du travail pour assurer des *droits* et des *standards* aux travailleurs, car le travail constitue la principale base de participation dans la société et les normes standards sont le moyen d'exprimer ces droits. Le droit du travail assure ainsi un *droit d'inclusion*, le mot *inclusion* perçu dans le sens de participation, de protection et d'accès à un travail décent.

L'époque contemporaine doit donc être marquée par une importance croissante du droit du travail et, plus généralement, de la politique sociale, car si les droits sociaux sont considérés comme des droits humains, ils ne peuvent se passer de la justice sociale. D'ailleurs, la notion de politique sociale s'est définitivement implantée tant sur le plan national de plusieurs pays, que sur le plan international.[511] Dans le monde du travail, le plus grand défi sera de déterminer sur quels paramètres il sera possible d'adapter le principe protecteur et d'accéder aux libertés publiques et à la paix sociale, dans une atmosphère de compétitivité obstinée et de distribution asymétrique des richesses.[512] Quels sacrifices, renonciations seront le prix à payer par une société fondée sur des valeurs telles que la compétition et la réussite ? Bref : il s'agit de concilier le binôme *nécessité des travailleurs* « versus » *possibilité des employeurs*.

[511] Il est vrai que le sens de l'un et de l'autre varie dans chaque pays selon les traditions historiques et culturelles, le rôle de l'État et des partenaires sociaux, le système politique implanté, le niveau socio-économique, etc.

[512] Il semble pourtant que quelle que soit la politique sociale adoptée, il faudrait respecter la propriété privée**,** ne pas embarrasser la libre initiative, ne pas empêcher les flux d'investissements, ne pas dépenser plus que ce que l'on perçoit, ne pas faire confiance à l'argent emprunté.

Une mondialisation « alternative »[513], qui aurait pour but « un monde où chacun vive de son travail, ait droit à un travail assuré et n'exploite pas le travail d'autrui. », est la suggestion d'Emir SADER, un scientifique politique[514], lequel ajoute qu'un autre monde est possible, du point de vue économique et social, où la capacité créative des hommes cesse d'être objet d'exploitation et d'enrichissement des uns aux dépens des autres, pour devenir instrument de création d'une société consciente et démocratique : une vraie société du travail. Cela consisterait sans aucun doute en une preuve de créativité : entre aléas, hasards, constance et régularité, l'important est de trouver une cohérence logique pour le système juridique implanté.[515]

La grande tâche des juristes du travail, en ce siècle, est par conséquent de penser la flexibilité avec l'exacte dose de justice sociale, bref, d'ajuster le principe protecteur, dans un contexte humanisé de mondialisation et de progrès scientifique, afin qu'il devienne l'instrument « du bonheur dans un monde moins tendu, plus riche en

---

513 Ou « heureuse », pour reprendre le titre du livre d'Alain Minc, Plon, Paris, 1997.
514 « Uma sociedade do trabalho », *Jornal do Brasil* du 12 mai 2002, p. 9.
515 En effet, comme l'a souligné le Directeur général du BIT, « au cours de la prochaine décennie, le grand défi sera d'adapter les économies et les institutions nationales à la mondialisation et d'adapter celle-ci aux besoins de l'homme. La nature du problème et les solutions varieront d'une région à l'autre mais tous les pays, toutes les régions, seront concernés. La mondialisation a fait de l'ajustement un phénomène universel qui touche aussi bien les pays riches que les pays pauvres. Elle a un effet sur le développement en déplaçant les pôles de croissance à long terme et en modifiant la distribution des revenus. Si rien n'est fait pour remédier aux tendances actuelles, la plus grande menace qui pèsera sur nous sera l'instabilité engendrée par l'aggravation des inégalités. » (BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit.).

possibilités d'épanouissement et plus juste».[516] Les sociétés modernes l'exigent. Les peuples nous en supplient.

Ce n'est pas un changement aisé à exécuter et les résultats ne seront visibles qu'à moyen ou long terme. Cela n'empêche pas cependant d'amorcer le processus. Puisque, comme l'a observé Bob HEPPLE, il existe trois niveaux d'obligations qui peuvent être assumées par les États (obligation, d'abord, de *respecter* un droit ; ensuite, de le *protéger* et, enfin, de le *réaliser*)[517], le démarrage indique que les étapes ou résultats qui s'ensuivent sont plus susceptibles d'être atteints, même s'il s'agit d'un processus qui prendra du temps. Bien sûr, cette réalisation progressive des droits, et plus particulièrement du principe protecteur, prendra en considération les besoins les plus urgents des travailleurs face à la limitation des ressources disponibles.

Il n'est donc pas difficile de constater que, si le principe protecteur n'est pas totalement effectif, il n'en demeure pas moins nécessaire ou utile. Cette prise de conscience des limites du principe protecteur a pour le moins l'avantage de permettre une ouverture majeure sur le monde. Si le travail est un instrument de développement de la citoyenneté, la protection du travail doit être progressivement étendue à d'autres formes de travail atypiques ou aux travailleurs para-subordonnés, dans une idée de

---

[516] KELLY, G.M. L'emploi et l'idée de travail dans la nouvelle économie mondiale. Revue Internationale du Travail, vol. 139, numéro 2000/1.
[517] HEPPLE, Bob. *Rights at work*. International Labour Organization (International Institute for Labour Studies), Geneva, 2003.

collaboration continue et coordonnée entre les divers pays du monde. Voilà la ligne directrice qui doit inspirer la tendance du droit du travail dans le présent millénaire. Il ne faut pas oublier la fonction primordiale du droit du travail, qui n'est pas de sanctionner la non effectivité de ses règles, mais de la promouvoir.

Les changements à envisager doivent par conséquent non seulement utiliser des techniques disparates d'intervention sur le marché du travail au moyen de la participation des partenaires sociaux, mais aussi profiter du *caractère généreux du droit du travail* et ouvrir ses frontières, afin d'assurer une promotion sociale davantage effective et efficace pour le plus grand nombre de travailleurs, tout en gardant l'œil sur la réalité des relations professionnelles. Il est évident qu'un tel élargissement du principe protecteur du droit du travail n'est pas sans limites, car il suppose également une négociation multilatérale, ainsi que nous l'analyserons au Titre II.

TITRE II - L'ADAPTATION DU PRINCIPE PROTECTEUR

D'après le Titre précédent, certains pourraient penser que, pour une meilleure application du principe protecteur, il faut cesser de penser en termes de production du droit, pour s'en tenir à la phase de son application. Au contraire, il serait plutôt souhaitable que la production du droit reprenne de son importance, mais fondée sur d'autres standards ! En ce sens, il est davantage concevable que l'ordre juridique s'adapte à la société qu'elle régule et non pas le contraire, sous peine de tomber dans la désuétude[518] ou… du moins dans une remise en cause des principes… Si la transformation du droit est inexorable, adaptons-nous.

On a pourtant déjà conclu que le principe protecteur du travailleur subsistera, parce qu'il convient aux rapports sociaux. Il serait donc souhaitable de l'ajuster à la réalité actuelle telle qu'elle est vécue par les parties intéressées, car son modèle traditionnel pour régler les rapports dans le monde du travail ne suffit plus.

[518] M. le Professeur CARBONNIER explique bien la différence entre désuétude, coutume et sommeil. S'appuyant sur la maxime anglaise *the law has not been dead though it has slept*, M. Carbonnier enseigne que « la désuétude, au contraire (du sommeil), élimine automatiquement les corps morts (les Japonais parlent de *fossilisation* du texte, à ne pas confondre avec la simple non-application, tolérance, qui n'est que sommeil). Le moment serait peut-être favorable à une révision de la position légaliste : depuis que la loi est devenue si largement technocratique, la désuétude est un des rares moyens qui restent au peuple pour la contrôler. » (CARBONNIER, op. cit., p. 258). La désuétude ne se confond pas non plus avec la négligence ou tolérance de l'autorité publique. Cependant, l'opinion dominante en doctrine est que, ni la désuétude, ni un usage contraire ne peuvent être des moyens d'abrogation d'une loi (CARBONNIER, op. cit. , p. 230).

Cette adaptation doit toutefois s'accomplir avec discernement. Les acteurs sociaux doivent à cet égard considérer que le fait de soutenir ou de rejeter certains ajustements peut être à l'origine d'avancées significatives ou de retardements indésirables. Les positions extrêmes doivent être par conséquent abandonnées.

La transformation des structures sociales est donc lente et progressive. À l'État, il appartient d'abord de fixer les lignes directives générales et minimales, justifiées par des motifs économiques et sociaux de première grandeur et d'intérêt général ; ensuite d'orienter le rôle des institutions représentatives des parties, dont le syndicat, qui doivent à leur tour être légitimes et fortes, en vue de la création des normes protectrices supplémentaires par la voie conventionnelle. Le développement de la responsabilité sociale contribuera, par ailleurs, au développement des mécanismes de négociation collective et d'auto-tutelle, ayant pour objectif le perfectionnement des relations sociales.

Par conséquent, la question que ce Titre II entend traiter est de savoir comment concevoir le principe protecteur dans ce nouveau millénaire. L'adaptation du principe suppose évidemment la quête de nouveaux départs, de nouvelles règles, lesquelles certainement doivent être accompagnées de sanctions qui soutiendront l'application de cette protection renouvelée. Parmi ces nouveaux départs, se distinguent l'étude du domaine légal de la protection (Chapitre Premier), ainsi que l'analyse de la possible négociation de la protection, via le dialogue social (Chapitre II).

Chapitre Premier – Le domaine de la protection

> *Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. (…) Therefore in a just society the rights secured by justice are not subject to political bargaining or to the calculus of social interests.*[519]

De toute évidence, le principe d'égalité et, plus particulièrement, le principe protecteur en droit du travail, tel qu'ils sont aujourd'hui conçus, s'inscrivent dans le cadre du travail plutôt salarié. Mis à part la discussion sur l'égalité formelle ou matérielle, c'est ainsi que, par exemple, en droit français, l'employeur ne peut pas faire de différence entre un salarié occupé à temps partiel et un salarié occupé à temps plein[520], ou encore entre un homme et une femme[521]. Ainsi, la lutte contre la discrimination et la lutte pour la protection dans le travail, aussi grande soit-elle[522], se borne, dans une grande majorité des cas, au concept même de salarié, c'est-à-dire travailleur sous dépendance hiérarchique, pour le compte d'autrui, avec contrepartie en salaire.

---

[519] RAWLS, John. *A Theory of Justice.* The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 1994, pp. 3 et 4.
[520] Article L. 212-4-5 du Code du travail.
[521] Articles L. 140-2 et L. 123-1, c) du Code du travail.
[522] Article L. 122-45 du Code du travail, élargi par la loi du 16 novembre 2001, prévoit notamment le renversement de la charge de la preuve au profit du salarié lorsque celui-ci présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination (dans ce cas, il revient à l'employeur de démontrer que ce fait est justifié par des éléments objectifs étrangers à toutes sortes de discrimination), ce qui, après tout, s'aligne sur l'orientation du droit communautaire.

Or « presque tout le monde travaille, ce qui ne signifie pas que tout le monde a un employeur. En outre, il y a beaucoup de personnes surchargées de travail et beaucoup de chômeurs aussi. L'OIT ne doit pas s'occuper uniquement du marché du travail officiel mais aussi des salariés non protégés, des travailleurs indépendants, des travailleurs à domicile.»[523] Cette tâche n'est cependant pas l'attribution de la seule OIT, toute la communauté des juristes du droit du travail devant être mobilisée à cette fin.

Une fois élargie la conception de protection à l'ensemble des travailleurs, quelle que soit leur situation juridique, le prochain pas sera d'identifier le socle de droits subjectifs minimaux garantis par la loi (Section 1). Toutefois, il ne suffit pas d'instaurer une telle protection. Des moyens et des techniques de l'assurer s'avèrent tout aussi nécessaires (Section 2).

[523] BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit.. L'article art. 652, « a », III, de la CLT peut être considéré une source d'inspiration pour l'élargissement du champ d'application du droit du travail. Il dispose sur la compétence de la Justice du travail pour trancher les litiges concernant les contrats d'entreprise lorsque le travailleur est ouvrier ou artisan.

SECTION I – LES NORMES ESSENTIELLES À LA PROTECTION

Il existe des normes de droit qui ne peuvent faire l'objet de négociation, car elles dérivent des droits indisponibles, échappant au libre pouvoir de la volonté individuelle des parties dans le rapport du travail. Certaines normes de droit social se distinguent en ce sens, soit parce qu'elles portent sur la condition de vie des travailleurs, soit parce qu'elles s'appliquent à l'exercice de la citoyenneté.[524] Dans le rapport *Un travail décent*, l'OIT a focalisé ses énergies sur quatre objectifs stratégiques, à savoir, les principes et droits fondamentaux du travail, l'emploi, la protection sociale et le dialogue social. Le débat sur les normes-plancher est pourtant loin d'être clos, tant est contestable la démarcation de ce minimum légal.

Cette thèse contient quelques suggestions de normes minimales de protection applicables à tous les travailleurs et non seulement aux salariés, sujets du droit du travail classique. En effet, « les normes juridiques sont des instruments que toutes et tous peuvent utilement mettre en œuvre pour traiter avec pertinence et de façon durable d'une question qui est au cœur de la condition humaine : le travail, peu important ses modalités et son contexte. »[525] Ces normes doivent être aussi simples que

[524] Il convient toutefois de rappeler qu'il semble que, « plus on diminue le nombre de principes d'une science, plus on leur donne d'étendue » (D'Alembert, *apud* LAROUSSE, Pierre. Grand Dictionnaire Universel du XIX^e^ siècle. Tome Treizième. Paris. Administration du Grand Dictionnaire Universel, 1875, pp. 157/160). Il est donc extrêmement convenable que l'État fixe quelques limites auxquelles les parties ne pourront pas déroger, sauf pour bénéficier le travailleur. Une législation la plus stable et simple possible, tel est le périmètre le plus approprié pour l'activité étatique.
[525] JAVILLIER, article cité, 2003.

cohérentes, aussi accessibles qu'intelligibles pour tous.[526] Elles font l'objet de deux paragraphes : le premier traite de la protection tenant à l'exercice même de la profession, tandis que le deuxième traite de la protection inhérente à la lutte contre certains risques.

§ 1er. La protection tenant à l'exercice de la profession

Les éléments suivants sont indispensables à tout travailleur, afin de s'assurer une protection minimale au sein de la relation contractuelle de travail.

A) LE TRAVAIL[527]

L'adaptation du principe protecteur du travailleur suppose, en premier lieu, une analyse sur l'avenir du travail. La question de savoir si la classe propriétaire des moyens de production dépendra toujours de la main-d'œuvre artisanale ou intellectuelle des travailleurs percute de plein fouet **l'avenir du travail pour le compte d'autrui**. M. le Professeur COUTURIER avait déjà souligné que « Dans une optique prospective, la réflexion sur l'avenir du droit du travail est inséparable de la réflexion sur l'avenir de l'emploi. Il en est ainsi dans les rapports officiels ayant alimenté le débat

[526] M. le Professeur JAVILLIER dit qu'il « s'agit bien de renforcer la 'part du droit' en redonnant aux normes toute leur effectivité et leur efficacité. Pour ce faire, il faut des normes à la fois plus simples, plus accessibles, plus facilement adaptables et aussi mieux contrôlées. » (article cité, 2003).

public au cours de ces dernières années »[528]. Certains ont pourtant déjà dit que « c'est moins l'emploi qui manque que le travail qui change. »[529]

Il semble à cet égard que le travail tende vers une longue existence, encore qu'il puisse être transformé ou réduit quantitativement. Quels que soient les changements produits à l'intérieur de la société, il y aura toujours une classe sociale qui dépendra des moyens de production d'autrui. Pour importante que soit donc la (r)évolution produite, elle ne sera pas en mesure d'avoir un effet sur le noyau du rapport capital-travail, lequel demeurera essentiellement le même : *échange entre travail et revenu*.[530]

Il s'agit, avant tout, d'une question de survie et l'explication pour cela est simple : faute de moyens propres pour subvenir à leurs besoins, beaucoup seront obligées de vendre leur force de travail en échange d'une contrepartie financière.[531] Cela ne veut pourtant pas dire que le travail salarié existera toujours, mais que le travail sera toujours un moyen d'assurer la perception de revenus, quelle que soit la forme

---

[527] Puisque l'on prône l'élargissement d'une protection minimale à tous les travailleurs, on a préféré utiliser le mot *travail*, car il est plus large qu'*emploi*.
[528] COUTURIER, Gérard. Droit du travail. Les relations individuelles de travail, vol. 1. PUF, 1996, p. 89.
[529] *Le travail demain*. Entreprises & Carrières, 23 novembre 1999.
[530] Le travail aussi demeure la source principale de transformation des objets : « qui reconnaîtrait dans la porcelaine de Sèvres le granit décomposé dont elle est faite ? Quelle ressemblance y a-t-il entre le sable et la soude, éléments naturels, et le verre que le travail humain a formé de leur combinaison ? » se demande le Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE, publié en 1876, t. 15, p. 435.
[531] Bien évidemment, le montant de la rémunération n'est pas aussi élevé que le lucre du capitaliste, raison d'être de la *plus value* (excédent économique), de la continuité du système capitaliste et de l'utilisation de la main-d'œuvre des travailleurs.

juridique sous laquelle il se présente (subordonné ou indépendant). C'est pourquoi on professe aujourd'hui qu'au concept *d'emploi* doit se substituer celui de *travail* ou d'*activité*.[532] À cet égard, il convient de rappeler que, contrairement à ce que l'on pourrait supposer, **l'automation n'exclut pas le travail de l'homme.**[533]

Il semble, par ailleurs, que le rôle du travail dans la vie des individus aille au-delà de la perception de revenus.[534] Une personne n'ayant pas d'autre source de revenu et dépourvue d'un travail est la cible facile de maladies, y compris psychologiques (dépressions, insomnies, recours aux drogues, dysfonctions affectives et relationnelles, etc.).[535] Le fait d'avoir un travail décent, subordonné ou non, contribue donc à la *qualité de vie des individus*, ce qui est somme toute une des préoccupations sociales, ne serait-ce que pour épargner les dépenses de la sécurité sociale.

---

[532] Cf. DURAND, Paul, op. cit., 1952. Plus récemment, BOISSONNAT, Jean (sous la présidence de). *Le travail dans vingt ans.* Commissariat général du Plan. Ed. Odile Jacob, La Documentation française, octobre 1995, 373 p.

[533] En effet, le travailleur dont le travail n'est pas substitué par une machine et qui demeure dans l'entreprise est censé accomplir encore davantage de tâches qu'auparavant, car il doit remplacer, avec l'aide de la machine, deux, trois, voire plus de salariés dans leurs activités. Ce raisonnement peut paraître un peu démodé, attaché au « fordisme » dans une époque où on parle plutôt de « taylorisme » ou même de « post-taylorisme ». Il suffit de descendre de l'idéal et d'observer la réalité pour constater que la ligne de production dans de grandes - et surtout dans des petites et moyennes - usines est loin d'écarter le modèle « fordiste » classique. Peut-être pourrait-on parler à la limite d'une coexistence de deux ou trois modèles... À ce sujet, M. le Professeur J.E. Ray parle de l'existence probable d'un « dualisme du futur monde du travail » (« Le droit du travail au XXI^{e} siècle ». Liaisons Sociales magazine, janvier 2000, pages 54-55).

[534] À cet égard, Joseph STIGLITZ parle de l'importance du travail pour la reconnaissance de soi (*Revue internationale du travail*, 2002/1-2).

[535] Il semble d'ailleurs que la dignité retrouvée après une longue période de chômage souligne parfois un avantage (quelque peut étrange) du chômage : il fait redécouvrir à certains la « valeur » du travail...

Créer et sauvegarder des postes de travail doit donc être un des principaux objectifs de politique sociale des nations.[536] En ce sens, une protection effective présuppose la prise de mesures qui correspondent davantage au *désir de sécurité sur le marché du travail*, plutôt que d'offrir aux travailleurs des possibilités de trouver des « petits boulots » successifs de courte durée, étant donné le besoin d'un minimum de stabilité dans le travail.[537] L'établissement d'un *juste équilibre* serait donc souhaitable, entre le tourbillon moderne d'extrême mobilité et le retour à la vieille conception de garantie de la stabilité au niveau même de l'entreprise.[538]

Il convient pourtant de bien souligner la différence entre les besoins des pays du Nord et ceux des pays du Sud, car les premiers détiennent l'hégémonie sur les innovations technologiques, tandis que les derniers doivent demeurer encore dans la condition de pays fournisseurs de main-d'œuvre sous-traitante. Ce scénario est d'autant plus probable que les grands groupes laminent les transferts de technologies vers les

---

[536] Il convient de rappeler que, mis à part l'aspect *quantitatif* de l'emploi, il est également important de se préoccuper de son aspect *qualitatif*. En d'autres termes, les conditions dans lesquelles les salariés exécutent leur travail pèsent dans le bilan final d'évaluation des difficultés actuelles.

[537] Afin de distinguer le travail *décent* du travail *précaire*, certains critères sont mis à disposition du juriste. Ainsi, seront considérés comme ayant un impact négatif sur les conditions de travail : « un emploi à court terme ou risque important de perte d'emploi; aucune possibilité offerte aux travailleurs d'exercer un contrôle sur leurs conditions de travail, salaire, etc.; moins de protection et couverture sociale prévues par la loi ou les conventions collectives; un revenu faible, qui est lié à la pauvreté; et un faible niveau d'intégration sociale. » (TÁLOS, 1999, *apud* « Emploi non permanent, qualité du travail et relations industrielles » étude comparative de l'EIRO, juillet 2002). Du même texte, l'extrait suivant : « Globalement, le concept de précarité inclut les dimensions d'instabilité, manque de protection, insécurité et vulnérabilité sociale et économique. Toutefois, c'est la combinaison de ces dimensions, et non chacune de façon isolée, qui conditionne le degré de précarité. »

[538] Certes, une politique active et dynamique d'emploi inclut essentiellement des actions visant à faciliter la mobilité professionnelle, sectorielle et géographique de la main-d'œuvre. Cependant, cette mobilité ne

filiales situées dans les pays en développement, les empêchant ainsi d'acquérir une capacité de production compétitive autonome.[539]

Des normes de l'OIT apportent un important soutien technique à cet égard, au moyen de diverses conventions concernant la politique de l'emploi.[540] À l'échelle européenne, étant donné le chômage, l'emploi se situe au centre des préoccupations des États membres. Divers sont les domaines envisagés pour la promotion de l'emploi.[541] Cet objectif a connu une nouvelle propulsion par l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, un nouveau titre appelé « emploi » (Titre VIII) s'inscrivant dans le cadre d'une nouvelle stratégie communautaire, instituée en vue

---

peut pas aller jusqu'au point d'apporter aux travailleurs un état permanent d'insécurité et d'angoisse sur le lendemain. Cela est d'ailleurs nuisible à la bonne productivité des salariés.

[539] Une nouvelle carte du monde est proposée par un américain ultra-libéral. « Les régions d'innovation technologique - seulement 15 % de la population mondiale - constituent la première zone. Une seconde zone, où se concentre environ la moitié des habitants du globe, est susceptible d'adopter ces technologies. La troisième zone, celle de la marginalisation technologique, n'épouse pas les frontières nationales : elle comprend, par exemple, le sud du Mexique, une bonne partie du Brésil tropical, de l'Afrique et de la Russie. Ces régions sont aussi celles où sévit la plus grande pauvreté. » (Jeffrey Sachs, « A new map of the world », *The Economist*, Londres, 24 juin 2000, *apud* « La mondialisation capitaliste contre l'emploi », Supplément *L'OIT, une organisation au service des travailleurs*, *Le Monde diplomatique*, septembre 2001).

[540] Par exemple, les conventions 2, sur le chômage (1919), 122, sur la politique de l'emploi (1964), 160, sur les statistiques du travail (1985), 158, sur le licenciement (1982) et 168, sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (1988). Toutes ont été ratifiées par le Brésil, sauf celles de n. 2 et 158, cette dernière étant ratifiée le 05/01/1995 et dénoncée le 20/11/1996. La France a ratifié les n. 2, 122 et 158.

[541] Le Conseil européen d'Essen (9-10 décembre 1994) en a défini cinq prioritaires: l'amélioration des perspectives d'emploi par la promotion des investissements dans la formation professionnelle; l'augmentation de l'intensité en emploi de la croissance; l'abaissement des coûts salariaux indirects; l'accroissement de l'efficacité de la politique du marché du travail; le renforcement des mesures en faveur des groupes particulièrement touchés par le chômage (source : http://europa.eu.int, données saisies le 26 novembre 2002). Y peuvent être ajoutés : l'employabilité, l'entreprenariat, l'adaptabilité et l'égalité des chances.

d'une politique coordonnée pour l'emploi.[542] Poursuivant le but de maintien dans l'emploi, la loi française de modernisation sociale adoptée en décembre 2001 contient différentes mesures rendant les licenciements plus onéreux pour les employeurs.

M. Ignacy SACHS professe qu'il faut privilégier la création d'emploi dans des chantiers publics[543] ou services *non-tradeables*, c'est-à-dire, non assujettis à la compétition extérieure, car seront plus larges les marges de liberté pour le choix des technologies utilisatrices de davantage de main-d'œuvre.[544] Ainsi, même si les emplois sont de faible productivité, ils sont capables de progresser et d'être mieux rémunérés.[545]

---

[542] Ce titre prévoit : « l'intégration de l'emploi dans les autres politiques communautaires; la mise en place de mécanismes de coordination au niveau communautaire (adoption par le Conseil de lignes directrices pour l'emploi et surveillance de leur mise en œuvre dans les États membres, création d'un comité consultatif de l'emploi); la possibilité que le Conseil adopte à la majorité qualifiée des actions d'encouragement, notamment des programmes-pilotes (en plus des fonds structurels). (…) Concrètement, ceci implique deux innovations majeures : statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, du Comité économique et social, du Comité des régions et du Comité de l'emploi, le Conseil élabore chaque année des lignes directrices pour l'emploi, compatibles avec les grandes orientations de politique économique; statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission, le Conseil peut également adresser des recommandations aux États membres, à la lumière de son examen annuel de leurs politiques de l'emploi. Le Conseil européen d'Amsterdam a décidé que les dispositions pertinentes du nouveau titre sur l'emploi devaient être suivies d'effet immédiatement, elles ont donc été appliquées dès juin 1997 ». Source : http://europa.eu.int, données saisies le 26 novembre 2002.

[543] P. ex., habitation, construction civile, services de santé, transport public, autoroutes. Le Brésil a un déficit de 6 millions d'habitations et 35 fois moins d'autoroutes que les USA (Revue *Primeira Leitura*, mars 2002, p. 31).

[544] L'exemple est parlant : au Brésil, il existe 100 milliards d'hectares de terre cultivable. Si tout est planté avec du soja, seront créés entre 2 et 3 milliards de postes de travail. Au contraire, si on favorise la culture horticole, le nombre de postes s'élèverait à 100 milliards (Revue *Primeira Leitura*, octobre 2002, pp. 29/31).

[545] En ce sens, le développement équilibré et durable du tourisme semble avoir un potentiel important pour la création d'emplois, 2 millions d'entreprises de tourisme existant au sein de l'Union européenne et près de 9 millions de personnes travaillant actuellement dans le secteur. À cet égard, la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, du 28 avril 1999, adoptée dans le cadre du suivi des conclusions et recommandations du Groupe de haut niveau mis en place en 1998 par la Commission sur le tourisme et l'emploi (groupe Corsten). Le tourisme représente 5,5% du produit intérieur brut (PIB) de l'Union et 30% du commerce extérieur des

En ce qui concerne le Brésil, un autre exemple emprunté au sociologue Candido GRZYBOWSKI envisage la création peu coûteuse de postes de travail : « il suffirait d'augmenter de 10% les plus bas salaires pour développer très fortement le marché intérieur des produits de base, comme le lait, le poulet, les petits appareils ménagers, ou bien de lancer un programme de construction de maisons pour créer aussitôt des millions d'emplois ».[546] D'autre part, il faudrait également implanter certaines mesures de flexibilité, pour simplifier l'accès et la formalisation du travail.

Ces démarches sont coûteuses, certes, mais certaines d'entre elles sont simples et plus abordables, comme le conseil professionnel, l'accès à des facilités de crédit pour implanter des entreprises, surtout petites et moyennes[547], et l'aide à la recherche d'emploi.[548] Une fois mises en places, elles permettront une grande économie

---

services. Selon la Commission, le tourisme pourrait permettre la création de 2,2 millions à 3,3 millions d'emplois supplémentaires au cours de la décennie à venir, si son potentiel est exploité d'une manière adéquate. Plusieurs raisons justifient la mise en place d'une politique d'emploi adapté au tourisme : perspectives d'accroissement de la demande touristique, structure flexible favorable à l'accès de nouvelles personnes sur le marché, telles que les jeunes et les femmes (Source : http://europa.eu.int).

[546] *Apud* Revue *L'Express*, édition du 10 au 16 octobre 2002, p. 75. En ce sens, un des piliers les plus fondamentaux du gouvernement Lula au Brésil est le programme « fome zero » (famine zéro). Au moment d'entrer en fonction à la Présidence de la République, il a déclaré dans son discours qu'il aura accompli la mission de sa vie si chaque brésilien, à la fin de son mandat, peut prendre au moins trois repas par jour.

[547] Actuellement au Brésil, les 10 millions de PME sont responsables pour la création de 20% des emplois formels dans le pays (*Jornal do Brasil* du 17 novembre 2002, p. 5).

[548] Au Brésil, le *Sistema Público de Emprego* a été responsable pour la réinsertion d'environ 2 millions de travailleurs entre 1995 et 1998, mais beaucoup reste à faire pour mieux organiser ce service. Actuellement, seulement 16 travailleurs sur 100, parmi les 5 millions qui font appel au service, ont du succès… Parallèlement, seulement 52 postes de travail sur 100, parmi les 1,6 millions de postes disponibles dans les entreprises, sont occupés (*Jornal do Brasil* du 17 novembre 2002, information de la Directrice du département d'emploi et de salaire, Fátima BAYMA, p. 3).

du potentiel humain et de l'argent public, soutien des prestations financières contre l'exclusion (assurance-chômage, RMI, etc.).

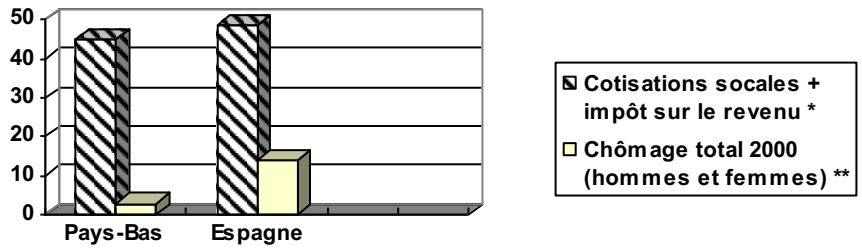
D'autre part, les investissements doivent privilégier les applications qui ont un *effet duplicateur*, telles que le financement de l'agriculture ou d'habitations populaires, ce qui bénéficie aussi bien les utilisateurs que les prestataires des services, les premiers en recevant l'aide financière à leurs investissements ; les derniers en s'assurant du travail. Bref, il s'agit d'une nécessaire complémentarité des mesures de protection de l'emploi et d'accompagnement sur le marché du travail. C'est l'application concurrentielle de règles juridiques, pratiques d'entreprise et intervention des pouvoirs publics qui contribuent à prévenir les risques d'exclusion.[549]

S'y intègrent également l'unification et l'allègement des impôts et des charges fiscales sur le travail. Les charges sociales varient en effet beaucoup d'un pays à l'autre.[550] Leur allégement pourrait peut-être soulager l'entreprise en facilitant son insertion ou maintien sur le marché compétitif. En outre, la diminution des charges pourrait contribuer à accroître le nombre de postes de travail et à diminuer le nombre de

[549] En ce sens, Marie-Laure MORIN et Christine VICENS, « Licenciement économique, flexibilité des entreprises et sécurité des travailleurs : les enseignements d'une comparaison européenne », *in* Revue Internationale du Travail, vol. 140, numéro 2001/1.
[550] À ce sujet, un graphique comparatif est disponible dans l'Annexe X de la thèse.

travailleurs informels.[551] De toute façon, l'État a évidemment un rôle sérieux à jouer. Plutôt que d'augmenter les taux d'emploi par une diminution de la protection des travailleurs, il faudrait davantage parler d'une réduction des charges liées à l'embauche. En effet, le coût du travail pèse sur le budget de l'entreprise, mais cet argent ne tombe pas entièrement dans les poches des travailleurs…[552] En ce sens, on propose qu'une partie des charges sociales soit incorporée au salaire. Ainsi, les salariés toucheront un revenu plus important, et se procureront des conditions de vie plus digne, ce qui est conforme à la notion de travail décent.

[551] Quoique la comparaison entre deux extrêmes aille à l'encontre de cette affirmation, comme le démontre le graphique ci-dessous. Même si le coût du travail (cotisations sociales et impôt sur le revenu) est globalement identique aux Pays-Bas et en Espagne (respectivement 45,0 et 48,6% du coût salarial), le taux du chômage dans ces deux pays demeure distancé (en 2000, 2,8 aux Pays-Bas contre 9,3 en Espagne). * Source : OCDE, 2000, en % du coût salarial, *apud Liaisons sociales Magazine,* mai 2002, p. 14. ** Source : http://europa.eu.int/comm/eurostat (communiqués de presse, mars 2002 : « Le chômage dans la zone euro stable à 8,4% »).



[552] Une étude publiée dans le « Jornal do Brasil » du 12 août 2002, avec des données de 1999, a bien prouvé cette réalité. Le salarié brésilien n'empoche que 59% des dépenses faites par l'employeur, tandis que les salariés d'autres pays touchent beaucoup plus. Et encore, une partie de ce pourcentage n'est encaissée qu'à la fin du contrat de travail. Les Américains, par exemple, perçoivent 79,4% de ce que les

B) LE REVENU[553]

Une des plus grandes façons de protéger les travailleurs est de les rémunérer d'une manière équitable. Toutefois, la valeur du **salaire pour le même travail varie** tellement dans le monde, que l'on peut s'interroger sur l'application du principe d'égalité au niveau mondial. En effet, l'heure de travail dans l'industrie américaine coûte US$24,00, alors qu'au Mexique elle s'élève à US$2,35 et au Vietnam à US$0,21…[554] Le tableau reproduit ci-dessous démontre la variation du coût du travail dans divers pays :

Moyenne horaire du coût du travail dans la manufacture, 1999-2001(en euros)
Source: EIRO – "Labour costs - annual updates 2001".

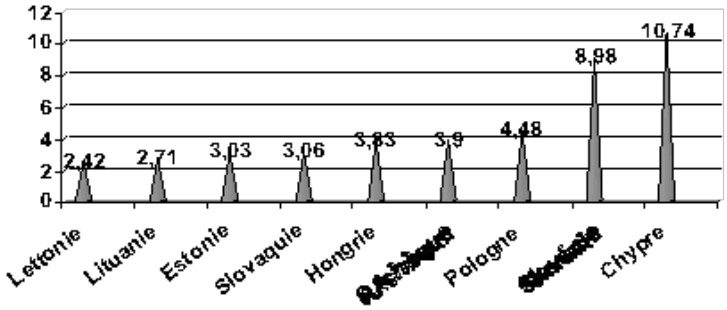
	Allemagne	*Pays-Bas*	*Danemark*	*Belgique*	*Autriche*	*France*	*Suède*	*Finlande*	*Espagne*	*Italie*	*Grèce*
1999	25.8	24.1	24.5	25.3	23.6	23.8	20.2	21.0	Nd	14.8	9.6
2000	26.6	24.8	25.5	Nd	24.1	nd	22.2	21.9	Nd	15.2	10.1
2001	27.4	26.5	Nd	Nd	24.9	nd	nd	Nd	15.6	15.5	10.7

employeurs sont obligés à payer. Au Mexique, le pourcentage s'élève à 89,3%, en Italie à 70,4% et en Belgique à 70,9% ("O alto custo trabalhista no Brasil", *Jornal do Brasil*, 12 août 2002, p. A9).

[553] On a préféré utiliser le mot *revenu* au lieu de *salaire*, car ce dernier se limite à la rémunération issue d'un contrat de travail, tandis que le premier peut découler de n'importe quel travail, quelle que soit la situation juridique du travailleur. Ainsi, on traitera la question du revenu non seulement du salarié, mais de tous les travailleurs. Évidemment, on exclura toute appréciation du revenu entendu comme rente.

[554] SEMLER, Ricardo. « O futuro ruge », Revue *Exame*, 15 mai 2002, p. 62.

À son tour, le graphique ci-après révèle les **coûts horaires de la main-d'œuvre (industrie et services), en euros**, dans les pays qui franchiront les portes de l'Union européenne le 1er mai 2004[555] :



Dans l'Annexe XI de la présente thèse, on présente un autre tableau comparatif (en dollars). D'après ce tableau, on peut conclure que dans le périmètre de l'Union européenne, c'est l'Allemagne, la Belgique, le Danemark et la Suède qui ont toujours été les pays à plus grand coût de main-d'œuvre. Avec la Norvège, ils forment les cinq premiers, tandis que l'Italie, l'Espagne, l'Irlande, la Grèce et le Portugal ont le coût le moins cher. Le Japon et la Suisse sont coude à coude avec les pays où le coût est le plus élevé, alors que les États Unis arrivent juste après les *top five.* La France, le Canada et le Royaume-Uni connaissent des coûts similaires. L'Italie et l'Australie ont aussi des coûts analogues. Le coût du travail en Grèce se trouve à un rang juste un peu plus haut que celui pratiqué en Corée, tandis que ce tableau affiche le Portugal juste au-dessus du Mexique et du Sri Lanka.

[555] Source: Eurostat, *apud* Liaisons sociales Magazine, mars 2003, p. 38.

Certes, si le coût de vie est élevé, le salaire l'accompagnera, mais cette proportion n'est pas absolue. Une enquête menée par *Liaisons sociales Magazine* a constaté que les différences du coût de la vie sont prises en compte pour définir la politique de rémunération du personnel, tout aussi bien que les impôts et cotisations sociales et les autres avantages (stock-options, plans de retraite, prévoyance, épargne).[556] Le salaire n'est donc pas exclusivement **fonction du coût de la vie**. Il existe d'ailleurs **d'autres facteurs** capables de le majorer, tels que la **prise en compte de différentes nécessités** – vitales ou non – du salarié (et de sa famille), **l'influence des organisations syndicales, la capacité financière des entreprises.** À cet égard, un tableau comparatif disponible dans l'Annexe XII révèle les principaux déterminants de la fixation des salaires dans les États membres de l'Union européenne.

Il semble par ailleurs qu'une relation proportionnelle puisse s'établir entre le bas coût du travail, aggravé par le chômage, et la moindre puissance des organisations de travailleurs. Ainsi, le **dialogue social** peut fortement contribuer à l'établissement de salaires dignes et, donc, à une meilleure protection des intérêts des travailleurs. Il est vrai que souvent ce dialogue débouche sur une… réduction de salaires, comme résultat de l'affaiblissement du pouvoir de négociation des syndicats,

[556] Ainsi, tandis qu'un repas coûte en moyenne 42,26 euros à Dublin, il coûte 23,17 euros à Madrid (prix d'un dîner comprenant plat garni, dessert, sans boisson, service compris, dans un bon restaurant). À Amsterdam, une course en taxi et un loyer coûtent respectivement 12,08 et 1281,52 euros, alors qu'à

dont la capacité d'agir a été réduite, car ils ne sont plus capables de promouvoir leurs revendications. Cela paraît être le cas, de par leurs changements économiques et politiques, des organisations syndicales en Allemagne, Pays-Bas, Espagne et Grande-Bretagne, depuis les années 90.[557]

Il est également vrai que les organisations patronales ne sont pas toujours enclines à l'établissement d'un salaire minimum ou à des augmentations de celui-ci quand il existe déjà. Le MEDEF, p. ex., organisation qui représente le patronat français, prône depuis un certain temps l'abolition du SMIC, tandis que les organisations patronales allemandes réclament un usage plus étendu des *opening clauses* dans les accords collectifs, pour permettre le payement de salaires en valeurs inférieures à celles collectivement accordées, et des conditions plus relâchées de payement, pour augmenter le recrutement des chômeurs à longue-durée. C'est ainsi qu'en Norvège, le patronat prétend qu'une moindre rigidité du système de payement pourrait ouvrir les portes du marché du travail aux personnes ayant des difficultés à trouver un poste.[558]

Madrid on ne paie pas plus de 4,16 et 831,63 pour le même service ou une habitation comparable. Source : UBS, *apud Liaisons sociales Magazine,* mai 2002, pp. 16-17.

[557] EIRObserver, supplément cité 6/02. Aux Pays-Bas, p. ex., les syndicats ont été forcés de s'accorder à introduire, vers 1995, une réduction des salaires et n'ont pas réussi à augmenter le salaire minimum des salariés de moins de 23 ans. Les organisations syndicales espagnoles, d'autre part, n'ont pas eu de succès dans leur revendication de faire augmenter le salaire minimum. Et en Grande-Bretagne, les syndicats ont accordé de diminuer les salaires.

[558] EIRObserver, supplément cité, 6/02.

Toutefois, dans maintes situations, le dialogue social contribue à augmenter le niveau du salaire minimum. Les accords de branche en Belgique, p. ex., ont déjà prévu une augmentation du salaire minimum national de 15% à 30% comme résultat d'une forte position syndicale pendant la négociation. Pareille situation s'est produite en Irlande, au Danemark et en Norvège.[559] Or, le contrat de travail étant bilatéral, le salaire constitue la contrepartie du travail réalisé. Ce **salaire doit être adéquat** pour satisfaire les nécessités du salarié et des personnes qui dépendent de lui.[560] Aussi, pour quelqu'un qui n'a pas de réserves et pour qui le travail est le seul moyen d'assurer sa subsistance, le salaire doit-il représenter le minimum vital.[561]

Il va donc sans dire qu'il s'agit d'obéir à des critères à la fois économiques, éthiques et de justice sociale. Même si la valeur du salaire est disparate

[559] EIRObserver, supplément cité, 6/02.

[560] En ce sens, l'article 7, IV de la Constitution brésilienne : le salaire minimum est un droit du salarié, « capable de répondre à ses nécessités basiques et celles de sa famille en ce qui concerne l'habitation, l'alimentation, l'éducation, la santé, le loisir, l'habillement, l'hygiène, le transport et la sécurité sociale » Le SM est fixé par la loi et régulièrement augmenté pour conserver son pouvoir d'achat. L'article 76 de la CLT, un peu plus restreint, allait dans le même sens : le salaire minimum est « la contre-prestation minimale due et payée directement par l'employeur à chaque salarié, y compris au rural, sans distinction de sexe, par journée de travail, et capable de satisfaire, dans une époque et région données du pays, ses besoins normaux d'alimentation, d'habitation, d'habillement, d'hygiène et de transport. » Dans cette perspective, également l'article 36 de la Constitution italienne, adoptée le 22 décembre 1947 (entrée en vigueur le 1er janvier 1948) : « Les travailleurs doivent percevoir une rémunération adéquate à la quantité et à la qualité de leur travail, et en tout cas suffisante pour leur assurer et à leurs familles une existence libre et honorable. » En Italie, ce sont les juges qui déterminent le montant pour un salaire adéquat, contrairement au droit français, qui discipline depuis 1970, le SMIC (salaire minimum interprofessionnel de croissance), successeur du SMIG (salaire minimum interprofessionnel garanti), au « dessous duquel s'arrête la liberté de fixation des salaires ». (MAZEAUD, op. cit., p. 466). Le code du travail régit le SMIC dans l'article L. 141-1 et suivants. Ses finalités principales sont d'assurer « une garantie du pouvoir d'achat et une participation des bas salaires au développement économique de la nation » (MAZEAUD, op. cit., p. 469).

[561] À ce sujet, les Conventions de l'OIT numéros 26, sur les méthodes de fixation des salaires minima (1928), 95, sur la protection du salaire (1949) et 131, sur la fixation des salaires minima (1970).

dans le monde, en fonction de diverses circonstances locales, il serait souhaitable d'établir un plancher universel minimal, au-dessous duquel aucune concurrence ne serait admise, et qui puisse répondre à un certain niveau de nécessités premières pour mener une vie convenable.[562] Les études menées par Mohammed SHARIF[563] soutiennent cette thèse, car elles ont démontré que les salaires très bas s'expliquent par une vente (*sic)* désespérée de travail en situation de détresse.[564] En effet, si le montant perçu se situe en deçà du salaire de subsistance, une augmentation de l'offre de travail se fera nécessaire pour garantir la survie. C'est la théorie de *la maximisation de l'utilité sous contrainte*. Cela se vérifie évidemment d'autant plus que le niveau de chômage est élevé.

En Lituanie, par exemple, l'ancien vice-ministre de l'Industrie et actuel dirigeant d'une grande compagnie électronique vante les avantages du coût du travail le plus bas parmi les pays qui constitueront l'Union européenne à partir de 2004 : « Nous n'avons pas de pétrole ni de ressources naturelles importantes. Notre seul trésor est cette main-d'œuvre bon marché, qu'il faut préserver dans un contexte de concurrence mondiale ».[565] Ainsi, cette espèce de « dumping social » est sans honte

[562] En conséquence de l'établissement d'une telle référence, il est vrai que certains pays, notamment ceux qui pratiquent de très bas salaires, pourraient voir leur avantage comparatif remis en question.
[563] « Le 'S' inversé – La fonction néoclassique complète de l'offre de main-d'œuvre », *in Revue Internationale du Travail*, vol. 130, numéro 2000/4.
[564] Et non par une « mentalité perverse », comme l'ont affirmé certains théoriciens.
[565] *Liaisons Sociales Magazine*, mars 2003, p. 38.

pratiqué par ce pays de 3,7 millions d'habitants, où seulement 10 à 15% des salariés sont couverts par des conventions collectives.

Or, « Une main-d'œuvre bon marché est un facteur de faible productivité et de gaspillage des ressources humaines. (…) En fait, des conditions favorables à une utilisation appropriée de la main-d'œuvre - les normes du travail peuvent y contribuer à l'échelle nationale - permettent de mettre en valeur les ressources humaines, favorisent les investissements directs étrangers et la croissance économique. Les pays qui recourent à une main-d'œuvre bon marché continueront d'avoir une productivité faible et resteront donc pauvres. »[566]

Marx soulignait par ailleurs que « le capitalisme engendre, avec l'inexorabilité d'une loi de la nature, sa propre contradiction ».[567] Les données extraites d'un sondage réalisé par *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)* pourraient aider à justifier cette affirmation. En effet, ce sondage a observé que, sur 5 brésiliens, 4 ne peuvent s'acheter que l'essentiel pour survivre, 81% de la population appartenant aux classes C, D et E.[568] Cette situation soulève bien évidemment des interrogations sur le montant du salaire, aussi bien que sur le pouvoir d'achat de la

[566] « Les normes internationales du travail contribuent au développement », site Internet http://www.ilo.org/public/french/standards/norm/whyneed/dev.htm
[567] *Apud* BAVAREZ, Nicolas, « Global writing », *Le Point*, 22 mars 2002, p. 68.
[568] « Il ne manque que l'argent », Revue *Carta Capital*, 3 avril 2002, p. 28.

population et, par conséquent, sur l'expansion de la production et, plus généralement, de la croissance…

La fixation d'un revenu minimal équitable et universel doit donc être un des soucis majeurs des acteurs sociaux.[569] Pour ce faire, « il faut tenir compte : d'abord de la contribution effective de chacun pour la production ; ensuite, de la situation financière de l'entreprise ; puis, des exigences du bien commun de chaque nation, surtout en utilisant autant que possible la main-d'œuvre du pays ; enfin, les exigences du bien commun universel, car chaque communauté internationale est différente en extension et en ressources naturelles. »[570] Ou pourrait ajouter que certains travailleurs dans des conditions spéciales ont besoin d'une protection plus effective, en ce qui concerne non seulement le revenu (notamment en application du principe de l'égalité), mais aussi d'autres conditions de travail.

[569] Des recherches comparatives sur les initiatives existantes sur les bas salaires et le salaire minimum existent déjà, cf. tableau dans l'Annexe XIII de la thèse. Ce tableau montre que « La majeure partie des pays possèdent un salaire minimum, fixé soit par disposition législative, soit par les négociations (9 pays). Les données sur le niveau du salaire minimum et le pourcentage de revenu moyen révèlent une différence relativement importante entre les pays appliquant un salaire minimum. Plus précisément le Portugal et la Grèce possèdent le salaire minimum le plus bas, qui peut représenter jusqu'à 57% du revenu moyen au Portugal. Ceci indique que le revenu moyen y est relativement faible par rapport à d'autres pays européens. La situation en France est également particulière car, bien que le salaire minimum s'apparente à celui du Royaume-Uni ou de la Belgique, il représente 49% du revenu moyen. En France et au Luxembourg, respectivement 12,8% et 17% des travailleurs gagnent le salaire minimum, ce qui révèle combien celui-ci est primordial. Il convient de souligner qu'en général, deux fois plus de femmes que d'hommes gagnent le salaire minimum. » Source : Rapport annuel sur la coordination des négociations collectives en Europe. Comité exécutif de la CES, décembre 2001.

[570] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O salário. São Paulo, LTr, 1996, 415 pages, *apud* MORATO, op. cit., 2001.

C) LA PROTECTION SPÉCIALE À CERTAINS TRAVAILLEURS

Les femmes, notamment enceintes, les enfants et les handicapés ne sont pas dans la situation normale des travailleurs ordinaires. C'est pourquoi l'analyse ici développée tiendra compte de ces trois types de travailleurs, considérés comme se trouvant dans des conditions spéciales par rapport aux autres travailleurs hommes, adultes et non-handicapés. Dans cette optique, le Droit ne doit pas se contenter d'une protection menant à une égalité formelle des travailleurs, mais, au contraire, l'ordre juridique doit utiliser des instruments capables de promouvoir une égalité matérielle entre tous les travailleurs.

Une plus grande protection de certains groupes de travailleurs s'avère alors nécessaire. Et, comme l'ont dûment souligné M.M. Jean-Philippe LHERNOULD et Francis KESSLER[571], cette protection intensifiée « ne correspond pas à proprement parler à une politique de discrimination positive car, par nature, les hommes (ou les adultes) ne sont pas placés dans une situation comparable à celle des femmes (ou des enfants), ce qui suffit à justifier un traitement particulier (et en l'espèce protecteur). »

En ce qui concerne les **femmes**, cette protection accrue est d'autant plus justifiée que le salaire des hommes, dans le milieu professionnel, est environ 68%

[571] RJS juillet 2002, p. 614.

plus élevé que celui des femmes.[572] Le tableau en bas de page démontre bien l'écart de rémunération dans divers pays de l'Union européenne.[573] Au niveau international, l'OIT a exprimé son point de vue, p. ex., dans les Conventions 45 sur les travaux souterrains des femmes (1935)[574] et 127 sur le poids maximum (1967).[575] Les conventions n. 3, 103 et 183 traitent spécifiquement de la protection de la maternité, et les Conventions 100, sur l'égalité de rémunération, et 111, concernant la discrimination dans l'emploi et dans la profession, devraient être ratifiées par tous les pays.

Le travail des femmes occupe une place importante dans la législation brésilienne, la CLT lui dédiant tout le chapitre III du Titre III (articles 372 à 401). La loi n. 9799/1999 a institué l'article 373-A, qui énumère quelques interdictions visant à promouvoir une meilleure égalisation des chances des femmes[576]. Pareillement au droit français qui protège la maternité, les articles 391 à 400 de la CLT brésilienne disposent, p. ex., que le fait d'être enceinte ne constitue pas un motif pour le licenciement de la

[572] Il est pourtant vrai que les femmes se concentrent normalement dans les secteurs d'activité les moins protégés (Journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002).

[573] **Écart de rémunération hommes-femmes**
(gains horaires bruts moyens des femmes en pourcentage des gains horaires bruts moyens des hommes)

	Belg.	*Dan.*	*Allem.*	*Esp.*	*France*	*Irl.*	*Italie*	*Lux.*	*P.-Bas*	*Autr.*	*Port.*	*Finl*	*Suède*	*R.-Uni*	*EU15*
1994	87	89	79	90	87	81	92	83	77	-	90	-	84	72	83
1995	88	85	79	86	87	81	92	82	79	78	95	-	85	74	83
1996	89	85	79	87	87	81	91	83	81	80	94	83	83	75	84
1997	89	87	81	84	88	82	92	-	83	77	94	82	83	79	85
1998	93	90	81	86	88	80	91	-	79	79	94	-	82	76	84

Source : http://europa.eu.int/comm/eurostat

[574] Ratifiée par le Brésil en 22/9/1938 et par la France en 25/01/1938.

[575] Ratifiée par le Brésil le 21/8/70 et par la France en 31/5/1973.

salariée, que la femme enceinte peut rompre un engagement issu du contrat de travail lorsqu'il peut être porteur de préjudice à la grossesse, et que le congé-maternité est de 120 jours.[577]

Au niveau européen, dès 1957, l'article 141 (ex-article 119) du traité instituant la Communauté européenne a consacré l'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale entre les hommes et les femmes. Puisque cet article 141 a une portée limitée (qui ne concerne que l'égalité de rémunération), le traité d'Amsterdam s'est efforcé de le compléter, par le biais de l'article 2, en incluant la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes.

Cependant, plusieurs autres dispositions sont à relever[578], notamment la Directive du 9 février 1976[579], qui apporte une importante contribution à la protection

---

[576] P. ex., interdiction de faire publier une petite annonce d'offre d'emploi en se référant au sexe, exiger une attestation de stérilité ou grossesse, refuser un avancement de carrière en raison du sexe, sauf incompatibilité notoire entre le fait d'être travailleur féminin et la nature de la tâche à accomplir.

[577] Bien évidemment, ce délai, réduit par rapport au délai français de suspension du contrat en vertu de l'accouchement, prend en considération le fait que l'embauche d'un(e) salarié(e) domestique ou même d'une infirmière au Brésil est plus fréquent et abordable qu'en France. De plus, rien n'empêche que l'employeur consente au rallongement de la durée de suspension du contrat au-delà des 120 jours.

[578] En sont les exemples la directive du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe et les recommandations du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, et du 24 novembre 1987, concernant la formation professionnelle des femmes. La Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, ordonne aux États membres de supprimer les discriminations entre les hommes et les femmes qui découlent de dispositions législatives, réglementaires ou administratives contraires au principe. Ils sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour que les dispositions contraires au principe qui figurent dans des conventions collectives, des barèmes, des accords de salaires ou des contrats individuels de travail puissent être déclarées nulles. Ils doivent garantir l'application du principe et s'assurer de l'existence de moyens efficaces permettant de veiller à son respect. Les travailleurs sont en outre protégés contre tout licenciement qui constituerait une

du travail des femmes. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes semble valider des mesures favorisant les femmes lors des périodes de grossesse et de maternité. C'est ainsi, par exemple, que dans un arrêt rendu public le 19 mars 2002, la Cour confirme «qu'une protection spécifique soit réservée aux femmes dans deux types de situations : pour des raisons biologiques lors des périodes de grossesse et de maternité, et ce afin de compenser les désavantages professionnels découlant de ces situations ; hors de ces périodes de grossesse et de maternité, dans le cadre d'une politique de discrimination positive sévèrement contrôlée. »[580]

En effet, la jurisprudence communautaire a traditionnellement admis qu' « il s'agit d'assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse et à la suite de celle-ci, jusqu'à un moment où ses fonctions physiologiques et psychiques sont normalisées à la suite de l'accouchement, et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports

---

réaction de l'employeur à une plainte formulée dans l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe.

[579] Relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions du travail.

[580] Affaire 476/99, Lommers c/ Minister van Landbouw, *apud* RJS juillet 2002, décision 913, pp. 686/688, comentée par Jean-Philippe LHERNOULD et Francis KESSLER, pp. 613/615. À ce sujet, v. également LEROY, Yann, « L'égalité professionnelle », RJS 11/02, pp. 887/898.

soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle. »[581]

Il est important de souligner, d'autre part, que la directive européenne « n'a pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple »[582], ce qui exclut, par voie de conséquence, toute protection tenant compte des raisons sociales ou culturelles. C'est ainsi que peut être valablement réservé aux femmes un congé de maternité après l'expiration légale du délai de protection[583] ou une allocation aux femmes enceintes partant en congé de maternité[584].

Cette Directive a été modifiée par la Directive du 23 septembre 2002, intégrant la jurisprudence de la CJCE et interdisant, tant qu'il constitue une discrimination fondée sur le sexe, le harcèlement sexuel. La directive dispose en outre que les sanctions des discriminations doivent être effectives, proportionnées et dissuasives et qu'une action judiciaire est mise à disposition des associations et organisations qui ont un intérêt légitime à veiller à ce que les dispositions de la directive soient respectées, avec l'approbation du plaignant.

---

[581] CJCE 12 juillet 1984 aff. 184/83, Hofmann : Rec. 3047, *apud* Jean-Philippe LHERNOULD et Francis KESSLER, p. 614.
[582] Cf. CJCE 12 juillet 1984 aff. cit., Hofmann.
[583] CJCE 12 juillet 1984, aff. cit., Hofmann.

La jurisprudence française paraît désormais concorder avec les orientations générales de la CJCE. En effet, la Cour de Cassation a rejeté les mesures de protection de la femme, lorsqu'elles n'étaient pas conférées pour des raisons biologiques, mais tenaient compte des facteurs socioculturels. Des exemples ne manquent pas : ne peuvent être attribuées seulement aux femmes une prime de crèche[585] ou une allocation pour frais de garde, car hommes et femmes « sont soumis aux mêmes contraintes en ce qui concerne la nécessité de pourvoir à la garde et à l'éducation des enfants[586] », tout comme une allocation de naissance ou d'adoption, car il ne s'agit que « d'un supplément de rémunération visant à indemniser la salariée des dépenses liées à la présence d'un enfant au foyer auxquelles l'homme doit faire face au même titre que la femme. »[587] En ce sens, l'article L. 213-1 du Code du travail français, qui interdisait fermement le travail de nuit des femmes, a été modifié par la Loi nº 2001-397 du 9 mai 2001, pour s'adapter à la jurisprudence communautaire.[588]

Le rapport *Au-delà de l'emploi,* dirigé par Alain SUPIOT et présenté à la Commission européenne, observe cependant que

---

584 CJCE 16 septembre 1999, aff. 218/98, Abdoulaye.
585 Cass. Soc. 27 février 2001, CPAM Mayenne c/ Ferandin : RJS 4/91 n. 465.
586 Cass. Soc. 8 octobre 1996, Sté Renault c/ Chevalier et al. : RJS 11/96 n. 1178.
587 Cass. Soc. 8 octobre 1996, précitée.
588 La CJCE avait en effet déjà condamné la France en décidant que « L'art. 5 de la directive 76/207/CE du Conseil du 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, est suffisamment précis pour créer à la charge des États membres l'obligation de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes, même si cette obligation comporte des dérogations, alors qu'il n'existe aucune interdiction du travail de nuit pour les hommes. » (CJCE 25 juill. 1991 : D. 1991, 443, note Huglo ; Dr. Soc. 1992, 174, note Moreau).

> « l'extension de l'égalité formelle aux travailleuses a permis de lutter contre certaines discriminations, mais a laissé échapper des facteurs *réels* de discrimination nés de la division sexuelle du travail et de la répartition des responsabilités domestiques. Les disparités salariales et la surcharge de travail (la 'double journée de travail') ont persisté. À cette situation, s'ajoutent désormais deux séries de facteurs qui aggravent les discriminations. Les transformations actuelles du travail (…) ont des effets réels particulièrement lourds pour les femmes : l'accroissement de la subordination, l'insécurité accrue, la perturbation de la vie privée par la flexibilisation des horaires… touchent particulièrement les femmes. À ces facteurs endogènes au champ productif s'ajoutent des facteurs exogènes, nés de la transformation de la vie familiale, qui ont souvent pour résultat d'accroître les contraintes économiques pesant sur les femmes, renforçant ainsi les effets des premiers facteurs. »[589]

Pour assurer une protection adéquate et mondialement équilibrée aux femmes dans les milieux professionnels, il faudrait donc prendre en compte une dimension sexo-spécifique dans les relations de travail.[590] On observe déjà des avancées de la part des organisations syndicales. Ainsi, une augmentation du nombre de clauses concernant la non-discrimination des femmes ou l'égalité de chances dans les

---

[589] SUPIOT, Alain (sous la direction de). *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe.* Rapport pour la Commission européenne. Paris, Flammarion, 1999, pp. 306-307.

[590] À ce sujet, le Code du travail français contient des dispositions sur le harcèlement sexuel dans le milieu du travail (p. ex., art. L. 122-46, modifié par la Loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002. D'autre part, le rapport sus-cité recommande : « 1) de prolonger l'effort d'égalisation formelle hommes/femmes dans tous les domaines où cela s'avère suffisant ; 2) de compléter ces protections par des mesures spécifiques tenant compte de situations particulières aux femmes et des inégalités persistantes dans la répartition des tâches domestiques : congés de maternité, continuité du statut professionnel malgré des interruptions, congés éducatifs, etc. Ces mesures peuvent aller jusqu'à l'action positive ; à cet égard, il invite la Commission et les États membres à utiliser sans timidité excessive l'article 141.4 du traité d'Amsterdam ; 3) de porter une attention particulière à la question de la *représentation des intérêts des femmes* dans les négociations collectives. Compte tenu de la structuration encore masculine du monde syndical et patronal, il faudrait

conventions et accords collectifs espagnols a été constatée depuis la moitié des années 90, même si cette augmentation paraît avoir stagnée en 2001. En 1994, par exemple, ces clauses touchaient 24% des travailleurs, une proportion qui s'est accrue jusqu'à 35% en 2000. En 2001, ces clauses étaient présentes dans 14% des accords collectifs (couvrant 30% des salariés) et dans 20% des accords de branche (couvrant 35% des salariés).[591]

Certes, la plupart de ces clauses étaient de simples déclarations d'intention. Il n'empêche que les organisations syndicales se vantent des avancées notamment dans les domaines du temps de travail, avancements de carrière, emploi et salaire, ce qui contribue fortement à l'établissement de l'égalité de chances. Et, même si ces accords sont peu nombreux, ils reflètent l'intention d'aller de l'avant et de surpasser la rhétorique, pour enfin introduire des mesures capables de gérer concrètement une égalité majeure.[592] En ce qui concerne les initiatives sur l'égalité de rémunération hommes-femmes, EUROCADRES, l'organisation interprofessionnelle européenne d'encadrement, adopte différentes approches pour influencer tant les attitudes que la législation, par exemple, le renforcement de « FEMANET », le réseau de femmes chefs d'entreprise. Un tableau disponible dans l'Annexe XIV révèle en outre les initiatives portant sur l'égalité de rémunération hommes-femmes dans les divers pays européens.

---

s'interroger sur la possibilité d'introduire des obligations particulières de représentation féminine dans les instances de la concertation sociale. »

[591] Source : EIRObserver, 6/02, http :euro.eurofound.eu.int.

[592] *Idem, ibidem*. Dans le domaine de l'emploi, p. ex., une convention avec le secteur de métallurgie de Madrid a créé une commission chargée d'étudier les difficultés spécifiques rencontrées par les femmes pour accéder à un poste de travail, afin d'augmenter leur présence dans ce secteur.

D'autre part, la protection du travail des **enfants** constitue une des préoccupations majeures de l'OIT. C'est pourquoi certaines conventions sont considérées comme fondamentales, telles que les Conventions 138, sur l'âge minimum (1973), et 182, sur les pires formes de travail des enfants (1999)[593]. On sait déjà que la Convention 138 de l'OIT, ratifiée en France depuis 13/7/90 et au Brésil depuis 28/6/2001, prohibe le travail avant l'âge de 15 ans, sauf pour les pays en développement, où le travail, en cas d'apprentissage, est toléré à partir de 12 ans. La Constitution brésilienne, disposant en la matière, interdit le « travail nocturne, périlleux ou insalubre aux mineurs de 18 ans et tout travail aux mineurs de 16 ans, sauf en cas d'apprentissage, à partir de 14 ans » (article 7, alinéa XXXIII) [594].

Pourtant, au Brésil, 53% de la population masculine et 43% de la population féminine entrent dans le monde du travail entre 10 et 15 ans, dont 18% et 13% avant l'âge de 9 ans (le revenu familial est déterminant pour l'entrée sur le marché du travail)[595]. Il est vrai que cette situation commence à s'améliorer, d'après une étude de l'*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* (*IBGE*), publié en septembre

[593] Cette dernière a été ratifiée depuis 2.2.2000 au Brésil et 11.9.2001 en France. Plusieurs autres conventions traitent du travail infantile : p.ex., les conventions 5 et 59, sur l'âge minimum dans l'industrie, 7 et 58 sur l'âge minimum dans le travail maritime, 10 sur l'âge minimum dans l'agriculture, 6 et 90 sur le travail de nuit dans l'industrie, 33 et 60 sur l'âge minimum dans les travaux non industriels, 123 sur l'âge minimum dans les travaux souterrains.

[594] Cette rédaction est relativement récente, car elle date de décembre 1998. Avant, l'interdiction ne concernait que les mineurs de moins de 14 ans, pour quelque travail que ce soit. Aujourd'hui, donc, les mineurs entre 14 et 16 ans ne peuvent travailler qu'à titre d'apprentissage.

[595] Journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002.

2002[596] : l'analphabétisme des jeunes de 10 à 14 ans est passé de 8,3% en 1996 à 4,2% en 2001, tandis que, en même temps, la proportion de ces jeunes a baissé dans le monde du travail, passant de 20,4% à 11,6%. Au total, la réduction du nombre d'enfants entre 5 et 14 ans sur le marché du travail est de 41%, entre 1995 et 2001.[597] Mais le pays comptait en 2001 encore quelque 2 200 enfants jusqu'à 14 ans au travail.[598]

En Argentine, le travail infantile pourrait atteindre les 500 000 mineurs de 14 ans, y compris les travailleurs en zone rurale. Dans l'ensemble des pays en développement, il existe 250 millions d'enfants travailleurs entre 5 et 14 ans, selon l'OIT : 61% en Asie, 32% en Afrique et 7% en Amérique Latine et Caraïbes. Tout cela paraît expliquer pourquoi 22 millions de garçons et jeunes filles, selon l'UNESCO, soient privés de l'accès à l'école dans le monde entier.

Certaines expériences à l'égard du travail des enfants sont toutefois remarquables. Le Ministère du travail brésilien, p. ex., élabore régulièrement une Charte indicative du travail des enfants ayant pour but d'identifier les locaux et les activités employant des enfants, ainsi que leurs conditions de travail. C'est en s'appuyant sur cette Charte que le Ministère de la sécurité sociale fournit des *bourses destinées à envoyer les enfants à l'école*, les écartant du travail. En outre, des *pactes sociaux* sont établis ici et là entre les inspections du travail et les entreprises : elles fiscalisent les

[596] *Apud* Revue *L'Express*, édition du 10 au 16 octobre 2002, p. 75.
[597] *Jornal do Brasil* du 17 novembre 2002, p. 8.

producteurs et n'achètent pas leurs produits si la main-d'œuvre infantile est employée dans la production.[599] Néanmoins, un long chemin reste encore à parcourir pour retirer tous les enfants du monde du travail. L'État doit encore beaucoup faire pour éviter l'exploitation des enfants au travail.

Quant à la protection du travail des **handicapés**, l'Organisation mondiale de la santé a adopté, en 1980, une classification internationale des déficiences, incapacités et handicaps, ayant pour but de définir une approche plus précise et relativiste des mots « incapacité » et « handicap », jusqu'alors souvent employés d'une façon imprécise et confuse. Cette Classification internationale des handicapés – déficiences, incapacités et désavantages – établit donc des distinctions claires entre la déficience, l'incapacité et le handicap.

Ainsi, « par 'handicap´, il faut entendre la perte ou la restriction des possibilités de participer à la vie de la collectivité à égalité avec les autres, le mot lui-même désignant implicitement le rapport entre le handicapé et son milieu. On souligne ainsi les inadéquations du milieu physique et de nombreuses activités organisées – information, communication, éducation, etc. – , qui empêchent les handicapés de

---

[598] *Jornal do Brasil* du 17 avril 2003, p. A5.

[599] En ce sens, un accord a été conclu entre le représentant du Ministère du travail dans l'état de Goiás et une industrie d'aliments ayant 7 500 salariés. Par la suite, la Fédération des entreprises de cet État et le gouvernement local ont adhéré à l'accord.

participer à la vie de la société dans l'égalité. »[600] La Résolution susmentionnée des Nations Unies présente les conditions préalables à la participation à l'égalité : sensibilisation, soins de santé, réadaptation, services d'appui. Elle indique en outre les secteurs cibles pour la participation des handicapés à l'égalité : éducation, emploi, vie familiale, maintien des revenus et sécurité sociale.

D'autre part, la Convention 159 de l'OIT, sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées adoptée en 1983 a été ratifiée au Brésil le 18.05.90. L'article 7, XXXI de la Constitution brésilienne prohibe la discrimination en matière de salaire et d'embauche du handicapé et l'article 36 du décret n. 3298/1999 qui réglemente la loi brésilienne n. 7.853 du 24 octobre 1989, sur le soutien et l'intégration sociale des personnes handicapées, dispose que les entreprises dont le nombre d'effectifs atteint au moins cent sont tenues d'embaucher 2 à 5% de salariés handicapés, selon une proportion croissante de salariés.

En France, la loi de 1987 est encore plus rigoureuse, obligeant les établissements d'au moins 20 salariés à employer 6% de personnes handicapées. Ou, à défaut, à verser une contribution financière à l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (Agefiph), qui utilise le montant pour financer des projets visant à favoriser l'emploi des travailleurs handicapés en

[600] Résolution adoptée par l'Assemblée Générale du 20 décembre 1993, sur les règles pour l'égalisation des chances des handicapés, site http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissrfr0.htm.

milieu ordinaire. Néanmoins, « quinze ans après la promulgation de la loi de 1987, le taux d'emploi des handicapés plafonne toujours à 4%, et près de 40% des établissements assujettis s'exonèrent de leur devoir. » Deux questions majeures sont donc à retenir : « le vieillissement des travailleurs handicapés, dont la moyenne d'âge est plus élevée que le reste des actifs, et la très faible qualification des jeunes ».[601]

À l'échelle européenne, l'effort d'adaptation du principe protecteur à cette catégorie de travailleurs se concentre sur l'intégration des personnes handicapées sur le marché du travail, ce qui implique une participation effective des acteurs sociaux. C'est dans ce contexte que les partenaires sociaux européens ont adopté, en mai 1999, une déclaration commune sur l'emploi des personnes handicapées.[602] Toutefois, « les personnes handicapées constituent le groupe le moins représenté dans la main d'œuvre. De fait, sur les 37 millions de citoyens handicapés que compte l'UE, la plupart sont pratiquement invisibles sur les lieux de travail. Plusieurs estimations officielles laissent à penser que les personnes atteintes d'un handicap ont au moins deux à trois fois plus de risques d'être sans emploi, et ce pour de plus longues périodes, que le reste de la population active. »[603]

---

[601] *Liaisons sociales magazine,* n. 36, novembre 2002, p. 8. À cet égard, il existe en France un projet de loi, qui viendrait en aide aux personnes handicapées et à l'ensemble des personnes dépendantes (Source : « Comment Matignon a recyclé une idée de la secrétaire d'État aux handicapés », *Le Monde* du 6 septembre 2003).

[602] À ce sujet, « Travailleurs handicapés: législation, négociations collectives et partenaires sociaux », étude comparative de l'EIRO, février 2001, disponible sur le site http:/www./eiro.eurofound.eu.int//2001/02/study/TN01022335.html.

[603] Source : http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2000/001207_7_fr.htm

Étant données les difficultés souvent rencontrées pour rendre effectif le niveau de protection accordé aux handicapés dans divers pays, le Conseil de l'Union européenne a proclamé, par sa décision 2001/903/CE du 3 décembre 2001, l'année 2003, « Année européenne des personnes handicapées ».[604] Le lancement de l'AEPH s'est déroulé à Rennes, le 03 février 2003, avec pour objectifs principaux la sensibilisation aux droits des personnes handicapées, la protection contre la discrimination, la réflexion sur les mesures de promotion de l'égalité des chances, l'échange d'expériences et la coopération entre toutes les parties concernées.[605]

La solution à la question de la protection du travail des handicapés passe nécessairement par un renforcement de la solidarité mondiale à leur égard. Une mise en valeur de la créativité des handicapés dans les domaines de l'innovation technologique paraît en outre contribuer à leur insertion professionnelle, ainsi que, bien sûr, à une mise en avant de leurs richesses potentielles. Il s'agit, avant tout, d'une valorisation de l'image citoyenne des individus handicapés. Dans ce cadre, certaines

---

[604] Cette année marque également le 10ème anniversaire de l'adoption par les Nations Unies de la Résolution sur l'égalisation des chances des personnes handicapées. La Déclaration de Madrid, issue du Congrès européen des personnes handicapées en mars 2002, a félicité l'initiative du Conseil. En effet, la Déclaration propose une vision générale au travers de laquelle les personnes handicapées ne sont plus considérées comme objets de charité ou patients, mais comme citoyens à part entière pleinement intégrés dans la société. Le texte alors adopté était le résultat d'un consensus entre le Forum européen des personnes handicapées, la Présidence espagnole de l'Union européenne et la Commission européenne. Il peut être trouvé sur le site http://www.madriddeclaration.org/fr/dec/dec.htm

[605] Source : Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, site http://www.sante.gouv.fr/htm/dossiers/aeph/index.htm

initiatives des acteurs sociaux peuvent ouvrir des perspectives pour les personnes handicapées.[606]

Il va sans dire que la liberté des parties pour fixer les règles applicables à la relation de travail ne saurait écarter l'intervention de l'État dans ce domaine. L'utilisation de la voie législative, comme instrument de protection des travailleurs, constitue une des conditions d'amélioration des niveaux de vie et de travail. Outre les normes concernant le travail, le revenu et la protection spéciale à certains travailleurs, le principe protecteur doit être aménagé pour couvrir mieux et plus largement les risques liés à la santé, à la maladie et à l'inactivité subie. Bien entendu, cela doit s'étendre à tous les travailleurs, y compris les indépendants, peu important leur situation juridique.

§ 2. La protection tenant à la lutte contre certains risques

Le travailleur a besoin de normes pour le protéger dans l'environnement du travail, tant physiquement que mentalement (A). De plus, le

[606] La Commission européenne a rendu hommage le 5 décembre 2000 lors d'une soirée de gala à certaines personnes qui ont démontré cette conscience sociale envers les handicapés. À cet effet, le prix "Brisons les barrières" (*Breaking Barriers Award*) a été décerné à Switch On SA, une entreprise de services numériques basée à Bruxelles, pour son action d'initiation de l'ensemble de ses 20 salariés au langage des signes en vue d'assurer une bonne communication avec ses trois employés sourds. Un prix individuel a été également attribué à la femme d'affaires finlandaise aveugle Eeva-Riitta Fingerroos.

domaine de la sécurité sociale constitue lui aussi une protection minimale pour le travailleur (B).

A) LA SANTÉ PHYSIQUE ET MENTALE

Le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), adopté les 19-22 juin 1946 par la conférence internationale sur la Santé de New York, a présenté la santé comme étant « un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ».[607] D'emblée un lien entre santé et conditions de travail (protection des travailleurs) peut donc être établi.

Cette *conception ample de la santé* a été corroborée et relayée par la Charte d'Ottawa signée le 21 novembre 1986, au sein de l'OMS : « la santé est donc perçue comme une ressource de la vie quotidienne, et non comme le but de la vie. (…) Elle dépasse les modes de vie sains pour viser le bien-être ».[608] D'après la Charte, « La promotion de la santé est un processus qui permet aux populations d'avoir les moyens

---

[607] Tous les actes mentionnés de l'OMS sont disponibles sur le site www.who.int .

[608] « La santé dépend de la vie que l'on a menée », dit un vieux dicton universel, qui exprime bien l'incidence des modes de vie sur la santé des individus. Dans cette perspective, divers éléments contribuent à une santé plus ou moins bonne des individus : les facteurs d'environnement, la pratique de sports, la diététique/la nutrition, l'alcoolisme/le tabagisme, les conditions de logement (ex : insalubres, bruyants), le chômage/l'emploi précaire, l'attention portée au corps, les conditions de travail : les horaires atypiques/l'inhalation de poussières/les vapeurs toxiques. La Charte parle des « facteurs politiques, économiques, sociaux, culturels, environnementaux, comportementaux et biologiques (pouvant) tous intervenir en faveur ou au détriment de la santé ».

d'améliorer leur propre santé et d'accroître leur propre maîtrise sur celle-ci. Cette démarche relève d'un concept définissant la santé comme étant le degré auquel un groupe ou un individu d'une part satisfait ses besoins et réalise ses ambitions, d'autre part s'adapte au milieu ou évolue grâce à celui-ci. La santé est donc à la fois une ressource pour la vie et la manifestation d'un accord avec la vie. Il s'agit d'un concept qui reconnaît la valeur des capacités physiques et des ressources des individus et des sociétés. »

La loi française de modernisation sociale du 19 décembre 2001, par le biais de la modification de certains articles du Code du travail[609], a suivi cette approche élargie de la santé, qui englobe aussi bien les aspects physiques que mentaux du travailleur.[610] La réaffirmation du vieil adage *mens sana in corpore sano* (un esprit sain dans un corps sain) est à l'ordre du jour. Il s'agit désormais de considérer le travailleur « en tant que personne et non plus seulement force de travail »[611]. La CLT brésilienne n'est pas encore à ce stade d'évolution, la loi ne protégeant que la sécurité physique du salarié[612], encore que la jurisprudence ait, depuis quelques années, commencé à rendre des décisions dont le souci est de protéger également la santé mentale ou psychologique

[609] Notamment les articles L. 230-2, L. 236-2 et L. 241-10-1.
[610] En rebaptisant les *services de médecine* du travail en *services de santé* au travail, la loi fait également ressortir du concept de santé au travail une dimension beaucoup plus vaste, englobant notamment les idées de sécurité et d'organisation du travail.
[611] MAGGI-GERMAIN, Nicole. « Travail et santé : le point de vue d'une juriste », *in Droit social,* mai 2002, p. 485. En ce sens, il ne faut jamais oublier que la maladie peut aussi tantôt revêtir une forme individuelle de résistance passive à l'injustice, tantôt être un effet de la désorganisation du travail.

des travailleurs.[613] En ce domaine, la Constitution brésilienne a avancé davantage, dans la mesure où elle énonce, parmi les droits des travailleurs, « la réduction des risques inhérents au travail, au travers des normes de santé, hygiène et sécurité » (art. 7, XXII).

Par ailleurs, Mme Colette JACQUES, médecin inspecteur régional du travail et de la main d'œuvre en Haute-Normandie, souligne que le travailleur peut schématiquement être affecté en *quatre sphères interpénétrées* de sa vie : *la sphère du corps* (p. ex., par une pause trop courte, un nombre incorrect de toilettes ou un déficit chronique de sommeil), *la sphère de l'affect* (un dialogue insuffisant entraînant des ressentiments, des rancœurs, des rumeurs, des conflits ; une organisation trop rigide générant la peur, la perte de confiance, la réduction des capacités créatives), *la sphère du mental* (un accroissement mal maîtrisé du recours à la polyvalence engendrant un sentiment de rétrogradation, d'incompétence, de perte de confiance en soi) et *la sphère de l'esprit* (une restructuration perçue comme incohérente étant à l'origine d'un sentiment de perte du sens du travail).[614]

La protection de la santé au travail a toujours fait l'objet des plus grandes préoccupations partout dans le monde. Les risques physiques, chimiques, biologiques, psychosociaux ou ergonomiques sur leur lieu de travail (et parfois la

---

[612] Le Chapitre V (articles 154 à 201) traite des dispositions sur la sécurité et la médecine du travail, statuant sur la prévention, les activités dangereuses et insalubres, les équipements de protection individuelle, l'inspection du travail, les Commissions internes de prévention d'accidents, etc.

[613] En ce sens, sont devenues courantes les condamnations judiciaires en dommages-intérêts pour les préjudices causés à la morale des salariés, lorsque certaines conditions sont remplies : employeur ou représentant coupable d'une action ou omission, préjudice subi, lien de causalité.

conjugaison de plusieurs d'entre eux) peuvent en effet entraîner des conséquences néfastes pour la santé des travailleurs. Bruit, vibrations, rayonnements ionisants et non ionisants, chaleur, virus, bactéries, parasites, champignons, moisissures constituent des agents dangereux qui peuvent engendrer des maladies professionnelles.[615] D'autre part, l'exposition aux poussières végétales et minérales (ex, silicium, amiante, charbon) peuvent provoquer différents troubles de santé[616], ainsi que le travail supplémentaire, nocturne, dangereux, en conditions insalubres. La santé des travailleurs se trouve en outre affectée par l'évolution rapide que connaît le monde du travail (ex., travail supplémentaire en excès, nocturne, précaire).[617]

---

[614] JACQUES, Colette. « Travail et santé : le point de vue d'un médecin », *in Droit social,* mai 2002, pp. 480-481.

[615] Ex., chez les ouvriers agricoles, forestiers, agents de santé. À cet égard, le Programme focal sur le travail sans risque de l'OIT, « Accroître l'étendue et l'efficacité de la protection sociale pour tous », concentre ses énergies sur les métiers dangereux, visant les travailleurs particulièrement vulnérables en raison de leur sexe ou de leur âge, et les travailleurs du secteur informel qui, en général, ne bénéficient d'aucune protection en matière de santé.

[616] P. ex., l'asthme. La silicose, une maladie progressive et incurable, reste en outre la maladie pulmonaire d'origine professionnelle la plus répandue et peut prédisposer à la tuberculose et au cancer du poumon.

[617] Sur les effets de la précarité de l'emploi sur la santé des travailleurs, une enquête menée par MM. QUINLAN, MAYHEW et BOHLE a permis de recenser un total de 93 études concernant 11 pays (outre l'Union européenne) publiées entre 1986 et 2000 et couvrant plusieurs secteurs d'activité et métiers. Parmi les études retenues, « 76 montrent que la précarité de l'emploi est associée à une détérioration mesurable de la santé et de la sécurité au travail.(…). La sous-traitance et le travail à domicile ont un effet néfaste sur la santé et le bien-être d'après 23 des 29 études réalisées sur la question, les autres donnant des résultats indéterminés. Sur les 24 études concernant les travailleurs temporaires, 14 ont mis en évidence un effet préjudiciable (indéterminé d'après huit études et nul ou positif d'après deux études) et, des 14 études portant sur les petites entreprises, six font apparaître un effet nuisible (huit un effet indéterminé).» (Quinlan M., Mayhew C. and Bohle P. "The Global Expansion of Precarious Employment, Work Disorganisation and Occupational Health: A Review of Recent Research, International Journal of Health Services. 2001. 31(2):335-414, *apud* « Précarité de l'emploi : conséquences sur la santé et la sécurité au travail », QUINLAN, Michael, University of New South Wales, Sydney, Australie).

Une étude de la *World Health Organization*[618] a constaté d'autre part qu'

> « Environ 30% des actifs dans les pays développés et de 50 à 70% dans les pays en développement sont astreints à un travail pénible ou connaissent des conditions de travail médiocres du point de vue ergonomique susceptibles de provoquer des traumatismes et des atteintes ostéo-articulaires ou musculaires. Les plus exposés sont les mineurs, les agriculteurs, les pêcheurs, les ouvriers forestiers, les travailleurs du secteur de la construction, les manutentionnaires et le personnel de santé. (…) Le risque de cancer dû à une exposition sur le lieu de travail suscite des préoccupations particulières. Quelque 350 substances chimiques sont considérées comme des cancérogènes présents en milieu professionnel. Il s'agit notamment du benzène, du chrome hexavalent, des nitrosamines, de l'amiante et des aflatoxines. En outre, le risque de cancer existe aussi en cas d'exposition à des dangers physiques comme les rayons ultraviolets et le rayonnement ionisant. Les cancers professionnels les plus courants sont ceux des poumons, de la vessie, de la peau et des os, ainsi que les sarcomes. Dans les pays de l'Union européenne, quelque 16 millions de personnes peuvent être exposées à des risques au travail, et notamment à des produits cancérogènes. »[619]

Déjà en 1994, la Déclaration sur la santé pour tous au travail, approuvée lors de la Deuxième Réunion des Centres collaborateurs OMS pour la Santé

---

[618] « La santé au travail, une question d'éthique et de rentabilité économique », Aide-mémoire n. 84, révision juin 1999, site http://www.who.int/inf-fs/fr/am84.html

[619] De cette même étude il est relevé que : « Dans les pays les moins avancés, les problèmes de médecine du travail se posent essentiellement dans l'agriculture et dans d'autres secteurs de production primaire. Le travail pénible souvent associé à une chaleur accablante, l'intoxication par les pesticides et les poussières organiques sont aggravés dans de nombreux cas par des facteurs extra-professionnels, comme des maladies parasitaires et infectieuses chroniques. Une hygiène et des conditions d'assainissement médiocres, des problèmes de nutrition, la pauvreté et l'analphabétisme accroissent le risque de maladies et/ou de traumatismes professionnels. »

des Travailleurs, Beijing (République Populaire de Chine), 11-14 Octobre 1994, affirmait que :

> « Selon les meilleures estimations disponibles, les accidents du travail feraient chaque année 200 000 morts et 100 millions de blessés, et il y aurait entre 68 et 157 millions de cas nouveaux de maladies professionnelles consécutifs à des charges de travail ou à des expositions nocives. L'ampleur de ces chiffres montre bien l'impact de ces problèmes sur la santé de la population au niveau mondial. Il est plus important encore dans les pays en développement, où vivent 70% de tous les travailleurs. En affectant la santé de la population active, les accidents du travail et les maladies professionnelles influencent profondément la productivité ainsi que le bien-être économique et social des travailleurs. D'après les estimations récentes, le coût des problèmes sanitaires liés au travail, et de la perte de productivité qui y est associée, pourrait s'élever à plusieurs points de pourcentage du produit national brut du monde entier. »[620]

Le BIT a également mené des recherches visant à estimer la mortalité mondiale liée au travail.[621] En 2002, le chiffre de la mortalité mondiale a dépassé la barrière des 2 millions, ainsi divisés par région de la planète : 297 535 dans les économies de marché développées, 166 265 dans les économies socialistes de l'Europe, 310 067 en Inde, 460 260 en Chine, 246 720 dans les autres économies de l'Asie, 257 738 dans les pays de l'Afrique du Sud, 137 789 en Amérique Latine et Caraïbes, et 125 641 dans le Moyen-Orient.[622]

---

[620] Source :http://www.who.int/environmental_information/Occuphealth/Strategie.htm
[621] D'après ses études, on a pu dessiner le graphique se trouvant dans l'Annexe XV de la présente thèse.
[622] V., dans l'Annexe XV, un graphique sur la représentation de ces chiffres (Estimation de la mortalité mondiale liée au travail, 2002).

L'importance de ces chiffres peut expliquer le fait que le domaine de la santé soit doté de plusieurs normes protectrices du travail, internationales[623] aussi bien que communautaires.[624] En matière de droit communautaire, relevons la directive 89/391, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et la santé des travailleurs au travail, parce qu'elle porte sur les obligations réciproques des parties dans les rapports du travail. Pourtant, les objectifs de la directive ne sont pas tous concrétisés. La preuve en est la prolifération de textes réglementaires en la matière. Le 3 juin 2002, le Conseil européen a édité une Résolution concernant une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité au travail pour la période 2002-2006.[625]

Il faut donc encourager les programmes de santé au travail, pour rendre les conditions de travail plus sûres et propices à la santé. Passer d'une démarche

---

[623] P. ex., les conventions 148, sur le milieu de travail (pollution de l'air, bruit et vibrations), 152, sur la sécurité et l'hygiène dans les manutentions portuaires, 161, sur les services de santé au travail, 162, sur l'amiante, 119, sur la protection des machines, 155, sur la sécurité et la santé des travailleurs, 136, sur le benzène, 170, sur les produits chimiques et 174, sur la prévention des accidents industriels majeurs.

[624] P. ex., Directive 2000/54/CE du 18 septembre 2000 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail, Directive 2000/39/CE du 8 juin 2000 relative à l'établissement d'une première liste de valeurs limites d'exposition professionnelle de caractère indicatif en application de la directive 98/24/CE du Conseil concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail, Directive 1999/92/CE, du 16 décembre 1999, concernant les prescriptions minimales visant à améliorer la protection en matière de sécurité et de santé des travailleurs susceptibles d'être exposés au risque d'atmosphères explosives, Directive 1999/38/CE du 29 avril 1999 modifiant pour la deuxième fois la directive 90/394/CEE concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail, et l'étendant aux agents mutagènes.

[625] « la santé et la sécurité sont à l'évidence des éléments essentiels de la qualité du travail, constituent un des domaines les plus importants de la politique sociale de l'Union et ont une dimension économique importante » (considérant à la Résolution du Conseil)

de lutte *contre* le risque à l'intégrité vers une démarche *en faveur* de la santé au travail consiste à promouvoir le rôle de la prévention. Puissent les gouvernements comme le grand public, les travailleurs comme les employeurs dresser un projet qui prenne en compte toutes les sphères citées ci-dessus, de manière à moderniser avec cohérence et efficacité le milieu du travail, en créant des conditions favorables à la santé de chaque travailleur. Une analyse globale serait ainsi assurée, qui contemplerait les demandes individuelles comme les attentes collectives.[626] De meilleures conditions de travail, ainsi qu'un équilibre entre les travailleurs et l'environnement du travail seront plus facilement atteints, favorisant l'homéostasie (équilibre global) des travailleurs.[627]

La directive européenne du 12 juin 1989, adoptée sur la base de l'article 118A, devenu 137, du traité CE, dispose que « L'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail » (art. 5, § 1er). Si les responsabilités de l'employeur sont larges[628], le travailleur n'en est pas

---

[626] Dans ce cadre, l'approche de l'être humain dans sa globalité est préférable à l'approche par la victimologie, laquelle « enferme parfois la personne dans un repli défensif sur ses souffrances ou dans une attitude offensive la conduisant à engager des actions en justice, parfois hasardeuses. » Les troubles de santé et les maladies constituent ainsi « un signal à prendre en compte pour agir globalement » (JACQUES, Colette, article cité, p. 484).

[627] Certaines dispositions législatives, même si elles ont pour but de « protéger » le salarié, semblent toutefois décourager cette approche. La loi brésilienne, p. ex., augmente la rémunération lorsque le salarié travaille dans un milieu insalubre ou dans un métier dangereux, au lieu de réduire son temps de travail, ou encore de déterminer l'élimination, tant que possible, des agents dangereux ou nuisibles à la santé dans le milieu du travail. C'est comme si la santé avait un prix… L'article 193, paragraphe 1er de la CLT énonce en effet que le travail dangereux (exécuté en contact avec électricité, explosifs ou inflammables) accorde au salarié une augmentation de 30% sur le salaire et l'article 192 dispose que le salarié travaillant en conditions insalubres (définies en règlements) a droit à des augmentations de 40%, 20% et 10% sur le salaire minimum, selon le degré de nuisance à la santé.

[628] En droit français, outre les obligations résultant de l'article L. 230-2 du Code du travail, l'employeur est aussi bien tenu de former les salariés (améliorer la connaissance des risques grâce à l'éducation, à la sensibilisation et à l'anticipation de risques nouveaux), que d'informer les institutions représentatives du

pour autant exonéré.[629] Son droit de retrait, lorsqu'une situation de travail présente un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé (art. L. 231-8 du Code du travail français) peut en outre être considéré comme étant un renforcement du rôle défensif des travailleurs, consistant à accroître leur responsabilité en ce qui concerne leur sécurité et leur santé. Cependant, il existe des limites à cette *obligation de discernement* du salarié de veiller à sa sécurité et à sa santé au travail (p. ex., le niveau de formation du salarié, ses possibilités physiques, matérielles, intellectuelles ou alors les instructions délivrées par l'employeur).

D'autre part, la Cour de Cassation renforce, au moyen de divers arrêts, l'obligation de l'employeur, « une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des

---

personnel et/ou des salariés, y compris des travailleurs temporaires appelés à intervenir dans l'urgence. Le texte de l'article L. 230-2 du Code du travail français est disponible dans l'Annexe XVI de la thèse. Les obligations de l'employeur, en droit brésilien, sont déterminées par l'article 157 de la CLT : veiller à ce que les normes de sécurité et médecine soient respectées, informer les salariés quant aux précautions à prendre pour éviter les risques d'accidents et de maladies, adopter les mesures indiquées par l'inspection du travail et faciliter l'exercice des fonctions d'inspection.

[629] Article L. 230-3 du CT français : « Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur ou le chef d'établissement, dans les conditions prévues, pour les entreprises assujetties à l'article L. 122-33 du présent code, au règlement intérieur, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail. ». Cela ne veut pourtant pas dire que le principe de la responsabilité des employeurs ou chefs d'établissement soit affecté (article L. 230-4), mais cette responsabilité « peut être atténuée, notamment en cas de faute grave du salarié » (MAGGI-GERMAIN, Nicole, article cité, p. 492). L'article 13 de la directive européenne du 12 juin 1989 décrit de manière plus détaillée les obligations *des travailleurs.* Il est disponible dans l'Annexe XVII de la thèse. La CLT brésilienne énonce qu'il incombe aux salariés d'observer les normes de sécurité et médecine du travail et de collaborer avec l'entreprise dans l'application de ces normes (art. 158). Le même article dispose que sera considérée faute grave du salarié le refus d'observer les instructions de l'employeur concernant les précautions à adopter, et le refus d'utiliser les équipements de protection individuelle.

produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise. »[630] L'employeur commet ainsi, selon la Cour, une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code français de la Sécurité sociale, lorsqu'il « (…) avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. »[631] L'interprétation de l'obligation de prévention faite par la Cour est large, dans la mesure où elle comprend « l'ensemble de dispositions ou des mesures prises ou prévues à tous les stades de l'activité dans l'entreprise en vue d'éviter ou de diminuer les risques professionnels. »[632] Cette obligation élargie semble d'ailleurs aller de pair avec le texte cité de la directive européenne du 12 juin 1989.

L'amélioration des conditions de travail met, par ailleurs, en relief le rôle de conseiller du médecin du travail, dont les larges attributions doivent être vraiment effectives et renforcées[633], en dépit d'un rapport assez ténu avec le personnel.[634] Ce défi pourra néanmoins être moindre si d'autres personnes ayant

---

[630] P. ex., Cass. soc., 28 février 2002, n. 835, CPAM de Grenoble c./ Société Ascométal et autres, *apud* MAGGI-GERMAN, Nicole, article cité, p. 490.
[631] *Idem, ibidem,* p. 490.
[632] *Idem, ibidem,* p. 490.
[633] Art. R. 241-41 du Code du travail français : « Le médecin du travail est le conseiller du chef d'entreprise ou de son représentant, des salariés, des représentants du personnel, des services sociaux, en ce qui concerne notamment: 1º L'amélioration des conditions de vie et de travail dans l'entreprise ; 2º L'adaptation des postes, des techniques et des rythmes de travail à la physiologie humaine ; 3º La protection des salariés contre l'ensemble des nuisances, et notamment contre les risques d'accidents du travail ou d'utilisation des produits dangereux ; 4º L'hygiène générale de l'établissement ; 5º L'hygiène dans les services de restauration ; 6º La prévention et l'éducation sanitaires dans le cadre de l'établissement en rapport avec l'activité professionnelle. Afin d'exercer ces missions, le médecin du travail conduit des actions sur le milieu de travail et procède à des examens médicaux. »
[634] Chaque médecin a, en moyenne, en charge 260 entreprises et 2864 salariés… (JACQUES, Colette, article cité, p. 483). En effet, la médecine d'aujourd'hui, même celle qui n'est pas du travail, est une médecine « de masse ». On est loin de l'ancienne relation malade-médecin. On a pu même dire que

différentes compétences sont également appelées à intervenir pour assurer un meilleur compromis entre la santé et le travail : assistantes sociales, spécialistes en sécurité, en psycho-dynamique du travail, psychosociologues, épidémiologistes, ergonomes, toxicologues, etc.[635] La loi de modernisation sociale a, en ce sens, renforcé également les pouvoirs de l'inspecteur du travail (p. ex., article L. 231-12 du Code du travail français). Un autre domaine important est le renforcement des partenariats internationaux dans le domaine de la médecine du travail.[636]

En matière de santé, il convient également de souligner l'importance d'avoir une bonne ambiance au travail. Sur ce point, les études sur l'intimidation ou le harcèlement moral, p. ex., démontrent que les risques pour les victimes sont nombreux et parfois graves. Un communiqué de l'OIT de juillet 1998 a conclu que 12 millions de travailleurs avaient été victimes de harcèlement moral en 1995.[637] Plus récemment, un rapport de l'OIT de novembre 2000 a observé que 53% des travailleurs britanniques avaient déjà été victimes d'un tel comportement dans le lieu de travail, tandis que 78%

---

l'auscultation a remplacé l'écoute du malade et que la santé est conçue comme l'optimisation d'un risque. On pense que le corps humain est une machine qui se soigne à travers des antibiotiques de la dernière génération. On a assisté à une transformation de la médecine-art vers une médecine-technique. Les batteries d'examens, le peu d'attention porté aux plaintes, la déconsidération de l'individu en tant qu'être doté de parole et de sentiments, tout cela est devenu courant. Mais il est grand temps d'arrêter. Il faut investir dans l'homme, plus spécialement dans le travailleur. Les bénéfices seront évidents du point de vue de la qualité des rapports professionnels.

[635] La liste est empruntée à Mme JACQUES, Colette, article cité, p. 483.

[636] À cet égard, le Comité mixte OIT/OMS de la médecine du travail, p. ex., se réunit périodiquement pour faire le point des priorités et formuler des recommandations appropriées en vue d'une action internationale.

[637] « La violence sur le lieu de travail – un problème mondial ». Un tableau comparatif entre les harcèlements moral et sexuel peut être trouvé en Annexe XVIII de la thèse.

ont déclaré en avoir été témoin.[638] Les conséquences pour la santé du harcèlement moral au travail peuvent être de divers ordres.[639] À cet égard, la prévention se montre le meilleur des remèdes disponibles. Les autres envisageables sont la mutation, la rupture du contrat et les sanctions administratives et pénales. La loi de modernisation sociale française du 17 janvier 2002 a introduit, dans le Code du travail, certains articles qui traitent du sujet.[640]

Par ailleurs, « il n'est pas utopique de prendre pour objectif à long terme l'organisation de services de santé au travail efficaces et compétents ouverts à toute la population laborieuse, pour assurer l'hygiène et la sécurité des lieux de travail en même temps que les soins nécessaires à chaque travailleur ».[641] Cette tendance d'élargissement du champ d'application des normes protectrices de la santé au travail aux personnes autres que les salariés est corroborée par certaines dispositions législatives. Le droit communautaire consacre, p. ex., le droit de *tout travailleur* à bénéficier, dans son milieu du travail, de conditions satisfaisantes de protection de sa santé et de sa sécurité[642], corroborant l'adoption d'une notion étendue de la santé en ce

---

[638] DI MARTINO, Vittorio. *Violence at the Workplace: The Global Challenge.* OIT, novembre 2000.
[639] P. ex., difficulté pour faire face aux agressions, dépression, isolement, sentiment d'échec, manque d'enthousiasme, diminution de la productivité, démission, suicide.
[640] P. ex., L. 122-49 et suivants, qui définissent le harcèlement moral comme une « dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits (du salarié) et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. »
[641] Déclaration de l'OMS citée.
[642] En ce sens, l'article 31, §1 de la Charte de droits sociaux fondamentaux des travailleurs, signée à Nice le 8 décembre 2000 : « tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité ».

qui concerne le domaine (santé physique et mentale) comme les personnes (salariés ainsi que travailleurs en général).

Le Code du travail français apporte également des exemples. En matière d'hygiène, sécurité et conditions de travail, il prévoit, d'une part, quelques obligations du maître d'ouvrage à l'égard des travailleurs, y compris les indépendants, en ses articles L. 231-7[643], L. 235-3[644] et L. 235-11, alinéa 1[er].[645] Le Code fixe, d'autre part, des obligations aux travailleurs indépendants (article L. 235-18 sur la prévention dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité), sous peine d'amende (article L. 263-11) !

Des investissements, intellectuels et économiques, ayant pour but l'amélioration de la santé au travail ont un effet positif sur l'économie, car le niveau de santé, de sécurité et de bien-être des travailleurs est intimement lié à la productivité des entreprises et au développement socio-économique des pays. Mme JACQUES professe, avec toute son autorité de médecin inspecteur régional du travail, que, « face à plusieurs

[643] « Dans l'intérêt de l'hygiène et de la sécurité du travail, peuvent être limitées, réglementées ou interdites la fabrication, la mise en vente, la vente, l'importation, la cession à quelque titre que ce soit ainsi que l'emploi des substances et préparations dangereuses pour les travailleurs. Ces limitations, réglementations ou interdictions peuvent être établies même dans le cas où l'emploi desdites substances ou préparations est le fait du chef d'établissement ou des travailleurs indépendants. »

[644] « Une coordination en matière de sécurité et de santé des travailleurs doit être organisée pour tout chantier de bâtiment ou de génie civil où sont appelés à intervenir plusieurs travailleurs indépendants ou entreprises, entreprises sous-traitantes incluses, aux fins de prévenir les risques résultant de leurs interventions simultanées ou successives et de prévoir, lorsqu'elle s'impose, l'utilisation des moyens communs tels que les infrastructures, les moyens logistiques et les protections collectives. »

projets d'entreprise, celui en faveur de la santé peut aussi être le plus bénéfique pour les deux parties. »[646] Vers une vie professionnelle saine !

La santé, tout importante soit-elle, n'est pas suffisante à assurer seule un minimum de protection aux travailleurs dans le monde. Il leur faut, parmi différents éléments, un niveau convenable de sécurité sociale.

B) LA SÉCURITÉ SOCIALE

La sécurité sociale peut être globalement définie comme une assurance contre la perte de la capacité de percevoir un revenu. Au sens le plus large, elle se traduit par « la sécurité de l'emploi, avec l'élimination du chômage ; la sécurité du gain pour le travailleur et la compensation de ses charges familiales ; la sécurité de la capacité de travail par l'accès aux soins et une prévention de la maladie et des accidents du travail ; l'attribution d'un revenu de remplacement en cas de maladie, de maternité, d'invalidité, d'accident du travail et lorsque le travailleur atteint un certain âge. »[647]

---

[645] « Lorsque le nombre des entreprises, travailleurs indépendants et entreprises sous-traitantes inclus, et l'effectif des travailleurs dépassent des seuils fixés par décret en Conseil d'État, le maître d'ouvrage est tenu de constituer un collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail. »
[646] JACQUES, Colette, article cité, p. 481.
[647] DORION, Georges et GUIONNET, André. *La sécurité sociale.* Collection « Que sais-je ? », PUF, 1983, p. 11.

Les systèmes de sécurité sociale actuellement existants se proposent par conséquent de protéger les travailleurs, en garantissant leur sécurité économique, par l'aménagement de techniques originales de réparation ou de prévention d'événements qui les menacent. Ces événements peuvent être de divers ordres : la réduction du revenu professionnel, p. ex., à cause du chômage (risque économique), d'une maladie professionnelle (risque physique)[648], ou même la réduction du niveau de vie en vertu de dépenses exceptionnelles dues à la maladie ou à des charges familiales.

L'extension de la sécurité sociale à tous les membres de la population a depuis longtemps été un des soucis des gouvernements. Puisque les techniques primitives de charité et de prévoyance du XIX^{ème} siècle[649] et les techniques dérivées apparues à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle (1850)[650] se révélèrent incapables de subvenir aux besoins de l'ensemble de la population, une protection plus

[648] Les risques physiques peuvent être d'origine professionnelle (accident du travail ou maladie professionnelle) ou d'origine non professionnelle (maladie, invalidité, vieillesse, décès, ce dernier considérant les survivants).

[649] La charité, privée ou publique (devoir d'assistance), n'est évidemment pas une solution générale au problème de la sécurité économique des individus ; de plus, *objectivement*, on peut douter de la suffisance de la générosité globale des membres d'une société, et *subjectivement*, la démonstration de l'infortune de quelqu'un paraîtra humiliante et peut affecter sa dignité de personne humaine. En revanche, la prévoyance, *individuelle* (épargne) ou *collective* (mutualité ou assurance) représente un grand pas, car le mécanisme de couverture est automatique et uniquement subordonné à la réalisation de l'événement, dont la charge est ainsi étalée par le simple jeu de contrats synallagmatiques.

[650] Les techniques dérivées apparaissent jusqu'à la Seconde Guerre mondiale (1939-45), dans la période appelée classique. C'est l'époque de la naissance d'une nouvelle classe sociale, comme résultat de la révolution industrielle : la classe ouvrière, qui louait la force de travail. La philosophie libérale, qui considérait le travail humain comme une simple marchandise (misère de la classe ouvrière) était triomphante. Ces techniques dérivées se bornaient cependant à la protection des seuls salariés, ne profitant pas à la totalité des travailleurs. En sont des exemples : a) le développement de la *responsabilité* de l'employeur en cas d'accident ; b) l'introduction des assurances sociales (adaptation de la *mutualité*). L'idée est attribuée à Bismarck : « Messieurs les démocrates : ... Il faut faire un peu de socialisme pour éviter d'avoir des socialistes. » c) le *sursalaire* au salarié chargé de famille (allocations familiales).

étendue en matière de personnes et de risques se faisait nécessaire et survint dans la période moderne (après la Deuxième Guerre mondiale).[651]

C'est ainsi qu'en Grande Bretagne surgit, en 1942, le célèbre rapport organisé par lord Beveridge, un haut fonctionnaire du gouvernement britannique. Grâce à son influence sur les législations ultérieures dans de nombreux pays, ce rapport peut être considéré comme le père de la sécurité sociale moderne. Influencée par les idées du rapport Beveridge, la France a adopté en 1945 un nouveau plan pour la sécurité sociale.[652] Introduit par l'ordonnance du 4 octobre 1945, suivie de quatre autres ordonnances en 1946, le nouveau plan ouvrait le système à des conceptions plus élargies et donc plus sociales, selon les nouveaux principes de généralité[653] et d'unité[654].

---

[651] C'est le Vénézuélien Simon Bolivar (1783-1830) qui aurait employé pour la première fois l'expression *sécurité sociale* : « Le système de gouvernement le plus parfait est celui qui engendre la plus grande somme de bien-être, la plus grande somme de sécurité sociale et la plus grande somme de sécurité politique ». Dans un texte juridique, l'expression a été utilisée pour la première fois le 14 août 1935 (*Social Security Act,* Etats-Unis).

[652] Les causes de renouvellement du système français sont diversifiées. D'abord, la pleine période libérale a collaboré à la naissance d'une théorie plus démocratique à travers laquelle on pourrait obtenir une redistribution plus équitable du revenu national. Ensuite, les effets du récent conflit mondial et de la révolution industrielle sur l'état de vie de la population ont été catastrophiques, sans parler des nombreux meurtres des hommes en âge productif. Enfin, l'objectif de stabilisation économique avait comme base l'assurance des ressources minimales à toute la population.

[653] Le principe de généralité vise à garantir la subsistance familiale de tous les individus, quelle que soit la circonstance. C'est un objectif de protection ample à l'ensemble de la population contre tous les risques. En général, la nouvelle notion de sécurité sociale comprenait alors : 1) la protection pas seulement des salariés, mais aussi de l'ensemble de la population, y inclus les travailleurs indépendants ; 2) l'élimination de l'indigence ; 3) la compensation des inégalités économiques et sociales entre les citoyens, ce qui avait pour but une meilleure redistribution des revenus.

[654] Le principe d'unité proposait la création d'un régime unique, général, pour toute la population, qui recevrait, dorénavant, les bénéfices à travers les caisses chargées de la gestion de tous les risques. Les régimes spéciaux seraient donc absorbés par le régime général, à travers une unification structurelle qui avait pour objectif d'éviter des inégalités. Utopie sociale pour certains, ce principe va être condamné à l'échec en raison notamment des intérêts corporatifs. À cet égard, le texte même de l'ordonnance du 4 octobre 1945 admettait, à côté du régime général, l'existence a) provisoire de certains régimes spéciaux ;

D'autre part, la solidarité professionnelle, appliquée aux branches maladie et vieillesse, se montrant insuffisante – elle a besoin d'argent pour financer les prestations – , est apparue la *solidarité nationale*, appliquée pour les branches famille, maladie, vieillesse et, dans le programme d'aide sociale, pour la protection du chômage. Pour être la forme de solidarité la plus élaborée, la *solidarité nationale* cohabite aujourd'hui dans le système français avec la solidarité professionnelle[655]. Financée par les impôts, cette solidarité nationale est fondée sur une *logique d'assistance* (distinguée de la *logique d'assurance*) et fait partie du bloc de constitutionnalité française, c'est dire qu'elle est incluse dans les principes et règles de valeur constitutionnelle. [656]

---

b) définitive d'un régime agricole. Puis, un décret de 1946 maintenait ces régimes comme autonomes et une loi de 1948 a créé des régimes autonomes propres aux catégories des commerçants, artisans, employeurs et membres des professions libérales pour l'assurance vieillesse. *Cela veut dire que les principes de l'unification et de la généralisation ont souffert une modification dès le début du plan, à cause de l'hostilité des catégories professionnelles déjà organisées.* Toutefois, le régime général a été étendu, peu à peu, aux différentes catégories : étudiants (loi de 23 septembre 1948), militaires de carrière (loi du 17 avril 1949), écrivains non salariés (loi du 21 juillet 1949), invalides, veuves et orphelins de guerre (loi du 29 avril 1954), etc. Il paraît utile d'ajouter que le plan de 1945 a ouvert les portes pour une harmonisation des régimes, plutôt que pour unification, ayant pour objectif non plus l'égalité absolue de traitement, mais la diminution de grandes inégalités. La réglementation de la couverture maladie universelle renforce cette argumentation.

[655] La solidarité s'exprime en raison de la communauté d'intérêts. D'autres formes de solidarité ont cependant précédé l'adoption de la solidarité nationale. À travers l'Histoire, on peut en effet constater, que la solidarité la plus ancienne est la *solidarité familiale*. C'est dans la famille qu'on peut trouver, en général, l'aide la plus proche et la plus facile. Ensuite, est apparue la *solidarité professionnelle ou ouvrière*, c'est-à-dire, celle qui lie les individus exerçant la même profession ou aux groupes similaires de profession. Ici, ce n'est plus la charité, mais les intérêts communs des individus qui fondent cette union. En général, ils se réunissent et créent une association financée par eux et qui a pour but le versement d'une prestation à ceux qui ont subi les « risques » couverts. Ayant pour base le revenu professionnel, elle est même aujourd'hui financée par des cotisations du salarié et de l'employeur. Puisqu'elle est fondée sur une *logique d'assurance*, il y a un versement de prestation lorsqu'un risque est réalisé.

[656] À ce sujet, l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale est ainsi rédigé: « *L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. Elle garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité et les charges de famille. Elle assure pour toute autre personne et pour les membres de sa famille résidant sur le territoire français la couverture des charges*

À travers la solidarité nationale-fiscale – reposant sur un financement – un revenu minimum est garanti aux bénéficiaires de la protection sociale.[657] Ce principe intervient non seulement au sein de chaque régime distinct[658], mais également entre les différents régimes, au moyen de mécanismes de compensations financières tenant compte des disparités démographiques.[659] De plus, au niveau national, la solidarité intervient pour apporter un soutien à certains régimes déficitaires, notamment ceux touchés par la diminution des cotisants. La naissance de la sécurité sociale a ainsi signifié l'adoption d'une « solidarité située à l'échelle de la collectivité tout entière ».[660] Elle invoque la contribution de l'ensemble de la population pour que la protection soit étendue au maximum d'individus et au maximum de risques.[661]

---

de maladie et de maternité ainsi que des charges de famille Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et de leurs ayants droit à un régime obligatoire ou, à défaut, par leur rattachement au régime de l'assurance personnelle Elle assure le service des prestations d'assurances sociales, d'accidents du travail et maladies professionnelles ainsi que le service des prestations familiales dans le cadre des dispositions fixées par le présent code. »

[657] Il est vrai qu'en France le montant de pension de vieillesse est, dans la grande généralité des cas, voisin du SMIC.

[658] Par exemple, pour valider des périodes non travaillées (maladie, maternité, chômage...).

[659] Ainsi, des régimes tels que celui des mineurs, tenus de payer les pensions des retraités alors qu'ils n'ont plus que très peu de cotisants en raison de la fermeture des mines, reçoivent une contribution financière des régimes dont l'équilibre démographique est positif.

[660] DUPEYROUX, Jean-Jacques et PRÉTOT, Xavier. *Sécurité sociale.* 9e édition, 1996, Sirey, p. 19. Par ailleurs, on peut oser dire que l'origine de la sécurité sociale se trouve dans le Code civil, dans la partie où il dispose sur le réseau d'obligations alimentaires.

[661] Toutefois, à cause de l'insuffisance des mécanismes légaux, l'ancienne *solidarité familiale* a été très restaurée à l'époque actuelle, par rapport au temps du plan de 1945. Cela est arrivé pour faire face aux conséquences de la crise et du chômage, certes, mais aussi pour faire face aux risques de dépendance causée par le vieillissement, car de nombreux besoins ne sont pas tout à fait satisfaits, sans parler des besoins affectifs. En revanche, une fois encore dans le domaine de la solidarité familiale, on peut s'attendre à l'existence d'inégalités, selon l'appartenance sociale.

Les nations civilisées ont, par conséquent, été sérieusement préoccupées par l'amélioration de la condition de vie et de la protection sociale dans le monde. Des services publics sont ainsi nés, dotés d'objectifs altruistes, tels que l'assurance de la sécurité économique à une fraction plus large des collectivités nationales et la redistribution plus équitable et plus cohérente des revenus nationaux. La protection sociale est ainsi née de l'idéal d'améliorer les conditions de vie de chaque individu en le protégeant des risques auxquels il doit faire face. Elle est aujourd'hui pour beaucoup une réalité et devient un phénomène universel.

En matière de systèmes de protection sociale, chaque pays possède le sien. Certains régimes peuvent en effet être financés par les cotisations, par l'impôt, voire par les deux.[662] Mais les différences ne s'arrêtent pas là, car les remboursements de la Sécurité sociale varient d'un pays à l'autre[663], ainsi que les aides sociales ou les allocations complémentaires, le système de santé[664], l'âge de départ à la retraite[665] et le

---

662 En 1995, le financement au sein de l'Union était assuré à raison d'environ 65 % par les cotisations sociales et de 30 % par la fiscalité. D'autres sources de financement sont constamment recherchées (Source : Rapport de la Commission, du 23 avril 1998, sur la protection sociale en Europe, 1997).

663 Tandis qu'en France ils sont en moyenne limités à 70% des frais engagés, en Allemagne et aux Pays-Bas ils atteignent les 100%, avec l'accès gratuit aux soins de base. Au Brésil, l'employeur est tenu au payement des 15 premiers jours du congé de maladie, après quoi la charge incombe au *Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)*. De même, au Brésil, les assurances santé privées cohabitent avec l'assurance obligatoire pour les salariés et les indépendants (art. 11 de la Loi n. 8 213 du 24 juillet 1991). Cependant, d'après une enquête publiée dans le journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002, moins d'un quart des brésiliens ont une assurance santé supplémentaire facultative. Elle est présente chez 11% des personnes des classes « D » et « E », alors qu'elle e'étend à … 34% des classes « A » et « B » !

664 Le français est classé numéro un par l'OMS. Aux Pays-Bas et en Irlande, p. ex., les listes d'attente ne sont pas difficiles à trouver.

665 La France faisait exception à la règle européenne des 65 ans. Avant la réforme des retraites – qui allonge progressivement la durée de cotisations pour bénéficier d'une retraite à taux plein de 37,5 à 40 ans en 2008 et à 41 ans en 2012 – l'âge légal y était de 60 ans. En Allemagne, on étudie le repoussement

système de départs anticipés à la retraite. Le système français de sécurité sociale, p. ex., présente de nombreuses caractéristiques originales tant au niveau des prestations légales qu'au niveau de l'action sanitaire et sociale.[666] Cette diversité des systèmes correspond à une histoire, à des traditions et à des acquis sociaux et culturels propres à chaque État qu'il n'est pas possible de remettre en cause. Il ne saurait donc être question de procéder à l'harmonisation des systèmes existants, même à l'échelle européenne. Au maximum, une convergence des objectifs serait possible.[667]

---

de l'âge légal de départ à la retraite de 65 à 67 ans. En effet, « Les solutions préconisées par Bernd Rürup prévoient de rallonger le départ à la retraite à 67 ans, après quarante-cinq années de travail, la baisse du montant de la retraite légale et l'augmentation de la part laissée à l'investissement individuel. » (« Ursula Engelen-Kefer, la "Mme Niet" des dérégulations sociales », *Le Monde* du 18 octobre 2003 et « La commission 'Rürup' propose attendre plus longtemps une retraite amputée », *Le Monde* du 29 août 2003). Au Brésil, la règle générale, depuis l'amendement de 1998 à la Constitution, est que l'âge légal de partir à la retraite est de 65 ans pour les hommes et 60 ans pour les femmes (art. 201, § 7 de la Constitution).

[666] À la différence des efforts des autres pays, qui reposaient plutôt sur une politique d'assurance contre le chômage, les mesures en France avaient pour objectif primordial les prestations familiales et les assurances vieillesse. La protection contre le chômage, ici, a été considérée non en soi même, mais comme forme subsidiaire de protection à la famille. Le plan de 1945 songeait à une protection plus élargie de la famille soit d'un point de vie de la subsistance, soit d'un point de vue de la compensation des charges familiales, car les pertes de vies humaines, les blessures, les accidents du travail et les maladies professionnelles, apparus comme conséquences physiques des événements mondiaux, ont nui profondément à la base familiale : on n'avait plus autant des personnes au travail ; en revanche, on avait à subvenir à plus de personnes dépendantes. Par conséquent, la France a toujours été à l'avant-garde du mouvement familial, ce qui a d'ailleurs permis un redressement démographique spectaculaire à partir de 1945. Aujourd'hui, grâce à cette politique familiale, le pays bénéficie en effet d'une situation démographique plus favorable que celle de ses voisins : la natalité s'est redressée en 1996 pour la deuxième année consécutive ; le taux de fécondité s'établit à 1,72 en 1996, soit un chiffre nettement supérieur à ceux de l'Union européenne - 1,44 - de l'Allemagne - 1,30 - ou de l'Italie - 1,22 (source : www.senat.fr). Cette politique familiale vigoureuse collabore actuellement pour l'équilibre de la corrélation existante entre la situation démographique et la sécurité sociale.

[667] Cela résulte d'une application directe du principe de subsidiarité : chaque État membre conserve la responsabilité de l'organisation et du financement de son propre système. Néanmoins, certains problèmes communs justifient le débat sur l'avenir de la protection sociale au niveau européen. D'autre part, une coordination des régimes de base, par la totalisation de toutes les périodes prises en considération par les différentes législations nationales facilite la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union.

Il est fait mention à la sécurité sociale en tant que norme essentielle à la protection dans plusieurs normes juridiques. L'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations-unies reconnaît à toute personne, en tant que membre de la société, un « droit à la sécurité sociale ». Dans le même esprit de généralisation qui a guidé le rapport Beveridge, le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 a affirmé que « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».[668] La Constitution du 4 octobre 1958 actuellement en vigueur assure, en son préambule, son attachement aux mêmes principes. À son tour, la Constitution brésilienne prévoit la sécurité sociale des articles 194 à 204. Sont adoptés les principes de généralité, d'unité, d'équité dans le financement. L'affiliation au régime général est obligatoire.

Dans le même contexte, le Traité de Rome a établi le principe d'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants des communautés européennes, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération, les conditions de travail et la protection sociale. En outre, le Traité d'Amsterdam prévoit en son article 2, que « la Communauté a pour mission (…) de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un niveau

[668] En outre, il précise que la nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

d'emploi et de protection sociale élevé ».[669] La Charte sociale dispose à son tour: « Selon les modalités propres à chaque pays : tout travailleur de la Communauté européenne a droit à une protection sociale adéquate et doit bénéficier, quel que soit son statut et quelle que soit la taille de l'entreprise dans laquelle il travaille, de prestations de sécurité sociale d'un niveau suffisant ; les personnes exclues du marché du travail, soit qu'elles n'aient pu y avoir accès, soit qu'elles n'aient pu s'y réinsérer, et qui sont dépourvues de moyens de subsistance doivent pouvoir bénéficier de prestations et de ressources suffisantes, adaptées à leur situation personnelle. »[670]

D'autre part, la Convention 102 de l'OIT, « concernant la norme minimum de la sécurité sociale » (1952)[671], définit les objectifs minimaux en la matière. Elle englobe les risques suivants : maladie (soins et substitut du revenu professionnel), maternité, invalidité, vieillesse, décès, accidents du travail et maladies professionnelles, charges familiales, chômage. Une sécurité sociale adéquate englobant tous les travailleurs s'inscrit sans aucun doute dans le cadre du travail décent, considérant que 80% de la population en âge de travailler n'en bénéficie pas.[672]

---

[669] De même, dans son article 136, « la Communauté et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée {Turin le 18 octobre 1961) et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. »

[670] C'est nous qui soulignons.

[671] Ratifiée par la France, mais non par le Brésil.

L'État est donc le garant principal de l'intérêt public, de l'état de santé et de l'amélioration des conditions de vie de la population, y compris des travailleurs. Dans l'Union européenne, les systèmes de Sécurité sociale sont en effet sous la responsabilité de l'État, même si ce dernier n'en est pas le gestionnaire, comme c'est le cas de la France et de la Belgique, où la mission de gérer la sécurité sociale a été confiée aux représentants des assurés.[673] Cette responsabilité attribuée à l'État est justifiée par ses objectifs de promotion, au nom des impératifs sanitaires et économiques généraux, du bien-être de tous les membres de la population, notamment des plus nécessiteux.

La sécurité sociale est, en ce sens, devenue un signe de progrès social. Elle constitue donc un édifice auquel l'État ne peut pas renoncer, puisqu'elle s'occupe en grande partie d'assurer les revenus lorsque le travailleur se trouve empêché d'exercer une activité rémunérée. Cette **protection sociale est d'autant plus importante que la situation économique est volatile**. C'est peut-être la raison pour laquelle dans divers pays, la sécurité sociale, en matière de prestations familiales et de couverture maladie,

---

[672] *Las normas internacionales del trabajo al servicio de la justicia social,* publication de la *Confederación Mundial del Trabajo.* Bruxelles, novembre 2002.

[673] Cette autonomie est cependant limitée par la conciliation avec la discipline budgétaire, ce qui est fait par des techniques conventionnelles, l'État exerçant un contrôle sur les relations entre institutions de financement, professionnels et malades. Au contraire, au Royaume-Uni et en Scandinavie, l'État garde sa qualité de prestataire direct des services de sécurité sociale.

semble se rapprocher du *caractère universel des prestations*, défaisant le lien existant entre sécurité sociale et emploi et se rattachant davantage à la logique d'assistance.[674]

Néanmoins, en ce qui concerne les retraites et les accidents du travail, p. ex., on observe un renforcement du caractère contributif, attaché à l'emploi. De plus, le chômage devenant structurel et de longue durée et le visage des travailleurs et les formes de travail évoluant, certains groupes plus touchés (notamment les petits travailleurs indépendants, les jeunes, les plus de 50 ans, les immigrés, les travailleurs du secteur informel) sont empêchés d'acquérir des droits pleins aux prestations, parce qu'ils n'ont pas suffisamment cotisé.[675] Il est donc capital que les systèmes de sécurité sociale accompagnent cette évolution des relations professionnelles, en créant de nouvelles possibilités pour ceux qui sont actuellement exclus de son champ de protection. En effet, si les systèmes de protection sociale ont joué un rôle fondamental

---

[674] À ce propos, la couverture maladie universelle, introduite en France par la Loi n. 99-641 du 27 juillet 1999. La loi française du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système, publiée au Journal Officiel du 5 mars 2002, semble également constituer, pour le Ministre délégué à la santé, « un pas fondamental dans la modernisation de notre système de santé en posant les bases d'une véritable démocratie sanitaire, en renforçant la qualité de notre système de santé et en instaurant un dispositif sans précédent de réparation des risques sanitaires. » (Communiqué de presse du 5 mars 2002, http://www.sante.gouv.fr/htm/pointsur/malades/index.htm).

[675] P. ex., la France occupe la 4ème position dans le rang mondial pour la dépense de médicaments et, pourtant, est à la 14ème place pour la prise en charge publique, ce qui implique une inégalité d'accès aux services médicaux. D'autre part, la législation française de 1898 sur les accidents du travail est devenue obsolète : seuls sont protégés les travailleurs salariés ou dépendants. Autrement dit, les travailleurs des professions indépendantes sont exclus de toute protection. De plus, le ministre délégué à la Parité et à l'Égalité professionnelle, Nicole AMELINE a reconnu que cette législation est « inadaptée » à l'époque actuelle et qu'il faudrait « passer d'un système d'indemnisation forfaitaire à la réparation intégrale » des accidents du travail et des maladies professionnelles (*Bref social Liaisons Sociales*, n. 13759 du lundi, 4 novembre 2002, pp. 5/6). Au Brésil, grâce aux actions de prévention, les taux de mortalité et de morbidité pour cause d'accident du travail et de morbidité pour cause de maladie de travail ont diminué de respectivement 28%, 24% et 15% entre 1995 et 2000 (*Jornal do Brasil* du 17 novembre 2002, Cahier

pendant une certaine période, ils se trouvent aujourd'hui face à une nécessité de modernisation, qui assurerait une protection plus efficace aux bénéficiaires.

Cette modernisation serait par ailleurs d'autant plus justifiée que le financement des systèmes de sécurité sociale est déséquilibré, étant donnée la diminution du nombre de cotisants par rapport aux actifs. Deux facteurs prépondérants ont participé à ce déséquilibre : le vieillissement de la population et l'allongement de l'espérance de vie au-delà de la retraite.[676] Tout cela oblige à accélérer la réforme des systèmes de retraite, ce qui remet d'ailleurs en cause l'élection pour certains pays (comme le Brésil et la France) du régime *par répartition*.[677] Certains des pays de

---

spécial "O mundo do trabalho", p. 2). Encore faut-il néanmoins étendre le bénéfice aux travailleurs du secteur informel…

[676] Dans l'ensemble de l'Union européenne, l'espérance de vie après la retraite a augmenté de trois à cinq ans à vingt-cinq ou trente ans (SUPIOT, Alain, op. cit., 1999, p. 210). D'autre part, en France, les chiffres du rapport Briet, consacré aux perspectives à long terme des retraites, démontrent que le nombre de cotisants par retraité baisserait, entre 1995 et 2015, de 1,75 à 1,22 pour le régime général, de 2,53 à 1,40 pour les fonctionnaires civils, et de 3,62 à 1,33 pour les agents de collectivités locales (Source : www.senat.fr). Tout cela participe à l'augmentation des dépenses de la sécurité sociale, aggravée par l'accroissement naturel des dépenses de santé dû au fait que les gens de 60-69 ans consomment plus de trois fois plus de médicaments que les jeunes de 10-19 ans. À cet égard, selon l'Agence Française du Médicament, la France consomme deux fois plus d'antibiotiques que l'Angleterre et deux fois et demie plus que l'Allemagne ; trois à quatre fois plus de psychotropes que les deux voisins. Les dépenses de retraite représentaient en 2000 environ 11,6 % du produit intérieur brut français, soit environ 1 070 milliards de francs (source : www.retraite.gouv.fr). Si l'on s'en tient aux 4 principaux régimes, l'évolution de leur solde (et donc de leur besoin de financement complémentaire) est la suivante, en milliards d'euros constants :

	2000	*2010*	*2020*
Régime général	*1,5*	*-0,5*	*-15*
Régimes complémentaires (AGIRC-ARRCO)	*4*	*8*	*-1,6*
Fonction publique d'État	*0*	*-9,5*	*-20*
Fonction publique : collectivités locales et hôpitaux	*2,7*	*-1*	*-8*

Source : COR, rapport 2001.

[677] Ce régime tend à être préféré par les pays de l'UE, du fait du risque d'instabilité des encaisses et de l'évolution de la démographie. Ce sont les cotisations prélevées sur les salaires des actifs qui servent à payer les pensions des retraités selon le pacte de solidarité entre les générations. En France, « le

l'Union européenne ont en ce sens engagé, depuis quelques années, des réformes visant à garantir dans le temps, la viabilité de leur régime de retraite (ex : l'Espagne, l'Allemagne, la Suède et la Finlande).[678] Ces réformes – qui changent souvent les termes des plans de retraite publics – supposent souvent la mise en œuvre de deux mesures : le recul de l'âge de partir en retraite et la diminution du taux en fonction des revenus.[679]

Par ailleurs, le débat actuel capitalisation-répartition ne peut être isolé des autres évolutions, telles que la productivité, l'emploi, le taux d'activité des femmes, des travailleurs âgés. À propos de cette dernière catégorie de travailleurs, on observe, d'ailleurs, une tendance depuis quelques années à un renversement de la politique d'exclusion relative de l'emploi des travailleurs âgés. L'objectif désormais est en effet de les stimuler à maintenir leur travail (même si du temps plein ils passent au temps partiel), au lieu de les inciter à prendre leur retraite anticipée, pour réduire le chômage.

---

financement est géré de façon autonome par les partenaires sociaux (organisations syndicales, organisations patronales) et indépendamment du budget de l'État (excepté pour le régime des fonctionnaires). Toutefois, le Parlement fixe les principales règles de gestion des pensions et dresse un bilan des ressources et des dépenses des caisses de la Sécurité sociale en matière de retraite. Depuis 1996, une loi de financement de la Sécurité sociale est votée, tous les ans, par le Parlement. » (www.retraite.gouv.fr).

[678] En Allemagne, on observe, p. ex., l'introduction d'une dose de capitalisation dans son régime général de répartition. La France, au contraire, considère en principe que le choix de la capitalisation ne serait qu'un mécanisme accessoire. Un des objectifs de la réforme des retraites, validée par la décision du Conseil Constitutionnel du 14 août 2003, est justement de sauvegarder le système de retraite par répartition, en posant un principe de liberté de choix de la retraite par répartition.

[679] Cela s'est récemment produit en France : la réforme approuvée en 2003 change la durée de cotisation (de 37,5 ans à 40 ans en 2008 et à 41 ans en 2012) et le calcul de pensions (baisse de la pension de 5% par année manquante à compter de 2013). Au Brésil, un projet de réforme employant les mêmes critères est analysé actuellement au Parlement. À cet égard, les travailleurs sont souvent dépourvus de garanties juridiques : « la base sur laquelle les gens ont pris des décisions à propos de la planification de leur retraite se révélera erronée » (SUPIOT, Alain, op. cit., 1999, p. 213). Une meilleure protection des travailleurs contre les changements ultérieurs des règles du jeu sur les retraites serait donc souhaitable.

Outre qu'il prive l'économie de leur expérience, leur départ en préretraite entraînait une augmentation des dépenses sociales.[680]

La discussion sur les caractéristiques des régimes de sécurité sociale englobe cependant d'autres aspects tout aussi importants: aide sociale ou assurance, répartition ou capitalisation, cotisations ou impôt, participation obligatoire ou volontaire, recentrage sur les plus démunis ou privatisation, taux de couverture, etc. Néanmoins, le débat s'intensifie, en particulier sur la frontière entre la responsabilité de l'État et celle de l'individu. Du passage de mesures passives de soutien du revenu aux mesures actives du marché, certains sont plus convaincus que d'autres. Certes, la protection sociale ne peut cesser de constituer un filet de sécurité, mais la question de savoir si la protection sociale doit inciter clairement les demandeurs d'emploi à trouver du travail ou à participer à d'autres activités favorisant l'emploi ne relève-t-elle pas aussi des disponibilités financières ?[681]

Cette consolidation plus forte des termes du plan de retraite pourrait se faire en début de carrière ou après l'écoulement d'un certain délai.

[680] La Suède, p. ex., a assoupli l'âge légal de départ à la retraite (65 ans) en permettant aux salariés qui le souhaitent de travailler jusqu'à deux ans supplémentaires, moyennant une majoration de la retraite.

[681] Afin de maîtriser les dépenses de santé, nombreux ont été les pays européens qui ont en effet introduit des mesures visant à faire payer aux consommateurs une partie des soins et des médicaments afin de les sensibiliser à leur coût (ticket modérateur). D'autre part, certains pays de l'Union européenne ont rendu plus strictes les conditions ouvrant droit aux prestations, d'autres ont allongé la période de cotisation nécessaire pour bénéficier des prestations, d'autres enfin ont raccourci la période de droit aux prestations. Un certain nombre de pays ont également pris des mesures afin que le revenu du travail soit toujours supérieur aux éventuelles prestations : abattements fiscaux sur les bas salaires, compléments de revenus versés aux salariés (source : www.europa.eu.int).

Puisque le défi consiste à concilier la satisfaction des *besoins des personnes* et le *contrôle des coûts* qu'ils entraînent, quelques pistes pour rendre le système plus efficace sont : d'abord, étendre le champ d'application obligatoire des régimes contributifs, ensuite inciter les formes volontaires de protection, enfin mettre en place des prestations universelles et des prestations d'assistance « sous conditions de ressources » (ou d'étendre le champ des prestations existantes).[682] Les mécanismes incitatifs doivent en outre être associés à des politiques actives d'intégration sur le marché du travail.[683] En matière d'assurance maladie, p. ex., pour limiter les coûts et réduire les dépenses, il conviendrait d'« investir dans la prévention des maladies et les activités de promotion de la santé pour réduire les causes principales de morbidité; introduire des mécanismes de marché dans les systèmes de santé, sans remettre en cause le principe de l'accès aux meilleurs soins pour tous. »[684]

En ce sens, une réforme de la Sécurité sociale française a été lancée par le Premier ministre mi-octobre 2003, visant à équilibrer le système au moyen de la généralisation de la maîtrise médicalisée des dépenses, ainsi que d'une nouvelle gestion du système et d'une refonte de l'organisation des soins et de remboursements. Le "Haut

[682] En ce sens, p. ex., les allocations familiales versées sur condition de ressources en France et l'assurance maladie aux Pays-Bas ont pour objectif de faire face aux besoins des populations les plus pauvres.

[683] C'est pourquoi certains prônent que l'indemnisation du chômage soit transformée en « assurance employabilité » . Dans cette vue, un revenu de remplacement ne saurait suffire aux personnes qui se trouvent temporairement sans emploi. Des mesures et des programmes doivent être mis en place pour les aider à améliorer leurs compétences professionnelles ou à en acquérir de nouvelles, à se former et à accroître leur employabilité. Une offre accrue de formation pour les sans-emploi et un suivi plus individualisé facilitent l'insertion sur le marché du travail.

Conseil pour l'avenir de l'assurance-maladie" est ainsi chargé d'évaluer le système d'assurance-maladie et de formuler *"recommandations et propositions"* pour le moderniser et pérenniser son financement, évitant les gaspillages, mais garantissant l'accès aux soins. Le rapport du Haut Conseil sera suivi des travaux de groupes thématiques qui alimenteront le dialogue social autour du sujet.[685]

Le recentrage actuel des systèmes sur les plus démunis peut évidemment renforcer progressivement l'organisation de la protection sociale en trois étapes : la première étant la garantie de prestations minima ; la deuxième représentée par la protection par des assurances complémentaires obligatoires ; et la troisième constituée par l'existence des assurances supplémentaires non-obligatoires et privées.[686]

---

[684] Source : www.europa.eu.int .

[685] Toutefois, dès 2004, l'enveloppe budgétaire globale sera remplacée par une politique de tarification à l'activité, par laquelle la dotation dépendra des actes effectivement pratiqués. Le gouvernement s'est toutefois donné jusqu'au 14 juillet pour prendre ses décisions concernant la réforme. Son objectif est d'équilibrer les comptes jusqu'en 2007. À cet égard, il convient de rappeler que « La branche maladie du régime général de la Sécurité sociale est constamment déficitaire depuis 1989 en raison de l'accélération des dépenses médicales, qui va de pair avec le vieillissement démographique. Les deux tiers de l'aggravation du déficit de l'assurance-maladie en 2003 (10,6 milliards d'euros) sont cependant imputables à la baisse des recettes entraînée par la conjoncture défavorable et le regain du chômage. » Source : « Raffarin lance le processus de réforme de la Sécurité sociale », *Le Monde* du 13/10/03.

[686] Pour garantir une protection plus large et étant donné que les prestations versées par le système légal ont un caractère minimum, sont apparus les *efforts complémentaires de prévoyance et de retraite*, pour compléter les lacunes du système légal et le montant des prestations. On peut citer, par exemple, les mutuelles de retraites complémentaires françaises. D'ailleurs, à partir d'une loi de 1972, les salariés français sont obligés de s'inscrire à un régime de retraite complémentaire. Ces efforts complémentaires, fondés sur les conventions collectives de travail, considèrent le montant du revenu salarial qui est par nature inégalitaire selon les différentes professions et les conditions particulières de chaque contrat de travail. Il s'agit ici du principe de l'assurance contributive, qui fait toujours un parallèle entre les cotisations et les bénéfices. Les efforts *supplémentaires* sont facultatifs et fonctionnent sur la base de la logique d'assurance privée. Il existe donc une juxtaposition de régimes (base, complémentaire et supplémentaire), mais la place du régime complémentaire dans cet ensemble varie considérablement d'un État membre à l'autre de l'UE. De même, il existe une grande diversité des régimes complémentaires dans la Communauté. Par ailleurs, concernant l'assurance maladie, des réformes sont également envisagées en

D'aucuns pourraient toutefois résister à cette démarche, présentant de forts arguments. Ce type d'organisation des systèmes peut en effet collaborer au creusement, au sein de la société, d'un fossé permanent entre ceux qui contribuent et qui peuvent faire face à leurs besoins par eux-mêmes et ceux qui ne peuvent pas cotiser et qui ont besoin de l'aide et de la solidarité de la collectivité. Des sociétés divisées en deux catégories de citoyens risquent donc d'être créées, opposant les débiteurs (les riches) et les créanciers (les pauvres) de la sécurité sociale.[687] Cela pourrait à la limite mener les débiteurs à revendiquer leur sortie du système, puisqu'ils sont contraints de participer au financement, sans pour autant avoir aucun bénéfice.

À ce sujet, le rapport SUPIOT observe que « la caractéristique essentielle de ce droit des faibles est que leur protection sociale se détache du contrat de travail pour ressortir de solidarités minimales, organisées principalement sur un plan national (d'où la floraison contemporaine des minima sociaux). Le contrat serait ainsi progressivement vidé de son contenu protecteur, pour devenir un 'contrat nu', tandis que la protection sociale ne serait plus indexée sur le contrat de travail et résulterait d'un

---

France, pour permettre « une concentration de l'assurance maladie obligatoire (…) sur les maladies graves. » , afin d'assurer plus de place à la couverture complémentaire volontaire (Jacques BARROT, président du groupe UMP à l'Assemblée, *in Bref social Liaisons Sociales*, n. 13759 du lundi, 4 novembre 2002, p. 5. Par « maladies graves » doivent s'entendre « toutes les affections, comme dit le Code de la sécurité sociale, longues, coûteuses (…) qui présentent un risque majeur »), ce qui paraît mériter l'approbation du Premier ministre français, Jean-Pierre RAFFARIN (*Bref social Liaisons Sociales*, n. 13759 du lundi, 4 novembre 2002, p. 5).

[687] La Couverture Maladie Universelle – CMU – en est un exemple, car elle offre la gratuité des soins aux plus démunis. Aujourd'hui 8 millions de personnes en bénéficient en France (« Sur les chantiers de la démolition sociale », *Le Monde diplomatique*, février 2003, pages 4 et 5). Certaines mesures de restrictions sont toutefois imposées par l'actuel gouvernement : l'ouverture des droits, qui était immédiate une fois le dossier accepté, est repoussée « au premier jour du mois qui suit la décision »; au terme de

statut social minimal garanti et financé par l'État. »[688] La solidarité changerait ainsi de forme : elle passerait d'une solidarité *face au risque* (ou alors au fait de faire des dépenses avec les enfants), à une solidarité *face au besoin*.

Cependant, à n'en pas douter, un avantage au moins peut s'extraire de ce contexte changeant : le contrat « d'emploi » ne serait plus ainsi une condition pour accéder aux prestations de la sécurité sociale… ce qui déboucherait sur une protection plus élargie et plus efficace, comprenant tous les travailleurs et tous les nécessiteux. D'autre part, pour soutenir l'approche universelle des prestations « sous conditions de ressources », il convient de rappeler que la segmentation des classes sus-citée se vérifie chaque fois que l'on fait appel au mécanisme de discrimination positive ! De plus, si certaines politiques – notamment celles découlant de l'application stricte du principe de l'égalité – peuvent être correctement appliquées dans les pays développées, il n'est pas sûr qu'elles puissent être effectives dans les pays en développement…

L'équilibre entre obligations imposées et opportunités offertes aux individus : voilà l'enjeu de la tendance actuelle, qui se trouve parfois divisée entre assistance et responsabilisation des partenaires sociaux dans le domaine de la sécurité sociale. S'il est vrai que les systèmes doivent cibler les ressources sur les personnes qui sont le plus dans le besoin, la réduction progressive de la dépendance à l'égard des

---

nouvelles procédures de vérification des revenus, les personnes dont la situation financière s'est dégradée en cours d'année risquent de ne plus bénéficier de la CMU.

prestations et l'encouragement des personnes capables de travailler à trouver un travail sont des techniques qui ne peuvent pas être négligées.

Chacun sait que l'existence d'un système effectif et efficace de sécurité sociale est l'une des conditions pour le bon exercice d'un travail rémunéré et plus largement pour la protection de l'ensemble des travailleurs. La sécurité sociale fonctionne en effet comme une composante importante dans la lutte contre la pauvreté, ce qui est sans doute une des conditions pour le progrès social des nations. De plus, elle joue un rôle fondamental en assurant la redistribution des revenus dans le monde. Ainsi, même si les dépenses de protection sociale ont, p. ex., représenté, en 1995, 28,5 % du produit intérieur brut de l'Union européenne, avec des variations comprises entre 16 et 36 % d'un État membre à l'autre,[689] la protection sociale ne doit pas être perçue comme une charge financière mais plutôt comme un facteur productif qui collabore au progrès économique et à la cohésion sociale, traitant équitablement les travailleurs et les personnes.

---

[688] SUPIOT, Alain, op. cit., 1999, p. 214

[689] Rapport de la Commission, du 23 avril 1998, sur la protection sociale en Europe (1997). Les pensions de vieillesse ont constitué le premier poste de dépense par ordre d'importance dans l'Union européenne avec 42,5 % du total en 1995, soit 12 % du PNB. Ensuite, sont venus les soins de santé qui représentaient quelque 22 % des dépenses de protection sociale dans l'Union, soit 6 % du PNB. Les prestations du

À une époque où la mobilisation des travailleurs paraît plutôt se centrer sur la conservation des droits acquis que sur la lutte tournée vers l'acquisition de nouveaux droits, il faut que le travailleur se dote de moyens capables de l'aider à se projeter vers l'avenir. En ce sens, il serait utile d'entreprendre une réflexion approfondie sur une stratégie coordonnée pour mettre en place certains instruments afin d'assurer, autant que possible, l'effectivité de sa protection. Cela fera l'objet de la section suivante.

chômage ont représenté 8 % du total des dépenses (moins de 2,5 % du PNB), soit moins que les prestations d'invalidité et à peine plus que les prestations familiales.

SECTION 2 – LES INSTRUMENTS TECHNIQUES DE LA PROTECTION

Plusieurs instruments peuvent servir à la protection du salarié. On pourrait citer à titre d'exemple, la reconnaissance du droit de grève[690], même si celle-ci reste soumise à de larges restrictions dans divers pays au monde.[691] Dans cette section, néanmoins, nous nous consacrerons à l'étude d'autres instruments qui doivent être adaptés pour conférer une protection plus effective au travailleur. Ainsi, après avoir envisagé les aménagements pour les formations professionnelles (§ 1er), il conviendra d'étudier comment certains outils judiciaires particuliers peuvent être ajustés, pour mieux faciliter l'application du principe protecteur du travailleur (§ 2).

§1er. Les formations professionnelles

L'arrivée ou le retour sur le marché du travail doivent s'accompagner de connaissances théoriques et pratiques. La formation professionnelle, quelle que soit

[690] Selon le professeur P.-H. ANTONMATTEI, la grève constituerait un droit relevant de l'ordre public absolu, d'après une ferme décision de la Cour de Cassation décidant qu'« une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux » (Cass. Soc. 7 juin 1995: Dr. Soc. 1995, 835, obs. J.-E. Ray, *apud* ANTONMATTEI, P.-H., op. cit., 1996, p. 22).

[691] Par exemple, déni, sanctions pénales, licenciements de grévistes, arbitrage contraignant préalable, limitation des grèves de solidarité ou de protestation contre politiques nationales (*Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail: Votre voix au travail*, Bureau international du Travail, Genève, 2000). Des mesures disciplinaires prises à l'encontre de travailleurs syndiqués après une grève ont été également constatées (*L'heure de l'égalité au travail,* Rapport global en vertu de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Conférence Internationale du Travail, 91e session 2003, BIT, Genève, 2003, p. 17).

sa forme, consiste ainsi à protéger le (futur) travailleur, en complétant « un savoir notamment en associant le travail à l'acquisition d'un 'savoir-faire' ».[692] Si elle est initiale, la formation professionnelle concerne essentiellement les jeunes (A). À son tour, la formation professionnelle continue ne doit pas se borner aux seuls salariés, mais être dispensée à tous ceux qui en ont besoin, comme un moyen de favoriser l'insertion ou la réinsertion sociale (B).

D'emblée, quelques distinctions doivent être cependant opérées entre *stage* et *formation*, d'une part, et *insertion* et *formation*, d'autre part. Qu'il s'agisse d'un stage facultatif ou obligatoire, au sein de l'école ou de l'université, le stagiaire n'est pas considéré un salarié de l'entreprise, le rapport étant totalement exclu du champ d'application actuel du droit du travail.[693] En outre, la formation est un moyen de faciliter l'insertion, car l'insertion – instrument de lutte pour la protection contre l'exclusion – « consiste à aider l'entrée ou le retour à l'emploi au profit de catégories de demandeurs particulièrement vulnérables sur le marché de l'emploi (jeunes sans

[692] MAZEAUD, op. cit., p. 266.

[693] Cette affirmation doit être cependant nuancée quand il s'agit de « faux » stages, car les juges peuvent requalifier la relation en contrat de travail, lorsque les éléments caractéristiques se trouvent vérifiés (application du principe découlant de la protection des travailleurs , selon lequel il existe une primauté de la réalité sur la forme des conventions). Un arrêt rendu le 3 décembre 2002 par la Cour de Cassation (Chambre criminelle) en sert d'exemple : « Se rend coupable du délit d'obtention abusive, de la part d'une personne vulnérable ou en situation de dépendance, de services insuffisamment rétribués par rapport au travail accompli le directeur d'un hôtel qui a employé, dans le cadre d'un stage obligatoire, trois personnes de 23 heures à 7 heures, sept jours sur sept, pour une durée de travail hebdomadaire comprise entre 56 et 63 heures et pour une rémunération fixée à 1 760 francs pour 190 heures. » (*Droit social,* avril 2003, pp. 428/429, observations de François DUQUESNE).

qualification, chômeurs de longue durée), par le recours à des palliatifs souvent précaires. »[694]

A) LA FORMATION INITIALE

La formation professionnelle initiale a vocation à donner aux travailleurs les meilleures bases possibles, en termes de connaissances et d'aptitudes, afin de faciliter la transition de la formation scolaire à la vie professionnelle. Le but de la formation initiale est donc d'enseigner les connaissances et les attitudes (ex : compétences) à l'égard du travail, d'une part, et d'« apprendre à apprendre » d'autre part. En un mot, la formation initiale vise à *rapprocher l'école de l'entreprise* en vue d'une formation protectrice spécialisée.

La formation professionnelle en entreprise, longtemps négligée par le droit français[695], a l'avantage d'attribuer des capacités appropriées à une entreprise ou branche d'activité en particulier. Au Brésil, seul l'apprentissage relève encore du droit du travail.[696] En France, elle se développe aujourd'hui *en alternance*[697] et comprend,

---

[694] MAZEAUD, op. cit., pp. 265/266.
[695] Contrairement au droit allemand où la formation est partagée avec l'entreprise, la formation professionnelle initiale en France a longtemps été de la compétence de l'État (système scolaire), notamment au sein de grandes écoles, seul l'apprentissage étant de la compétence de l'entreprise. L'investissement de l'État se faisait nécessaire étant donné la faible implication des entreprises dans le processus de formation.
[696] Les articles 424 et suivants disposent en la matière, prohibant le payement à l'apprenti d'un salaire inférieur au SMIC.

outre le contrat d'apprentissage, d'autres formules de contrat de travail.[698] La loi du 17 janvier 2002 prévoit des mécanismes incitatifs de l'amélioration des premières formations technologiques et professionnelles, et notamment l'apprentissage, sous la forme d'exonération de la taxe d'apprentissage (art. L. 118-2-4). L'objectif est toujours de conjuguer l'expérience pratique en entreprise avec des enseignements théoriques. Le travail participe ainsi à la formation et *vice-versa*.[699]

L'accent mis sur la formation depuis plusieurs années s'explique par le chômage des jeunes, d'abord, les mutations de métiers, ensuite. Premièrement, le diplôme peut en effet être une *assurance contre le chômage*. Une étude de l'OCDE publiée en 1999 sur cinq pays européens (Italie, France, Allemagne, Royaume-Uni et Pays-Bas) atteste que le niveau moyen de chômage est d'approximativement 11% lorsque la personne a un degré de formation inférieur au deuxième cycle ; d'environ 8% lorsqu'elle a conclu celui-ci; et d'à peu près 6% quand elle a terminé un cours

---

[697] L'alternance – instaurée en France par un accord interprofessionnel de 1983 et très développée dans les années quatre-vingt-dix – raccourcit la durée des études générales et place les jeunes sous un contrat de travail visant à promouvoir leur formation professionnelle au sein de l'entreprise.

[698] Le Titre huitième du livre neuvième du Code du travail traite de ce sujet (articles L. 908-1 et suivants). Constituent contrats de formation en alternance : le contrat de qualification (L. 981-1), le contrat d'adaptation (L. 981-6), le contrat d'orientation (L. 981-7) et le contrat emploi-solidarité (L. 322-4-7). La réglementation à cet égard est fort détaillée et changeante. L'accord national interprofessionnel signé par les partenaires sociaux le 20 septembre 2003 y apporte d'importantes modifications (p., ex., substitution des contrats de qualification, d'adaptation et d'orientation par le contrat de professionnalisation) , qui seront mentionnées à la suite de cette thèse.

[699] Certains auteurs disent pourtant, qu'avec la croissante importance de l'information, l'université remplacera l'usine comme institution centrale de l'avenir (TOFFLER, Alvin, op. cit. , p. 349). On préférerait constater que l'université et les écoles s'uniront davantage aux entreprises en vue de mieux garantir l'objectif commun de former de travailleurs compétents.

d'enseignement supérieur.[700] Même lorsqu'il s'agit des chômages seniors, « Les cadres ne sont pas les plus mal lotis, le diplôme continuant de protéger du chômage ».[701] Ainsi, la fréquence du chômage est fonction du niveau de formation et l'essor de celle-ci constitue l'une des meilleures stratégies individuelles contre le chômage.

En outre, l'offre de travail diminue à mesure que les exigences pour l'embauche s'accroissent. Le patronat exige toujours plus des candidats à l'embauche, élevant les qualités techniques requises, au point de recruter des personnes largement surqualifiées pour les postes proposés. L'objectif est d'assurer une adaptation future aux changements techniques de plus en plus fréquents, mais aussi d'élever le niveau des relations humaines à l'intérieur de l'entreprise (donc entre camarades de travail) et avec les clients. Les candidats doivent donc, outre la présentation d'un *curriculum vitae* avec un haut niveau de scolarité, montrer des caractéristiques comportementales dites élémentaires pour gérer, par exemple, une relation de stress avec un client ou encore pour savoir s'intégrer à l'équipe de travail.

La formation contribue ainsi à la préparation d'une main-d'œuvre qualifiée, capable de se protéger, faisant face aux modèles productifs de l'avenir. Si l'information est l'une des matières premières essentielles de la troisième vague[702],

---

[700] OCDE (1999) : *Perspectives de l'emploi,* p. 258, *apud* GAURON, André. *Formation tout au long de la vie*, rapport du Conseil d'Analyse Économique (CAE). La Documentation française. Paris, 2000, p. 94.
[701] « Mois après mois, le taux de chômage se rapproche de 10% », *Le Monde,* 29 août 2003.
[702] Cf. TOFFLER, Alvin, op. cit., p. 347.

l'éducation sera au sommet des préoccupations de la nouvelle civilisation. Pour préparer des travailleurs aptes à traiter avec des usines modernes et bureaux dynamiques, les organisations responsables de la formation doivent en effet former des individus capables d'agir avec discrétion et initiative, d'avoir de nouvelles aptitudes, telles que l'invention, la progression, l'ambition, le *leadership*, l'adaptation, la coopération, qui sont plus valorisées que jamais.[703]

Les réactions machinales ne suffisent donc plus. En ce sens, l'obéissance caractéristique de l'ère industrielle n'est plus au sommet des compétences individuelles. Les salariés ne sont plus valorisés tant qu'ils développent des activités pré-programmées. Aujourd'hui, une certaine dose d'audace est souhaitable. Le risque est devenu un besoin quotidien. Les nouvelles tâches « discrétionnaires », plus larges, s'opposent aux vielles tâches « tayloriennes », sans que pour autant le contrôle hiérarchique disparaisse. Le travail étant moins répétitif et moins fragmenté (chaque personne devant réaliser une tâche plus étendue qu'auparavant), le travailleur doit savoir que son travail fait partie d'une chaîne et que celui-ci doit être coordonné au travail des autres.[704]

---

[703] En effet, la liste des compétences est longue : il s'agit d'avoir « capacité de penser, décider, avoir initiative et responsabilité, de fabriquer et réparer, d'administrer la production et la qualité de la ligne, c'est-à-dire être simultanément ouvrier de production et de maintien, inspecteur de qualité et ingénieur. » (HIRATA, Helena. *Da polarização das qualificações ao modelo da competência. In*: FERRETI, C. J., ZIBAS, D.M.L., MADEIRA, F.R., FRANCO, M.L.P.B., *apud* MORATO, op. cit. , p. 38).

[704] TOFFLER, citant Donald CONNOVER, PDG d'une entreprise américaine, fait une comparaison : la différence, dit-il, est comme celle qui existe entre les musiciens classiques, qui jouent chaque note selon la partition, une configuration prédéterminée et préétablie, et les improvisateurs de jazz, qui jouent selon leur inspiration juste après avoir décidé quelle chanson jouer (TOFFLER, op. cit. , p. 379).

Ainsi, les rapports de travail cheminent-ils vers une plus grande qualification et spécialisation du travailleur.[705] Il faut, par conséquent, améliorer les conditions d'« employabilité » de l'individu. Par conséquent, c'est le défi des responsables de la formation du travailleur que de tenir compte, dans le processus pédagogique, à la fois de l'évolution du travail intellectuel croissant, des compétences psychologiques étalées et des spécificités sectorielles persistantes. Sur ce dernier point, il semble que la formation professionnelle puisse encore jouer le rôle d'initiation des travailleurs aux nouvelles technologies.

Tout importante soit-elle pour la protection des travailleurs, la formation professionnelle initiale voit sa part dans les dépenses publiques décroître ces dernières années. En France, une enquête du Centre d'Études et de Recherches sur les Qualifications – CEREQ – sur les dépenses de formation financées en 1996 par les entreprises révèle que le taux d'investissement dans la formation ne cesse de diminuer depuis 1994.[706] Cela entraîne une double conséquence : une chute de la dépense par personne et un raccourcissement de la durée de formation. De plus, il n'est pas sûr que tous les travailleurs puissent bénéficier d'une formation. Dans l'enseignement secondaire, la formation professionnelle n'est dominante que dans six des dix-sept pays

[705] Par ailleurs, la liste de professions augmente, de nouveaux métiers auparavant inexistants surgissent à tout moment. Des sub-spécialités en droit, économie, gestion et médecine se développent. « Webdesigners », opérateurs de télémarketing, dactylos d'ordinateurs modernes remplacent peu à peu les dessinateurs, téléphonistes et les anciens dactylos.

analysés par le CEREQ et l'apprentissage n'est le mode dominant de formation professionnelle que dans quatre pays.[707] « C'est donc l'école et non l'entreprise qui apparaît dans la plupart des cas comme l'acteur essentiel de la formation professionnelle des jeunes », conclut l'exposé du CEREQ.[708]

D'autre part, les dépenses demeurent concentrées sur les catégories les plus qualifiées : 54% des techniciens et des agents de maîtrise, la moitié des ingénieurs et des cadres en ont bénéficié en 1996, contre seulement 18% des ouvriers français. Le taux de formation reste en outre très bas pour les travailleurs de plus de 50 ans, ce qui s'aggrave en particulier en France étant donné le recours excessif aux mécanismes de préretraite.

---

[706] Cf. Annexe XIX de la thèse.

[707] **Rôles de l'apprentissage et de l'enseignement professionnel -** Source : AVENTUR, François et MÖBUS, Martine. *Formation professionnelle initiale et continue en Europe*. Étude CEREQ-Elf Aquitaine, Éd. Magnard-Vuibert, mars 1999, *apud* GAURON, op .cit., p. 124.

Rôle de l'apprentissage dans la formation professionnelle initiale	**Part de la formation professionnelle dans l'enseignement secondaire**		
	Minoritaire	**Équilibrée**	**Dominante**
Faible poids	Belgique, Espagne	Finlande	Suède
Tradition peu formalisée	Grèce, Portugal, R.-Uni	Italie	--
Filière institutionnalisée	Irlande, Luxembourg	France, Norvège	Pays-Bas
Filière dominante	--	--	Allemagne, Autriche, Danemark, Suisse

[708] Pourtant, le taux de jeunes ayant quitté prématurément l'école et ne poursuivant ni études ni formation demeure loin d'être négligeable (v. Annexe XX).

L'inégalité d'accès à la formation se manifeste également lorsque l'on compare les travailleurs américains avec le reste du monde. Aux États-Unis, le budget de l'éducation représente en effet 5,4% de 7 921,3 milliards de dollars, alors qu'au Bangladesh celui-ci n'est que de 2,9% de 44 milliards de dollars... Les dépenses américaines en recherche et développement en effet dépassent en effet de 60 milliards de dollars celles de l'Europe, ce qui résulte en deux fois plus de brevets américains par rapport aux européens dans le domaine de la haute technologie.[709] *Mutatis mutandis*, une disproportion se présente également entre les pays de l'Europe Occidentale et les pays de l'Amérique Latine, encore qu'au Brésil, le *Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador* ait formé 15,3 millions de personnes depuis son implantation, en 1995.[710]

Une des difficultés souvent rencontrées dans le développement de la formation est le manque d'employeurs qui se disposent à former des jeunes en nombre supérieur à celui qu'ils souhaitent employer à long terme. Cela mène à une situation où la formation en pratique risque de devenir une manière précaire et moins rémunérée, de première insertion des jeunes sur le marché du travail, sans que pour autant une espérance d'emploi stable ne se dessine dans le scénario.[711]

---

[709] Entretien avec Daniel Cohen, « N'abandonnons pas la bataille du savoir », Revue *L'Express*, semaine du 10 au 16 octobre 2002, p. 60.

[710] *Jornal do Brasil* du 17 novembre 2002, p. 8.

[711] Apparemment, c'est le cas des *contratti de formazione e lavoro* en Italie : durée maximale de 2 ans, application seulement aux jeunes de moins de 32 ans, sans les prendre en compte dans les effectifs de l'entreprise (alors que le *Statuto di Lavoratori* ne s'applique qu'aux entreprises de plus de 15 salariés), possibilité de stipulation de conditions de travail et de salaires inférieurs à ceux des autres travailleurs, y compris au sein de la même entreprise. À la fin du contrat, l'employeur est toutefois tenu d'embaucher 60% des travailleurs recrutés sur cette espèce de contrat.

Qu'il suffise d'évoquer quelques indications générales des contrats en alternance en France et plus généralement en Europe[712] : 1) ils sont transitoires et de type particulier ; 2) l'employeur-tuteur est débiteur de la formation ; 3) les salariés sont essentiellement des jeunes de 16 à 25 ans ; 4) l'objectif est l'acquisition d'une qualification professionnelle, l'adaptation à un emploi ou la facilitation de l'insertion ou de l'orientation professionnelle ; 4) parfois, le salaire est un pourcentage du SMIC ; 5) des aides ou des exonérations de cotisations sociales sont souvent accordées à l'employeur ; 6) le temps de travail productif est restreint, parce que les enseignements sont dispensés pendant le temps de travail, ce qui débouche sur une « indivisibilité de l'emploi et de la formation ».[713]

Dans ce genre de situation, il semble donc malaisé d'apprécier les résultats à moyen ou long terme d'une telle formation en alternance pour certains travailleurs, en matière d'amélioration des conditions de travail et d'insertion sur le marché. Le danger est l'apparition de plus de postes de travail aux dépens de la protection du travail des plus jeunes. Sinistre échange !

---

[712] Quelques pays européens adoptent également la formation en alternance. C'est le cas notamment de la Belgique (contrats de transition professionnelle), de l'Espagne (contrats formatifs), de l'Italie (contrats formation-travail), du Royaume-Uni (*Youth training, Modern apprenticeship)*, de la Norvège (nouvelle formule d'apprentissage) et du Portugal (nouvel apprentissage formalisé).

[713] MAZEAUD, op. cit., p. 173.

L'une des solutions proposées par le rapport SUPIOT[714] pour assurer une meilleure protection des jeunes est d'encourager les entreprises à les former, fonctionnant non plus comme de simples *centres de production*, mais également comme des *centres de formation.* « Une nation ne se forme pas uniquement sur les bancs des écoles, mais aussi dans les entreprises », ajoute le rapport. Cette incitation des entreprises pourrait se faire au moyen, p. ex., de la réduction des salaires et des charges fiscales aux entreprises qui réalisent des programmes destinés à doter les travailleurs – quel que soit l'âge – de compétences nécessaires à obtenir ou maintenir un travail .

Une autre forme d'incitation est l'introduction dans l'ordre juridique d'une *obligation de former*, « qui deviendrait en quelque sorte partie intégrante du contrat de travail »[715] Qu'il s'agisse du développement des *mécanismes incitatifs* ou de l'introduction des *obligations découlant du contrat*, la formation professionnelle concourt à l'accroissement de la capacité de production de l'entreprise, dans la mesure où elle améliore les capacités d'adaptation des individus.

D'autre part, pour réduire le risque d'évasion des salariés formés vers d'autres entreprises – quoiqu'il semble que la formation favorise la fidélité des salariés à l'entreprise formatrice[716] – des *formations collectives* pourraient être organisées, dont

[714] SUPIOT, Alain, op. cit., 1999, p. 61.
[715] MUEL, Pierre-Alain. « Introduction » au rapport GAURON, op. cit. p. 8.
[716] Les clauses de dédit-formation ne sont que des exemples de cette fidélité, qui est d'ailleurs souvent volontaire. Un arrêt de la Cour de Cassation apporte des éclaircissements sur cette clause : « 1° Les

le coût serait partagé entre les entreprises à objectifs communs. De plus, au cas où un salarié changerait de travail après avoir bénéficié d'une formation offerte par l'entreprise, cette formation perdra de la valeur pour l'entreprise concernée, mais elle demeurera utile pour la société dans son ensemble. La formation professionnelle fonctionnerait ainsi comme un moyen d'accéder à la formation des compétences, indépendamment de l'entreprise formatrice, qui pourrait ou non bénéficier de la main-d'œuvre à laquelle elle a contribué à éduquer, l'intérêt social devant prévaloir sur l'intérêt individuel de la société.

Cependant, l'investissement dans la formation ne doit pas peser que sur les épaules des entreprises… Le **salarié doit également s'investir**, car lui aussi est concerné. Ainsi, la création de dispositifs incitant les salariés, notamment ceux à faible niveau d'instruction, à effectuer des efforts de formation pendant leur temps libre (ex., introduction de la possibilité de choix par le salarié, renforcement du droit à la formation) pourrait beaucoup contribuer à la multiplication du rendement de cette dernière.[717] Encore faut-il mieux articuler l'égalité des travailleurs devant l'accès à la formation professionnelle…

---

clauses de dédit-formation sont licites si elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective, si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés et si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner. 2° La circonstance que la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié soit intervenue en cours de période d'essai ne prive pas l'employeur de son droit au dédit-formation contractuellement prévu. » (Cass. soc. 5 juin 2002 n° 1880 F-P, Pallard c/ SARL MCT, RJS août-septembre/2002, décision n. 1013).

[717] Sur ce point, se pose également la question de la propriété intellectuelle, car « si la protection est faible, elle décourage l'innovation (du salarié). Mais, si elle est trop sévère, elle empêche la diffusion de

Il convient toutefois de signaler que le rôle de la formation dans la vie professionnelle des travailleurs impose ses limites à leur protection. Comme l'indique le rapport GAURON,

> « si le chômage est keynésien, au sens que donne de ce terme la théorie du déséquilibre, l'insuffisance des formations n'est alors plus le facteur limitant de l'emploi, mais c'est le niveau de la demande effective. (…) Dès lors, il n'est pas toujours légitime d'extrapoler au *plan macroéconomique* les bienfaits, pour l'individu, de la formation initiale et de la formation professionnelle. Lorsque par exemple une majorité de jeunes atteint le niveau du baccalauréat, la concurrence à l'embauche se reporte sur les diplômes de niveaux supérieurs et/ou l'évaluation des aptitudes personnelles.».[718]

Ainsi, si les bénéfices individuels de la formation sont plus aisés à constater, il n'est pas sûr que les effets s'avèrent favorables au niveau macroéconomique. De plus, « une grande partie de la productivité individuelle tient à l'insertion dans l'organisation de la firme, qui suppose elle-même une capacité à coopérer et s'insérer dans les routines de gestion internes (…), autant de compétences qui ne sont pas strictement assimilables à la formation initiale pas plus d'ailleurs qu'à une formation professionnelle purement technique. »[719] Par ailleurs, si ces capacités

---

cette même innovation. Il y a donc un équilibre réglementaire à établir » (entretien avec Daniel Cohen, op. cit.).

[718] GAURON, op. cit., pp. 94/95.

[719] GAURON, op. cit., p. 93.

inhérentes à chaque individu pèsent sur la performance de l'entreprise, il n'en demeure pas moins qu'elles sont difficiles à repérer lors de l'embauche. Par ricochet, cela mène les entreprises à considérer plus aptes les individus porteurs … de diplômes ![720]

Au niveau européen, l'Union manifeste sa préoccupation pour la formation professionnelle comme instrument technique de la protection des travailleurs. Ainsi, tout en respectant les compétences des États membres en matière d'éducation, elle vise à donner la possibilité à tous de suivre une formation ou d'approfondir leur éducation tout au long de leur vie. Une véritable *Europe de la connaissance* est ainsi stimulée par les actions de la Communauté dans les domaines de l'éducation et de la formation professionnelle depuis 1976. Le Traité de Maastricht leur a accordé les articles 149 et 150 (ex-articles 126 et 127) du traité instituant la Communauté européenne.

Depuis 1995, il existe trois programmes principaux en matière d'éducation et de formation professionnelle : *Socrates*, qui encourage la mobilité des étudiants et la coopération entre les établissements d'enseignement[721], *Leonardo da Vinci*, qui favorise l'amélioration des systèmes nationaux de formation professionnelle, et encourage l'innovation et l'apprentissage tout au long de la vie, et *Jeunesse pour*

[720] Cela paraît d'ailleurs découler de la *théorie du signalement* (Spence, 1973), selon laquelle « le diplôme est tout à la fois un signal et une anticipation des compétences potentielles » (GAURON, op. cit., p. 94).
[721] Le programme *Socrates* se divise en d'autres programmes selon le domaine : niveau universitaire (programme *Erasmus*), scolaire (programme *Comenius*), apprentissage des langues (programme *Lingua*),

l'Europe III, qui facilite la mobilité de jeunes défavorisés en dehors des structures d'enseignement, afin de leur permettre d'accéder à des actions locales servant de complément à leur formation, en tant que citoyens.[722]

La formation professionnelle initiale doit se compléter par la formation professionnelle continue ou « tout au long de la vie ».

B) LA FORMATION CONTINUE

La frontière entre les formations initiale et continue devient de plus en plus ténue, en raison de l'ouverture grandissante des formations en alternance aux adultes sans qualification à la recherche d'un emploi[723]. Nous étudierons comment la formation professionnelle continue pourra s'adapter pour mieux assurer la protection de tous les travailleurs, effectifs et potentiels.

---

reconnaissance des diplômes (réseau *Naric*), l'information dans le domaine de l'éducation (*Eurydice*) et échanges d'expérience entre décideurs dans le domaine de l'éducation (*Arion*).

[722] D'autres actions sont également envisagées. En ce sens, la Commission a mis en place, depuis 1975, le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (CEDEFOP), chargé de développer des activités académiques et techniques pour soutenir le développement de la formation professionnelle en Europe ; et, depuis 1995, la Fondation européenne pour la formation, chargée de soutenir et coordonner la réforme des systèmes de formation professionnelle. Source : http://europa.eu.int, données saisies le 26 novembre 2002.

[723] En constituent des exemples français, le contrat initiative-emploi (L. 322-4-2), les stages d'insertion et de formation à l'emploi (L. 322-4-1, 2), les stages d'accès à l'entreprise (L. 322-4-1, 1).

La formation « tout au long de la vie » est une thématique apparue ces dernières décennies, surtout depuis le début des années 70[724]. Devenue un enjeu crucial pour la compétitivité de l'entreprise et pour l'« employabilité » de l'individu, elle est aujourd'hui un concept légal, étant également, au moins depuis les années 80, présente dans le dialogue social et les négociations collectives de nombre de pays, tels que l'Autriche, la Belgique, la France[725], les Pays-Bas, l'Espagne et la Suède. Au niveau européen, les partenaires sociaux intersectoriels se sont mis d'accord en 2002 sur un important «cadre d'action pour le développement des compétences et des qualifications tout au long de la vie». Le dialogue social sectoriel a également pris position quant à la formation tout au long de la vie, dans de nombreuses branches d'activité.[726]

Une *multiplicité d'acteurs* – individus, employeurs, partenaires sociaux et pouvoir publics – s'implique donc dans ce processus, quoique les bénéficiaires directs de la formation soient toujours l'entreprise et la personne concernée. La formation continue concerne également une grande *diversité de pratiques et d'institutions*, selon le pays dans lequel elle se développe, en raison notamment de l'absence de systèmes nationaux établis en faveur d'une telle formation. Cette diversité

[724] Aux origines de la formation continue française, se trouvent le projet de protocole dit « de Grenelle » (1968) et un accord signé par les partenaires sociaux le 9 juillet 1970.
[725] Une véritable obligation de négocier sur la formation professionnelle des salariés découle de l'article L. 933-2 du Code du travail.
[726] Par ex., le transport routier, les chemins de fer, le transport maritime, le commerce, la coiffure et les soins de beauté, les assurances, les services postaux et les télécommunications (source : CARLEY, Mark. « Vers un dialogue qualitatif dans les relations industrielles », http://www.eiro.eurofound.eu.int).

d'initiatives portant sur la formation et l'apprentissage tout au long de la vie est clairement perçue dans le tableau comparatif disponible dans l'Annexe XXI.

Succédant à la formation initiale comme instrument de la protection, la formation professionnelle continue a pour mission d'accompagner l'individu tout au long de sa vie (image d'éducation permanente). Finie l'époque où l'étudiant quittait l'Université doté d'une formation déjà accomplie. Finies les carrières pensées, à l'avance, du début à la fin. Désormais, elles sont recyclées. Une bonne formation professionnelle ne suffit donc plus. C'est le développement incessant des connaissances et des aptitudes personnelles, dès lors que l'état des relations les rend obsolètes, qui va assurer au travailleur l'insertion ou le maintien sur le marché du travail, voire un avancement dans la carrière. Si le développement des compétences des entreprises est depuis quelques décennies sans cesse requis, il en est de même des compétences de leurs salariés.[727]

Savoir s'adapter rapidement aux dernières innovations et aux exigences des clients et des investisseurs est donc une démarche récurrente que les salariés et candidats à l'emploi doivent satisfaire. Les besoins en compétences évoluent

[727] Ainsi, par exemple, si l'entreprise passe progressivement de la vente de produits à la vente de solutions ou de services, le salarié doit être en conditions de s'adapter à la nouvelle demande. Un exemple emprunté : « les caissières de supermarché doivent encaisser les articles, répondre aux demandes de renseignements, remplir les bons de garantie et établir les factures sur demande », ainsi que remplir les formulaires de livraison à domicile, si c'est le cas. (Sylvie HAMON-CHOLET et Catherine ROUGERIE., op. cit.).

donc très vite. Cette mutation rapide est incompatible avec le cadre statique d'une organisation en postes de travail. Les qualifications « figées » sont rétrogrades, parce qu'elles risquent de bloquer le progrès de l'entreprise.[728] Par conséquent, les DRH se multiplient et plusieurs entreprises réalisent désormais des démarches visant le perfectionnement constant des compétences de leurs salariés. L'alternance de périodes de travail, de formation ou de congés sabbatiques semble être plus que jamais d'actualité. [729]

De nos jours, la formation professionnelle continue est donc au sommet des préoccupations sociales des gouvernants et des partenaires sociaux.[730] En France, le Code du travail dédie tout son livre neuvième à la formation professionnelle continue « dans le cadre de l'éducation permanente ». Un véritable *droit à la qualification professionnelle* est mentionné par l'article L. 900-3, à tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage, visant à acquérir « une qualification correspondant aux besoins de l'économie prévisibles à court ou moyen terme ». C'est pourquoi la formation continue est généralement de courte durée et, à la différence de la formation initiale, déliée de la recherche d'un certificat.

[728] Par exemple, par des conflits lourds et récurrents, comme c'est le cas de l'entreprise Usinor, spécialisée dans la sidérurgie, cf. Liaisons sociales/Magazine, avril 2000, p. 82.
[729] D'une certaine manière, cela contribue à la mort de la carrière traditionnelle ! De même, l'expérience perd beaucoup de sa valeur traditionnelle et le travail qui se « virtualise » n'a plus souvent la même fonction identitaire, les tâches devenant provisoires et hétérogènes.

Traitant des objectifs de la formation professionnelle permanente, l'article L. 900-1 dispose qu'elle constitue une « obligation nationale » et qu'elle « a pour objet de permettre l'adaptation des travailleurs au changement des techniques et des conditions de travail, de favoriser leur promotion sociale par l'accès aux différents niveau de la culture et de la qualification professionnelle et leur contribution au développement culturel, économique et social ».[731] Cependant, un autre argument pourrait également justifier l'intérêt accru pour la formation professionnelle continue. Le vieillissement de la population entraîne en effet une nécessité naturelle d'adaptation, parce que les travailleurs, étant sur le marché du travail des années durant, n'ont pas en général suivi de formation depuis longtemps.

Cela est l'une des raisons pour lesquelles la France attache actuellement la plus grande importance à l'accord sur la formation professionnelle, considéré par le Président Chirac « un atout essentiel pour faire face aux aléas de la vie professionnelle ». Deux points sont considérés comme essentiels : assurer un droit

---

[730] Pour une vision détaillée du contrat de travail-formation ou « contrat d'activité » où chaque travailleur consacre une partie de son temps de travail à sa formation, v. BOISSONNAT, op. cit., notamment pp. 252 et suivantes.

[731] En France, l'initiative de la formation continue, dans le cadre d'un contrat de travail, peut émaner aussi bien du salarié que de l'employeur. Dans le premier cas, elle impose certaines conditions (ex., ancienneté) et elle débouche sur une suspension du contrat de travail, ouvrant une période de congé de formation. Dans le second cas, elle relève de la politique de formation de l'entreprise (plan de formation), à laquelle est associé le comité d'entreprise. La formation offerte par l'employeur est considérée comme un temps de travail effectif et le salarié ne peut pas la refuser (Cass. Soc. 7 mai 1981, Bull V., n. 393 ; 5 octobre 1988, CSB 1989, A. 16.59, *apud* MAZEAUD, op. cit., p. 267).

« personnel » à la formation et réduire les inégalités entre salariés des petites et des grandes entreprises, car dans ces dernières, les salariés ont davantage de garanties.[732]

La signature de l'accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003, sur l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle répond à cet objectif, permettant « à chaque salarié d'être en mesure d'élaborer et de mettre en oeuvre un projet professionnel qui tienne compte non seulement des besoins en qualification de son entreprise ou, plus généralement, de ceux du monde économique, mais aussi de sa propre ambition de développer ses connaissances, ses compétences et ses aptitudes professionnelles ».

Désormais, le droit individuel à la formation sera reconnu à tout salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée et ayant une ancienneté d'un an dans l'entreprise qui l'emploie. Le bénéfice est un « crédit » de 20 heures pour les salariés à temps complet (ou plus si la convention d'entreprise ou de branche le prévoit) cumulable sur six ans. Ce droit s'exercera à l'aide d'entretiens professionnels, de bilan de compétences, de plans de formation, de contrats de professionnalisation (qui remplaceront les contrats de qualification, d'adaptation et d'orientation, s'adressant aux jeunes de moins de 26 ans sans qualification professionnelle ou qui veulent compléter

[732] « Une réforme très attendue par l'Elysée, le gouvernement et les syndicats. MM. Chirac et Raffarin font de l'accord sur la formation professionnelle le symbole d'un 'dialogue social' renoué. », *Le Monde* du 19 septembre 2003.

leur formation initiale, ainsi qu'aux demandeurs d'emploi dès lors qu'une professionnalisation est nécessaire pour favoriser leur retour vers l'emploi).[733]

Le projet gouvernemental de loi sur le dialogue social et la formation professionnelle reprend l'accord signé, tout en rajoutant un « volet deuxième chance » pour tous ceux qui sortent sans qualification du système scolaire et pour ceux qui sont au chômage depuis longtemps.

Plusieurs actions relèvent du champ d'application de la formation professionnelle continue, tel que prévu par l'article L. 900-2 du Code du travail français : *préformation* et *préparation* à la vie professionnelle, *adaptation* à un premier emploi ou à un nouvel emploi, *promotion* d'une qualification plus élevée, *prévention* des risques d'inadaptation à l'évolution des techniques et des structures des entreprises, *conversion* de la qualification ou de l'activité des travailleurs en une autre, *acquisition*, *entretien* ou *perfectionnement* des connaissances culturelles et des responsabilités associatives, *réalisation d'un bilan de compétences* permettant aux travailleurs d'analyser leur compétences, aptitudes et motivations en vue de la définition d'un projet professionnel ou de formation.

---

[733] La version intégrale de l'accord est disponible sur le site http://www.liaisons-sociales.presse.fr/description/documents/ACCORD-20-09-03.pdf . Dans le préambule de l'accord, il est reconnu par les parties que «l'accès des salariés à la formation professionnelle continue dépend trop souvent de leur niveau de formation initiale, de la taille de leur entreprise, du secteur professionnel dans lesquels ils exercent leur activité, de leur sexe, de la catégorie socioprofessionnelle correspondant à leur emploi, ou de la nature de leur contrat de travail. »

Le 28 février 2002, les partenaires sociaux au niveau européen (CES, UNICE et CEEP) ont en ce sens conclu un accord sur un « cadre d'actions pour le développement des compétences et des qualifications tout au long de la vie », considérées comme un intérêt partagé des entreprises et des salariés. Cet accord estime que l'initiative de la formation tout au long de la vie « suppose que 1) chaque entreprise fasse du développement des compétences des salariés qu'elle emploie un enjeu de sa performance ; 2) chaque salarié fasse du développement de ses compétences un enjeu de la conduite de son parcours professionnel ; 3) l'État et les collectivités locales favorisent les possibilités d'apprentissage pour plus de compétitivité et de cohésion sociale. »

Plusieurs démarches sont à cet égard nécessaires : identifier les besoins en compétences et en qualifications[734] ; anticiper leur évolution au niveau de l'entreprise, du secteur et de la Nation ; développer un environnement propice à l'apprentissage ; informer, accompagner et conseiller les salariés et les entreprises, notamment les PME ; travailler en partenariats avec les institutions d'éducation et de formation à tous les niveaux et développer des réseaux pour la collecte d'informations et l'échange d'expériences ; reconnaître et valider les compétences et les qualifications ; mobiliser les ressources.

[734] Le « cadre d'actions » conclu par les partenaires sociaux au niveau européen en 2002 distingue bien les compétences des qualifications : « les compétences sont les savoirs, les aptitudes et les savoir-faire mis en œuvre et devant être maîtrisés dans une situation professionnelle donnée ; les qualifications sont

Comparativement à la formation initiale, la formation continue se heurte à des épreuves beaucoup plus ardues à surmonter. Lorsque le cours de vie active commence, il est en effet plus difficile de mettre en œuvre une politique de formation, qui demeure marginale. Les études réalisées par le CEREQ sur ce point démontrent d'abord que le niveau de formation est plus élevé pour les jeunes que pour les adultes[735], ce qui atteste la prépondérance de la formation initiale ; ensuite, que la formation continue n'est visible que pour les niveaux supérieurs et est plus nette dans les pays nordiques et germaniques.[736]

Étant produit de la croissance, la formation professionnelle continue est conditionnée par plusieurs facteurs, tels que la culture nationale (on ne se forme pas uniquement pour des objectifs professionnels), l'implication publique (aides financières, etc.) et la plus grande flexibilité/ouverture de la formation aux besoins des adultes (ex.,

---

l'expression formelle des capacités professionnelles du salarié. Elles sont reconnues au niveau national ou sectoriel. »

[735] V. tableau dans l'Annexe XXII sur la participation des adultes entre 25-64 ans à une formation permanente.

[736] **La formation continue dans l'Europe des Quinze** – Source : AVENTUR et MÖBUS, op. cit., *apud* GAURON, op .cit., p. 126.

Initiative de l'individu	**Initiative de l'employeur**		
	Faible	**Moyenne**	**Forte**
Réduite	Italie, Espagne, Grèce, Portugal	Irlande	--
Modérée	--	Allemagne, Autriche, Belgique, Luxembourg	France
Répandue	--	Pays-Bas	Royaume-Uni
Forte	--	--	Danemark, Finlande, Suède

les horaires des cours de la formation doivent s'accommoder aux horaires de travail). D'autres éléments interviennent également pour inciter l'investissement individuel : l'offre fréquente et qualitative de la formation, bénéfices pour la personne eu égard aux coûts individuels (ex : avancement de carrière), objectifs extra-professionnels. Ainsi, il existe une complémentarité relative des facteurs et des initiatives du salarié et de l'employeur dans la formation continue.

Outre cette relation de complémentarité, il existe une relation de « substituabilité partielle »[737] entre formation professionnelle initiale et formation professionnelle continue. Ainsi, il semble que, plus le système de formation initiale est fondée sur l'alternance, plus les initiatives de la formation continue dépassent les objectifs professionnels, relevant de la compétence de l'individu. Au contraire, si le système de formation initiale est plutôt généraliste, la formation continue est davantage imprégnée des objectifs professionnels et de l'initiative de l'employeur.

Il semble exister même une interdépendance des formations dans la vie de l'individu. D'après le « cadre d'actions » conclu par les partenaires sociaux au niveau européen en 2002, la formation tout au long de la vie « suppose l'existence d'un socle de base qui doit être acquis par chaque individu durant sa formation initiale. Ce socle de base doit être conjointement défini et actualisé par les systèmes éducatifs nationaux et les partenaires sociaux. »

D'autre part, la formation continue est d'autant plus valorisée et financée par les entreprises que le chômage de masse est contrôlé. Il est évident que, si l'entreprise exige de plus en plus le développement des compétences individuelles, elle doit en contrepartie offrir des moyens suffisants pour que ces salariés soient en mesure de répondre à ses prétentions, et ce des niveaux stratégiques jusqu'aux niveaux opérationnels. En raison de l'introduction de *l'obligation imposée à l'employeur de financer* la formation continue à proportion de 1,5% de la masse salariale, la France occupe une place singulière dans l'effort en faveur de la formation des salariés : la deuxième en Europe, avec 2% du PNB, juste derrière le Royaume-Uni (2,7% du PNB).[738] Cette position privilégiée s'explique par le fait que les entreprises y consacrent en moyenne 3,5% de la masse salariale, soit beaucoup plus que l'obligation légale.

Il est vrai qu'en France une obligation de formation en adaptation aux techniques nouvelles relève de la compétence de l'employeur.[739] Cependant, il n'existe aucun devoir direct et général de protection, par le biais de la formation du personnel aux habilités non seulement techniques, mais aussi humaines et conceptuelles. Le

---

[737] AVENTUR et MÖBUS, op. cit., *apud* GAURON, op. cit., p. 127.
[738] GAURON, op. cit., p. 15.
[739] À cet égard, un exemple, emprunté à M. le Professeur Antoine MAZEAUD, op. cit., p. 266 : « un licenciement économique lié à une transformation d'emploi, ou un licenciement pour insuffisance professionnelle, alors que le salarié n'aurait pas été formé à sa nouvelle fonction ou à l'utilisation de nouvelles techniques de travail, n'auraient pas de motif légitime. »

tableau reproduit ci-dessous démontre en outre que beaucoup reste encore à faire afin de faciliter l'accès à la formation à l'ensemble des travailleurs.

Taux d'accès à la formation continue par catégorie socioprofessionnelle (en %)[740]

	Hommes	*Femmes*	*Ensemble*
Ouvriers non qualifiés	*16,4*	*10,7*	*14*
Ouvriers qualifiés	*25,5*	*16,4*	*22,2*
Employés	*24*	*23,9*	*24*
Techniciens	*46,1*	*42,5*	*45*
Cadres	*43,4*	*42,7*	*43,2*
Ensemble	*30,4*	*26*	*28,7*

Plusieurs questions se posent sur le monde des relations professionnelles. Les incertitudes se font plus présentes dans les esprits à ce sujet. Toujours est-il que plus l'éducation et les aspects sociaux prennent de l'importance dans le contexte social orientant les prises de décisions politiques, plus l'économie se développe à long terme et plus le chômage a tendance à décroître. En ce sens, une des constatations optimistes du Rapport 2003 de la Commission européenne sur l'emploi, publié le 9 octobre 2003, est que la main-d'œuvre est devenue mieux formée, la part des emplois non qualifiés étant passée de 46 % à 39 % entre 1995 et 2001.[741]

[740] Source : Exploitation des déclarations fiscales 2483, 1995, traitements CEREQ. La formation professionnelle, contribution du secrétariat d'État aux Droits de la Femme et à la Formation professionnelle, mars 1999, *apud* GAURON, p. 24.
[741] Source : « L'emploi européen résiste encore, malgré le ralentissement de l'économie », *Le Monde* du 11/10/03.

La modernisation économique et la lutte contre l'exclusion supposent l'élargissement de l'accès à la formation scolaire et professionnelle de qualité[742]. Étant donnée l'importance des formations professionnelles pour la protection du travailleur dans ce monde mondialisé, il est tout à fait souhaitable qu'on arrive à établir un nouvel ordre juridique commun, en mesure de bénéficier à tous les individus capables de travailler.

Aussi importantes que soient les formations professionnelles pour assurer l'insertion des travailleurs, une protection adéquate ne peut se faire sans l'aide d'autres mécanismes visant à promouvoir un meilleur équilibre social.

§ 2. Les outils judiciaires

Après avoir analysé la nécessité d'une protection procédurale adaptée aux besoins des travailleurs (A), nous étudierons brièvement le besoin, pour la protection des travailleurs, du pouvoir normatif de la Justice du travail, mis à la disposition des seuls juges brésiliens (B).

---

[742] Les dernières données brésiliennes en la matière révèlent que seulement 40,3% des brésiliens atteignent le niveau équivalent au bac… Les différences régionales sont à cet égard énormes : une éducatrice perçoit au nord-est 131% de moins qu'une éducatrice du sud-est ou du sud ; le taux de personnes ayant fini l'Université varie de 34% au sud-est à 3% dans les états de Bahia, Maranhão et Amazonas et autres états fédéraux. (Source : *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, INEP/MEC*, *apud* Journal *Estado de Minas* et *Jornal do Brasil,* du 12 mars 2003, pages 21 et A4, respectivement).

A) LA PROTECTION PROCÉDURALE

La question posée ici est de savoir si la procédure devant les tribunaux doit entrer dans le champ d'application du principe protecteur du travailleur, notamment en ce qui concerne la charge de la preuve des faits.[743]

À cet égard, il n'est point de droit, s'il n'existe pas de remèdes judiciaires pour en garantir l'application. Le droit de la procédure doit en effet servir à atteindre l'objectif voulu par le droit objectif substantiel, la prétention, dans le procès, n'existant qu'en raison de son contenu. Ainsi, la science procédurale doit être utile, c'est-à-dire qu'elle doit assurer autant que possible l'effectivité du droit matériel, étant un instrument de réalisation du droit substantiel. En droit du travail, la procédure parfois particulière doit, par conséquent, tenir compte des singularités de cette branche du droit, dont tout spécialement le principe protecteur du travailleur.

D'après une analyse historique, il semble, par ailleurs, que la notion de neutralité de la procédure n'ait jamais été certaine. Le droit de la procédure, en tant qu'instrument de concrétisation du droit substantiel, semble en effet avoir servi aux

[743] À ce sujet, évitons toute confusion entre neutralité et impartialité du juge. Le juge n'est nullement neutre, car son inconscient, sa subjectivité, ses conceptions sont déjà formés au moment où il va trancher le litige. Il est ainsi assujetti aux conséquences de son éducation et des valeurs reçues tout au long de sa vie. En ce sens, il est unique. Bien évidemment, en décidant une affaire, le juge n'est point une machine purement objective. La prise de conscience sur la non-neutralité du juge renforce d'ailleurs son caractère humain. Pourtant, il doit être impartial, en ce qu'il doit tenir à la notion de justice.

intérêts des parties dominantes dans chaque période historique.[744] Pourtant, de nos jours, « la législation ne peut traiter de manière invariablement égale les parties, en ignorant les conditions distinctes de chacun d'entre eux. (…) La situation concrète de chacun des sujets concernés est rarement identique. Les informations que les uns possèdent ne sont pas à la portée des autres ; le coût d'une demande écarte la possibilité d'une action en justice pour les uns, tandis que pour les autres elle ne signifie pas beaucoup ; les preuves que certains peuvent produire avec facilité ne sont pas accessibles pour d'autres ; l'attente pour un jugement peut bénéficier à une partie et léser profondément l'autre.»[745] La législation doit donc compenser ces différences existantes dans les faits, conclut le même auteur, de manière lapidaire.

Si la procédure revêt un caractère instrumental de concrétisation du droit matériel, force est de constater qu'elle doit en effet s'adapter aux caractéristiques de ce droit protecteur du salarié. En ce sens, raison semble être donnée à COUTURE : « le principe fondamental de la procédure du travail est relatif à sa finalité, en tant

[744] À ce sujet, le professeur MALLET citant Vittorio DENTI rappelle que les sociétés créèrent des instruments rapides et efficaces pour la protection de la possession, lorsque l'idée prédominante fut d'associer la richesse et le pouvoir à la propriété de la terre, comme chez les Romains. Ensuite, sitôt que la société fut dominée par le commerce, le droit s'occupa de protéger le créancier. Et enfin, quand l'égalité de tous devant la loi a pris la place auparavant occupée par une société hiérarchisée, les normes de la procédure se contentent de sauvegarder une parité formelle, laquelle suppose une égale position économique et sociale (MALLET, Estêvão. « Discriminação e processo do trabalho", in *Discriminação.* Coord. M.T.VIANA et L.O.L. RENAULT, São Paulo, LTr, 2000, p. 158).

[745] MALLET, Estêvão, op. cit. , 2000, p. 158.

qu'instrument logique de corriger des inégalités en créant d'autres inégalités »[746], ou à ESCARTIN : « la protection du travailleur, d'un point de vue matériel ou substantif, aurait un volet procédural dont elle ne saurait se séparer. Et, si les normes laborales substantives s'encheminent vers la protection du travailleur, les normes procédurales ne peuvent rester étrangères à cet objectif. Il faut au travailleur non seulement que l'ordre juridique lui reconnaisse certains droits, en admettant sa situation d'inégalité économique et juridique, mais aussi et avec la même intensité, que les normes procédurales lui permettent d'exercer ces droits, en cas de violation de ces derniers par l'entreprise. »[747]

Le même auteur résume les arguments utilisés dans un jugement espagnol pour l'interpénétration du droit matériel et du droit de la procédure :

> a) la disparité normative du droit du travail se fonde sur une inégalité originelle entre employeur et salarié. Cette inégalité a comme fondement non seulement une condition *économique* distincte des parties, mais aussi une condition *juridique* diverse caractérisée par l'existence du lien de subordination ;

---

[746] COUTURE, Eduardo. *Algumas nociones fundamentales del derecho processual del Trabajo*. Tribunales del Trabajo, Instituto de Derecho del Trabajo, Faculdad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fé, Argentina, 1941, *apud* REIS DE PAULA, Carlos Alberto, op. cit., p. 125.

[747] Traduction de l'auteur. La version originale est la suivante : « la tutela del trabajador, junto a una vertiente material o sustantiva, tendría así una vertiente procesal, inseparable, podría decirse, da la anterior. Y si las normas laborales sustantivas se encaminam a tutelar al trabajador, las normas procesales no pueden permanecer por completo ajenas a ese objetivo. El trabajador necesita no sólo que, atendiendo a su situación de desigualdade económica y jurídica, el ordenamiento le reconozca determinados derechos; necesita igualmente, y con la misma intensidad y, si cabe mayor premura, normas procesales que le permitan actuar aquellos derechos en caso de no reconocimiento y vulneración empresarial de los mismos. » (ESCARTIN, Ignacio Garcia Perrote. *La Prueba en el Processo de Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 78, *apud* REIS DE PAULA, Carlos Alberto, op. cit., p. 134).

b) le droit du travail est spécifique par rapport au droit civil, où prédominent les principes de la liberté et de l'égalité des parties ; son souci est de compenser les inégalités fondamentales, du moins partiellement ;
c) pour atteindre cette finalité, il se sert non seulement des normes matérielles, mais aussi des normes procédurales, car le droit procédural est un instrument pour l'accomplissement des finalités du droit matériel et ces deux droits sont indivisibles ;
d) alors, l'inégalité du travailleur se corrige aussi par les normes de la procédure, dont le contenu empêche ou diminue l'inégalité matérielle, tant qu'elles sont proportionnelles au but recherché ;
e) cela débouche sur une singularité de la procédure en droit du travail, par rapport aux autres droits de la procédure ;
f) la finalité protectrice ou compensatrice du droit du travail est en conformité avec la Constitution espagnole, dans la mesure où elle institue un État démocratique et social de droit et garantit une égalité réelle entre les citoyens.

Dans cet esprit, la Constitution de la République brésilienne dispose, dans le Titre « Des principes fondamentaux » que « sont objectifs fondamentaux de la République Fédérative du Brésil : (…) III – éradiquer la pauvreté et la marginalisation et réduire les inégalités sociales et régionales » (c'est nous qui soulignons). Néanmoins, l'article 818 de la CLT énonce, de manière simpliste, que « la preuve des allégations incombe à celui qui les a faites ». Cette règle est d'ailleurs un écho de l'article 9 du NCPC français (« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ») ou alors avec l'article 1315, alinéa 1, du Code civil français, selon lequel la charge de la preuve de la réalité ou non d'un contrat de travail revient à celui qui s'en prévaut.[748]

[748] Bien évidemment, la notion de la charge de la preuve ne s'applique que lorsque la preuve produite dans une procédure est insuffisante pour former la conviction du magistrat. Cela a été déjà affirmé par

Le doute sur *l'onus probandi* naît lorsque les deux parties invoquent des faits différents à l'appui de leur droit. C'est peut-être pourquoi la jurisprudence brésilienne a, depuis un certain temps, envisagé l'application combinée de l'article 818 de la CLT avec l'article 333 du code de la procédure civile[749], qui distribue ainsi la charge de la preuve : au demandeur incombe la preuve des faits constitutifs du droit allégué (alinéa I); au défendeur incombe la preuve des faits qui empêchent, modifient ou éteignent le droit allégué (alinéa II). Cela rejoint curieusement ce que dispose l'article 1315, alinéa 1, complété par l'alinéa 2 du Code civil français : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

À propos de la preuve judiciaire, M. le Professeur Jean CARBONNIER observe que « c'est à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention (a. 9. C. Pr. C). Rationnellement, la charge de la preuve incombe en premier lieu au demandeur (*actori incumbit probatio* : a. 1315, al. 1), puisque c'est lui qui prend l'initiative de rompre le *statu quo*. Mais si, le demandeur ayant démontré son droit, le défendeur invoque contre lui des moyens de défense (a. 71 s. C. Pr. C.), le second devient pour ainsi dire demandeur à l'intérieur de ses moyens de défense, et

---

CARNELUTTI (« un surrogato della prova insufficiente »). Source : *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 265, *apud* MALLET, Estêvão, op. cit. , 2000, p. 165.

[749] L'article 769 de la CLT permet l'application subsidiaire de la législation de droit commun à la procédure du droit du travail.

c'est dès lors à lui de les prouver (a. 1315, al. 2 : *reus in excipiendo fit actor* = le défendeur devient demandeur dans l'exception qu'il invoque [l'exception, c'était autrefois tout moyen de défense ; aujourd'hui, le mot tend à se restreindre aux seuls moyens de procédure, cf. a. 73, C. Pr. C.]). »[750]

Néanmoins, le critère emprunté au droit civil français ou à la procédure civile brésilienne – qui définit le mieux le critère de distribution de la charge de la preuve – représente, en réalité, une confirmation de l'application du principe d'isonomie, qui consiste à distribuer également la charge de la preuve entre les parties à l'instance ! Dans les deux cas, ne sont pas envisagées les hypothèses dans lesquelles il est difficile, voire impossible de produire une telle preuve. Par conséquent, la possibilité concrète de chaque partie concernée n'est pas considérée. Or, chacun sait qu'en droit du travail – comme, par conséquent, en droit de la procédure sociale – la situation dominante est celle de l'inégalité des parties. Il faudrait donc une adéquation de la procédure civile *commune* au droit *spécial* du travail, au moyen, p. ex., de la multiplication raisonnable et adéquate des *présomptions légales*, qui auraient pour but de faciliter la preuve des faits invoqués par le travailleur.[751]

[750] CARBONNIER, op. cit., pp. 336/337.

[751] Il convient toutefois de souligner que les présomptions simples ne dispensent pas définitivement le demandeur de rapporter la preuve du droit qu'il allègue que dans la mesure où le défendeur ne produit pas de preuve. Si, au contraire, tel est le cas, le demandeur, même en présence d'une présomption simple en sa faveur, doit apporter ses éléments de preuve (contraires à la preuve produite par le défenseur) devant le juge.

L'existence de *présomptions simples* en faveur du travailleur entraîne d'ailleurs l'inversion de la charge de la preuve, qui appartiendra alors à l'employeur, et ce même si elles ne sont pas explicitement visées par la loi, mais doivent s'induire de la preuve mise à la charge de ce dernier. Pour emprunter une expression à M. le Professeur CARBONNIER, « la présomption aboutit ici à un simple *renversement du fardeau de la preuve* ».[752] Le même auteur professe : « les présomptions légales, fussent-elles simples, ont une extrême utilité pour la partie au profit de qui elles sont instituées. Non seulement parce qu'elles la dispensent de faire une démonstration qui pourrait lui être difficile, mais parce qu'elles ont pour résultat de laisser à la charge de son adversaire tous les cas douteux, pour lesquels la preuve ne peut être rapportée ni dans un sens ni dans l'autre (imputabilité du risque de la preuve). »

En droit du travail, l'existence des présomptions, encore que *juris tantum*, en faveur du travailleur représente un des moyens les plus efficaces pour assurer l'application du principe protecteur lors de la procédure. Les présomptions légales pourraient être en effet originaires de *l'aptitude à la preuve* (ou de la *pré-constitution de la preuve*), davantage apparente chez l'employeur, étant donnés tous les documents bureaucratiques qu'il doit avoir dans l'entreprise[753]. En droit brésilien, la technique

[752] CARBONNIER, op. cit., p. 337. Le fondement pour un tel choix du législateur résiderait dans la *probabilité* : dans la plupart des cas, illustre l'auteur, l'enfant issu d'une femme mariée a pour père le mari (présomption de paternité, a. 312) et donc au mari de la mère incombe de démontrer qu'il ne peut pas être le père de l'enfant (a. 312, al. 2).

[753] En général, c'est donc l'employeur qui est en possession des moyens les plus adéquats à la preuve du fait *sub judice,* tels que les documents, les informations, les registres.

d'inversion ou du « renversement » de la charge de la preuve est admise, lorsque la production de la preuve est extrêmement difficile pour une partie en particulier.[754] C'est ainsi que le juge brésilien présume, p. ex., l'existence d'un lien de subordination, lorsque l'entreprise utilisatrice du travail admet la prestation de services, mais nie l'existence d'un contrat de travail. Il appartient donc à l'entreprise de prouver, p. ex., que le travailleur est bien un travailleur indépendant et non un salarié ordinaire.[755]

La jurisprudence brésilienne admet également, depuis un certain temps, l'inversion de l'*onus probandi* au profit du travailleur dans d'autres situations citées à titre d'illustration : a) lorsque l'employeur allègue que le salarié a démissionné, même si celui-ci affirme avoir été licencié (art. 333, II, CPC ; fait qui « empêche » ou qui constitue un obstacle au droit allégué par le salarié) ; b) lors de la discussion sur la prestation d'heures supplémentaires, si l'employeur a l'obligation légale de contrôler l'horaire de travail du salarié, par voie manuelle, mécanique ou électronique, et n'exhibe pas ce contrôle.[756] Par ailleurs, l'article 765 de la CLT, adoptant manifestement le caractère inquisitoire de la procédure en matière sociale, concède au juge brésilien une « large liberté dans la direction de la procédure », lui permettant de déterminer n'importe quelle mission d'information nécessaire à la

[754] Le Code de Défense du Consommateur brésilien énonce, par ailleurs, dans l'article 6, alinéa VIII, que constitue un des droits du consommateur « la facilitation de la défense de ses droits, y compris **l'inversion de la charge de la preuve en sa faveur dans la procédure** civile, lorsque, selon le juge, l'allégation est vraisemblable ou lorsqu'il est économiquement faible, selon les règles ordinaires de l'expérience » (c'est nous qui soulignons).

[755] Application du vieil adage : « l'ordinaire se présume ; l'extraordinaire se prouve ».

résolution des litiges. Il semble que la législation française aille dans le même sens, d'après la disposition de l'article R. 516-21.[757] Pourtant, en droit français, il est rare qu'une telle mission soit reconnue, car elle n'est pas obligatoire, même si elle demeure possible.[758]

L'existence de présomptions en faveur du salarié existe aussi en droit français. M. le Professeur JAVILLIER souligne, par exemple, que le législateur présume parfois l'existence d'un contrat de travail, « notamment lorsque les salariés ont la plus grande difficulté à apporter les éléments de preuve, ou encore lorsqu'il paraît souhaitable de les faire bénéficier de certaines règles particulières ».[759] De plus, « Lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ». Cet exemple touche un salarié engagé en qualité de voyageur-représentant-placier (VRP), percevant

---

[756] L'article 74, paragraphe 2, oblige l'employeur au contrôle des horaires de travail, chaque fois que l'établissement dépasse les 10 travailleurs. À cet égard, également l'« Enunciado » 338 du TST.

[757] Art. R. 516-21 : « Afin de mettre l'affaire en état d'être jugée, le bureau de conciliation ou le bureau de jugement peut, par décision qui n'est pas susceptible de recours, désigner un ou deux conseillers rapporteurs en vue de réunir sur cette affaire les éléments d'information nécessaires au conseil de prud'hommes pour statuer. » En ce sens, Cass. Soc. 31 mars 1978 : « La mission d'information confiée au conseiller rapporteur n'étant pas une enquête au sens du code de procédure civile, il peut recueillir des renseignements utiles à la manifestation de la vérité sans observer les prescriptions prévues en pareil cas. »

[758] Crainte d'impartialité de la part du juge ? BARBOSA MOREIRA réfute cette hypothèse: « si le juge s'expose à la censure d'impartialité dans l'hypothèse d'agir, rien que par le fait que la preuve obtenue comme résultat de son activité bénéficie une des parties, à la rigueur il s'exposera aussi à la même censure dans l'hypothèse d'omission : le manque de la preuve à la suite de l'omission pourrait bénéficier la partie contraire ! » ("Reflexões sobre a imparcialidade do juiz", *Revista Jurídica* n.250, août 1998, p. 8, *apud* MALLET, Estêvão, op. cit. , 2000, p. 165).

[759] JAVILLIER, op. cit, p. 54. L'auteur observe ensuite que tel est le cas des journalistes professionnels (L. 761-2), des voyageurs-représentants-placiers (L. 751-1), des artistes et mannequins (L. 762-1), des assistantes maternelles (L. 773-1) et encore des travailleurs à domicile (L. 721-1).

un salaire fixe et des commissions. La Cour d'appel avait débouté le salarié de la demande en paiement de commissions calculées sur un certain chiffre d'affaires, en énonçant que nul document probant ne permettait de présumer que la société avait réalisé un tel chiffre d'affaires. La Cour de Cassation a, cependant, considéré « qu'il appartenait à l'employeur de justifier du chiffre d'affaires réalisé pendant la période sur laquelle portait la réclamation ».[760].

Précédemment, la Haute Juridiction avait déjà prononcé à maintes reprises, par exemple, qu'« en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en apporter la preuve. » C'est ainsi qu'une associée à une société s'est vue reconnaître le statut de salariée, car l'existence de bulletins de salaire, de l'avenant au contrat de travail, de l'attestation Assédic et du certificat de travail établissait une apparence de contrat de travail, sans qu'il y ait eu preuve en sens contraire. La Cour de Cassation a en l'espèce reproché à la Cour d'appel – qui avait considéré qu'il appartenait à l'intéressée, qui se prévalait de l'existence d'un

[760] Cass. soc. 18 décembre 2001, n° 5312 FS-PB, Wolff c/ Bor ès qual, RJS, mars 2002, n. 287. Cette décision rappelle d'ailleurs la solution prévue par l'article 146 du nouveau Code de procédure civile, selon lequel une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver, mais qu'en aucun cas une telle mesure ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve. Cependant, il n'existe pas de carence du demandeur dans l'administration de la preuve, lorsque, pour rapporter la preuve de sa prétention, la seule possibilité est de recourir à des éléments en la seule possession de l'adversaire (que ce dernier doit produire). Ainsi, tel qu'il avait déjà été jugé, si le préjudice ne peut être démontré que par des recherches de pièces auxquelles le salarié ne pouvait lui-même procéder, le juge est tenu d'ordonner une expertise (Cass. ch. mixte 6 juillet 1984 : Bull. civ. n° 1), De même, le juge doit rechercher si la partie intéressée n'était pas tenue, pour rapporter la preuve de sa prétention, de recourir à des éléments en la seule possession de son adversaire (Cass. com. 1er mars 1994 *a contrario* : Bull. civ. IV n° 89).

contrat de travail, d'en établir l'existence – d'avoir inversé la charge de la preuve et d'avoir violé le texte de l'article 1315 du Code civil.[761]

Plus récemment, l'article L122-52 du Code du Travail, par exemple, introduit par la Loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002 et modifié par la Loi nº 2003-6 du 3 janvier 2003, dispose qu'« En cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu des ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

En matière sociale, le jugement n'a pas la finalité de produire une justice *commutative*, mais bien plutôt une justice *distributive*[762], ce qui justifie encore le

[761] Cass. soc. 7 novembre 2001, n° 4593 F-D, Bensahin c/ Rey ès qual, RJS, janvier 2002. Pour des exemples précédents, voir Cass. soc. 24 mars 1993, n° 1316 D : RJS 5/93 n° 481 ; Cass. soc. 11 octobre 2000, n° 4135 F-D : RJS 2/01 n° 159. Dans un autre cas, la Cour de Cassation décide qu'« En présence d'un contrat de travail apparent, il revient à celui qui en conteste l'existence ou invoque son caractère fictif d'en administrer la preuve. » En l'espèce, le contrat de travail apparent du salarié résultait de la conclusion d'un contrat de travail, imposée à l'entreprise cessionnaire, et de l'exercice d'activités au service de cette entreprise jusqu'à son licenciement. Ainsi, la Cour de Cassation a censuré la Cour d'appel qui avait prononcé la nullité du contrat de travail « en se déterminant par des motifs impropres à caractériser l'immixtion du salarié dans la gestion sociale et alors qu'elle constate que la conclusion d'un tel contrat a été imposée comme condition de la cession de l'entreprise et que l'intéressé, ancien gérant de la société cédée, a été au service de la société cessionnaire jusqu'à son licenciement. » L'affaire concernait l'ancien gérant d'une SARL cédée à une autre entreprise (Cass. soc. 20 novembre 2001, n° 4860 F-D, Metz c/ SARL Scala Imprimerie, RJS, février 2002, n. 238).

traitement inégal accordé aux parties, même dans le domaine de la procédure. En effet, « Ce qui importe est précisément qu'il y ait équilibre ou égalité réelle dans les possibilités des parties demanderesse et défenderesse. Cela peut être incompatible avec le respect du principe de l'égalité formelle. »[763] C'est pourquoi la qualification d'*équilibre procédural* est préférable à celle d'*égalité dans la procédure*. Par conséquent, en droit du travail, les présomptions voient leur existence justifiée par, outre la probabilité, le souci de rééquilibre des parties. L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales sur le droit à un procès équitable dispose en ce sens.[764]

Il convient toutefois de souligner que la protection du travailleur, dans la procédure, peut également concerner d'autres instruments coercitifs et efficaces d'application de l'ordre juridique, tels que la procédure en référé, les astreintes, la tutelle anticipatoire brésilienne[765] ou encore les actions collectives où le Parquet ou les

---

[762] Très brièvement, d'après les Termes Juridiques, Dalloz, 1995, la justice est distributive, « lorsqu'elle vise à répartir entre les personnes les biens, les droits et les devoirs, les honneurs, en fonction de la valeur, des aptitudes de chacun et de son rôle dans la société » et, au contraire, la justice commutative « est celle qui prétend veiller à une égalité arithmétique dans les échanges. » (p. 328).

[763] Traduction de l'auteur. La version originale souligne que: « Lo que importa, precisamente, es que haya equilibrio o real igualdad en las posibilidades de alegación y defensa; lo que puede resultar incompatible con el respeto a ultranza de la igualdad formal.» (ESCARTIN, Ignacio Garcia Perrote. La Prueba en el Processo de Trabajo. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 78, *apud* REIS DE PAULA, Carlos Alberto, op. cit., p.138).

[764] Cet article dispose, entre autres, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

[765] Le juge brésilien peut, avec l'appui de l'article 273 du Code de Procédure Civile et dès lors qu'il existe une preuve non équivoque du fait déduit et une apparence de vérité, anticiper les effets du jugement de fond, dans les cas où il y aurait une crainte fondée de dommage irréparable ou de réparation difficile ou lorsqu'il s'agit d'abus de droit de défense, y compris la volonté de retarder le procès. Cette décision –

organisations syndicales se présentent devant le juge en tant que « substitut procédural » des titulaires de droit ou intérêts méta-individuels de fond (matériel), préservant l'image des travailleurs dans l'entreprise et empêchant celle-ci d'exercer des représailles.[766] L'oralité des actes et le « jus postulandi » (au Brésil, comme en France, le salarié n'a pas forcément à engager un avocat) contribuent aussi à une meilleure protection du travailleur en justice. Un meilleur accès à la Justice : voilà qui pourrait résumer la quête d'une meilleure protection du travailleur.

B) LE « POUVOIR NORMATIF »

La Constitution brésilienne prévoit une alternative à la négociation collective, en cas d'échec de celle-ci, en attribuant à la Justice du travail[767] un pouvoir normatif, c'est-à-dire, une compétence pour créer des normes juridiques visant à mettre fin aux conflits collectifs entre les travailleurs et les entreprises. Le but de cette mesure est, en théorie, d'assurer une protection effective des travailleurs sur le plan collectif des

---

toujours motivée et assujettie à révocation à n'importe quel moment – ne peut être rendue en cas de danger d'irréversibilité de l'ordre judiciaire. Le demandeur assume la responsabilité d'indemniser le défendeur pour les préjudices subis, en cas d'éventuelle modification ou cassation ultérieure de la décision.

[766] Article 8, III, de la Constitution brésilienne. Le droit anglais parle de *class actions* qui seraient les actions de masse.

[767] Au Brésil, il existe une Justice du travail spécialisée, ayant compétence pour « concilier et trancher les litiges individuels et collectifs entre travailleurs et employeurs, y compris les personnes de droit public externe et l'administration publique directe et indirecte des Communes, du District Fédéral, des États et de l'Union, ainsi que, selon les formes de la loi, les autres différends découlant de la relation de travail et les litiges advenus dans l'application de ses propres sentences, même collectives. » (article 114, *caput,* de la Constitution de la République).

rapports de travail. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 114 de la Constitution de la République disposent en effet que :

> Paragraphe 1er. Lorsque la négociation collective n'aboutit pas, les parties peuvent choisir des arbitres.
>
> Paragraphe 2. Lorsque l'une des parties refuse la négociation ou l'arbitrage, il est permis aux syndicats respectifs de porter le litige collectif devant le juge ; **la Justice du Travail peut alors établir des normes et conditions**, dans le respect des dispositions conventionnelles et légales minimales de protection du travail. » (c'est nous qui soulignons)

Ainsi, le pouvoir normatif de la Justice du travail brésilienne « est une attribution constitutionnelle spéciale qui se traduit par la possibilité d'instituer, par la voie du procès collectif, de nouvelles conditions de travail, au-delà de celles minimales déjà prévues en loi. Si les parties ne trouvent donc pas une solution pour le conflit, la Justice du travail doit concilier et juger le différend, tout en recherchant un équilibre entre le capital et le travail. (…) Dans l'espèce, la majoration salariale doit être considérée apte à recomposer le pouvoir d'achat des salariés et proportionnelle, car calculée selon les indices officiels du INPC divulgués par l'IBGE. »[768] Lorsqu'un Tribunal est saisi d'un procès collectif, il s'agit donc d'un litige englobant des droits

[768] TRT 3ª R - SDC - DC/0009/02 – Juge rapporteur: Luiz Otávio Linhares RENAULT, publié dans le journal officiel DJMG du 18/10/2002 - p. 03.

collectifs, c'est-à-dire, concernant les prétentions d'un groupe, d'une collectivité ou d'une catégorie professionnelle.[769]

Pour appliquer ce « pouvoir normatif » – propre au droit brésilien – il faut toutefois porter le litige devant le juge au moyen d'un procès spécial, désigné par le nom « procès collectif ».[770] Il en existe deux types, selon que la nature du droit discuté est *juridique* (différend portant sur l'application d'une règle juridique légale ou conventionnelle déjà existante) ou *économique* (différend visant la modification d'une règle ou la création d'une autre). Dans le premier cas, le débat concerne l'interprétation de la règle, tandis que dans le deuxième c'est la modification des conditions de travail qui est envisagée. L'objectif est l'obtention d'une décision tantôt déclarative, tantôt constitutive de droit. Le schéma suivant présente brièvement ces différences :

Procès collectif de nature juridique	*Procès collectif de nature économique*
porte sur l'application d'une règle juridique déjà existante ; concerne l'interprétation de la règle ; l'action en justice est déclarative.	vise la modification d'une règle ou la création d'une autre ; touche la modification des conditions de travail ; l'action en justice est constitutive.

Cependant, cette institution est amplement critiquée, notamment parce qu'elle fait exception à la règle de la séparation des pouvoirs, constitutive de l'indépendance du pouvoir législatif pour créer les règles de droit. Sa modification se

[769] La principale source de réglementation *infra* constitutionnelle en la matière est la CLT, en ses articles 856 et suivants. Mais il existe aussi des lois éparses et toute une jurisprudence découlant du Tribunal Supérieur du Travail (TST).

trouve, par conséquent, insérée dans le projet de réforme du pouvoir judiciaire brésilien. Il semble en effet que soit plus convenable l'introduction d'une instance non-judiciaire de solution des conflits par la conciliation, la médiation ou l'arbitrage, pourvu que cela résulte d'un comportement volontaire. Cela semble par ailleurs être l'orientation européenne.[771]

De la nécessité du « pouvoir normatif » de la Justice du travail brésilienne pour la protection des salariés, certains sont moins convaincus que d'autres. En effet, d'aucuns argumentent que l'extinction de ce pouvoir normatif mènera à une situation de déséquilibre des rapports de force dans les relations collectives du travail, lorsqu'il s'agit de syndicats faibles ou mal représentés[772], ce qui pourrait déboucher sur l'établissement de conventions et accords collectifs inéquitables. Hors cette hypothèse, il convient toutefois d'admettre, à n'en pas douter, qu'une négociation collective appropriée et d'autres modes de solution des conflits collectifs sont davantage adéquats au présent stade d'évolution des relations professionnelles.

En ce sens, la Recommandation 163 de l'OIT, concernant la promotion de la négociation collective : « 8. Des mesures adaptées aux circonstances

---

[770] Une brève description du déroulement de ce procès est disponible à l'Annexe XXIII, ainsi que la mention aux actions possibles après le jugement.
[771] Une consultation auprès des partenaires sociaux était en effet attendue de la part de la Commission Européenne en 2002, en ce qui concerne la possibilité d'établir un service volontaire de conciliation, médiation et arbitrage au niveau européen (« Commission to consult on UE-level dispute resolution machinery » *in* "Current Issue: July 2002", www.eiro.eurofound.ie).
[772] Situation assez ordinaire au Brésil…

nationales devraient, si nécessaire, être prises pour que les procédures de règlement des conflits du travail aident les parties à trouver elles-mêmes une solution aux conflits qui les opposent, qu'il s'agisse de conflits survenus pendant la négociation des accords, de conflits survenus à propos de l'interprétation et de l'application des accords ou de conflits visés par la recommandation sur l'examen des réclamations, 1967 » (c’est nous qui soulignons).

Le droit du travail doit satisfaire des intérêts multiples, concernant non seulement les travailleurs, mais aussi les employeurs. En effet, il ne suffit pas d'introduire dans son domaine des règles protectrices contraignantes, au-delà de la capacité économique ou financière des entreprises, car il subsisterait très peu de travail sans celles-ci. Néanmoins, la situation opposée n'est pas pour autant souhaitable, car les niveaux de précarité des conditions de travail ne doivent pas porter atteinte à certains droits considérés comme essentiels, tels qu'un revenu suffisant, des conditions saines de travail, bref, un travail décent.

Par conséquent, une réglementation spéciale protectrice de tous les travailleurs et incluant une série de droits considérés comme fondamentaux est extrêmement importante pour corriger les failles ouvertes par certaines politiques nettement influencées par les forces du marché économique[773]. D'autant plus qu'il a déjà été démontré qu'une protection adéquate et équilibrée des travailleurs constitue un instrument favorable au développement durable de la société et de l'État.[774]

L'énumération de quelques droits des travailleurs n'assure pourtant pas suffisamment leur protection. Il faut surtout faire valoir ces droits, les exercer. Pour cela, outre l'existence des sanctions législatives et d'une inspection du travail

[773] Au Brésil, p. ex., le projet de loi 6671/02 élargit la compétence de la Justice du travail à toutes les relations de travail, même non subordonnées.

efficaces[775], il faudrait une pénétration progressive dans l'esprit des peuples, en particulier dans l'âme des acteurs sociaux, des valeurs essentielles liées à la demande de préservation de l'équilibre des intérêts, de concrétisation de la justice et d'exécution de bonne foi des contrats. Le principe protecteur – étant donné son caractère humanitaire – concourt ainsi à ce que ces valeurs soient imprégnées dans la réalité des relations professionnelles.

Il est toutefois évident que le principe protecteur peut se révéler d'une manière autre que la voie … législative ! En effet, une fois atteint le niveau minimum de protection accordé au travailleur par l'ordre public, il est concevable que les parties elles-mêmes négocient une protection supplétive, ce qui est l'un des buts du dialogue social. La solidarité collective peut ainsi devenir un moyen de protection des droits subjectifs. Le Chapitre II traite de ce sujet délicat et fascinant.

---

[774] Cf. OIT. *El ámbito de la relación de trabajo.* Ginebra, BIT, 2003, p. 11.

[775] Lors de la XIII[e] Conférence interaméricaine des Ministres de travail de l'Organisation des États Américains (OEA), tenue à Salvador (Bahia, Brésil) du 24 au 26 septembre 2003, des objectifs de modernisation de l'inspection du travail ont été annoncés, dans le cadre d'une étude sur la viabilité d'un mécanisme interaméricain de coopération pour l'administration professionnelle du travail.

Chapitre II – La négociation de la protection

> Il ne s'agit pas de déplacer la richesse ; il s'agit de l'universaliser en la fécondant ; il s'agit d'élever, pour le bonheur de tous, de tous sans exception, le niveau de l'humanité.
>
> Louis Blanc. De l'organisation du travail, 1840.[776]

Le dialogue : voilà un terme fort employé dans l'actualité et pas toujours suffisamment pratiqué. Pourtant, l'échange de points de vue est un des piliers les plus importants du monde contemporain des relations professionnelles. Mal utilisé, il peut devenir une arme (ex., manifestations désordonnées de colère), mais il peut au contraire être un instrument de construction de protection et de paix dans le milieu du travail (ex., réforme du statut social injuste et désuet) et ce à l'échelle nationale et internationale.

La question principale que ce chapitre entend aborder est donc celle de savoir comment former, à l'aide de la négociation collective, un système juridique protecteur du travailleur qui soit à la fois plus effectif et équitable. Outre certaines mesures législatives déjà mentionnées, concernant la totalité des travailleurs, il conviendrait de concéder un certain degré d'autorégulation aux acteurs sociaux. Ainsi, un dialogue social continu et une négociation responsable entre les patrons et les

salariés pourraient aider à la formation de ce système juridique protecteur de tous les travailleurs, quelle que soit leur qualification (Section 1). En ce sens, les employeurs doivent être attentifs aux questions éthiques et sociales, tandis que les salariés ne pourront pas échapper aux responsabilités de bien accomplir leur mission auprès de l'entreprise dans laquelle ils sont intégrés. Est-ce une utopie ? Ce chapitre essayera de démontrer que non, pourvu que certaines conditions soient respectées, notamment en matière d'équilibre réel entre les parties (Section 2).

SECTION 1 – L'ENJEU DE LA NÉGOCIATION : LA RECOMPOSITION DE LA PROTECTION

> L'objectif est d'« instituer un État démocratique destiné à assurer l'exercice des droits sociaux et individuels, la liberté, la sécurité, le bien-être, le développement, l'égalité et la justice comme valeurs suprêmes d'une société fraternelle, pluraliste et sans préjugés, fondée sur l'harmonie sociale et engagée, dans l'ordre interne et international, à rechercher le règlement pacifique des différends » (Préambule de la Constitution brésilienne de 1988 en vigueur). « Les objectifs fondamentaux de la République Fédérative du Brésil sont les suivants: I – construire une société libre, juste et solidaire ; III – éradiquer la pauvreté et la marginalisation et réduire les inégalités sociales et régionales. » (Article 3 de la Constitution brésilienne).

Dans une société fraternelle, pluraliste et sans préjugés, la protection des travailleurs devient un objectif facile à accomplir. Une action normative protectrice

---

[776] *Apud* Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE, t. 15, 1876, p. 439.

et volontaire peut en effet être le résultat d'un dialogue social productif. À ce sujet, le dernier Rapport de l'OIT a clairement conclu que la voix et la représentation des partenaires sociaux sont « la clé pour éliminer la pauvreté et l'exclusion sociale », ainsi que la discrimination au travail.[777]

Dans ce contexte, le dialogue social prend une importance protectrice de taille (§ 1er). En outre, son contenu est de plus en plus ample, ce qui peut avoir des influences sur le principe protecteur (§ 2).

§ 1er. L'importance protectrice du dialogue social

La négociation collective est au cœur du débat sur les relations professionnelles. De plus en plus le droit conventionnel se substitue au droit étatique, la négociation collective étant la voie pour donner naissance à ce droit. Ainsi, le droit conventionnel, qui naguère était restreint, prend le relais, se substituant peu à peu à la norme légale. Si l'intérêt d'un dialogue social de qualité s'avère non négligeable (A), il n'est pas pour autant inconditionnel (B).

[777] OIT. *L'heure de l'égalité du travail.* Rapport cité, 2003, pp. 108 et suivantes.

A – L'INTÉRÊT D'UN DIALOGUE SOCIAL DE QUALITÉ

> « Le contrat de travail reçoit un nouveau traitement juridique de la part du droit, qui se transforme sous la pression des nouvelles réalités économiques et sociales. Le contrat de travail typique des '30 glorieuses' n'est plus le même à la fin du millénaire. Le droit applicable à ce contrat n'est pas le même non plus (…). La fonction du droit dans l'État providence traditionnel s'exerce à travers un ordre protecteur – répressif – , tandis que, dans l'État providence adapté à la nouvelle réalité, on conçoit l'ordre juridique avec fonction promotionnelle. Le législateur résiste à la tentation d'imposer aux acteurs sociaux un comportement qu'il entend souhaité et, au contraire, crée des mécanismes et procédures aptes à proportionner à ces acteurs sociaux l'autorégulation de leurs intérêts et la création de moyens de composition de leurs différends (…) Autrement dit : au début, c'était la loi de l'employeur ; après, la loi de l'État ; dans l'avenir, sera la loi des partenaires sociaux. » [778]

La négociation collective est, pour la plupart des juristes du travail, un sujet de grand intérêt, d'autant plus que certains prédisent que demain ce sera la loi des intéressés qui régira, en essence, les relations entre les parties signataires d'un contrat de travail. Certes, une juste quantité de normes d'ordre public existera toujours, comme on vient de le voir dans le chapitre précédent, mais cela n'empêche pas que les parties puissent prendre des mesures d'application de ces normes ou alors les perfectionner en vue d'une meilleure adaptation à la réalité vécue, au moyen d'une négociation collective féconde.

L'importance de la négociation collective a été mise en évidence dès la fin du XIX^{ème} siècle lors de la création de l'Association Internationale des Travailleurs. Son apparition avait pour but de procurer aux travailleurs français les mêmes salaires que ceux des anglais, car ils furent amenés à conclure que les Anglais gagnaient plus qu'eux grâce à l'intervention des organisations syndicales, les *trade unions*. [779]

Selon l'article 2 de la Convention n. 154 de l'OIT, adoptée le 19/6/81 et entrée en vigueur le 11/8/83, « le terme négociation collective s'applique à toutes les négociations qui ont lieu entre un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, d'une part, et une ou plusieurs organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de:

a) fixer les conditions de travail et d'emploi, et/ou

b) régler les relations entre les employeurs et les travailleurs, et/ou

---

[778] ROMITA, Arion Sayão, *apud* PEREIRA, José Luciano de Castilho, op. cit., p. 22.

[779] Voici un extrait du Grand Dictionnaire LAROUSSE, publié en 1876, à ce sujet : « En 1862, à l'occasion de l'Exposition universelle de Londres, les délégués ouvriers des différentes nations se rencontrèrent en cette ville et furent naturellement amenés à comparer les conditions et les produits du travail de leurs nationalités respectives. De cet examen il résulta, pour les délégués français, que le travailleur anglais gagnait plus et cependant produisait à meilleur marché. On cherchait la raison de cette anomalie apparente lorsque les ouvriers anglais, consultés, attribuèrent les résultats obtenus à leurs *trade's unions*, qui les mettaient en mesure de lutter avec les patrons et d'obtenir l'établissement de tarifs rémunérateurs de leur travail. Cette révélation fut un trait de lumière pour les ouvriers français ; ils se firent expliquer avec le plus grand soin le mécanisme des *trade's unions* et résolurent de tenter, dès leur retour à Paris, l'organisation de sociétés analogues. » Après avoir été scindée pour cause de rivalité personnelle de ses membres, dont la majorité était alors communiste, l'Association a, depuis 1871, suscité très peu d'intérêt. Finalement, une loi de 1872 menaçait d'emprisonnement et d'amende « tout individu

c) régler les relations entre les employeurs ou leurs organisations et une ou plusieurs organisations de travailleurs. »

La négociation collective peut donc être définie comme étant un processus démocratique d'auto-réglementation d'intérêts par les partenaires sociaux, ayant pour objet la fixation de conditions de travail applicables à une collectivité de salariés d'une entreprise ou de toute une catégorie économique, et la régulation des rapports entre les entités stipulantes. Pour P. DURAND, elle est une « forme d'organisation de la vie professionnelle ».[780]

Elle se traduit donc par un *processus dynamique*. Les partenaires sociaux discutent de certains thèmes dans le but de parvenir à un consensus. Cela explique le fait que la négociation collective soit reconnue aujourd'hui comme la manière la plus appropriée de résoudre les conflits collectifs du travail. Normalement, elle débouche sur la conclusion d'une convention collective de travail, qui selon la définition du BIT est « *tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les*

---

qui s'affiliera ou fera acte d'affilié à l'Association internationale. » (Grand Dictionnaire Universel LAROUSSE, t. 15, 1876, pp. 442/443).

[780] DURAND, Paul, op. cit., p. 438.

représentantes des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers, en conformité avec la législation nationale. »[781]

Il semble, par conséquent, que le dialogue social puisse aider à mieux réaliser l'adaptation du principe protecteur, à travers la négociation collective.[782] En effet, une enquête menée par Liaisons sociales fin décembre 1999 a révélé que 64% des Français ont foi dans la négociation collective pour organiser les relations sociales dans l'entreprise, contre 41% qui ont confiance dans l'intervention de l'État ; et que 47% des Français pensent que l'État ne doit intervenir dans les relations sociales qu'en cas de crise, contre 34% qui estiment qu'il doit intervenir en tout état de cause.[783]

Il faut se rendre toutefois à l'évidence que l'autonomie collective découle d'une *concession de l'État*. De plus, elle ne peut être exercée que tant qu'elle respecte les limites fixées par l'État, étant ainsi une *négociation collective supplétive*. Il ne s'agit toutefois pas seulement de réglementation des normes étatiques, mais d'élaboration de règles autres que celles énoncées par l'État et ayant la même force exécutoire. La seule différence réside dans l'étendue du champ d'application de la règle.

---

[781] Définition issue de la recommandation nº 91 de 1951. Pour un autre auteur, « Les conventions et accords collectifs de travail sont des actes conclus entre un employeur ou un groupe d'employeurs et un ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés permettant de fixer des règles relatives aux conditions d'emploi et de travail et aux garanties sociales des salariés au niveau d'une branche d'activité, au niveau interprofessionnel, au niveau d'une entreprise, d'un établissement ou d'un groupe d'établissements. » (ANTONMATTEI, op. cit., 1996, p. 1).

[782] Il ne faut toutefois pas confondre *négociation collective* et *échange de points de vue (dialogue).* Celui-ci est un processus plus large de conversation, dans lequel s'insère la négociation collective.

[783] Liaisons Sociales magazine, février 2000, pages 27-29.

Tandis que celle originaire de l'État s'applique à toutes les personnes *in concreto* qui réunissent les conditions d'application, la règle d'origine conventionnelle voit aujourd'hui, *de lege lata*, son champ d'application restreint aux seuls salariés représentés par le syndicat signataire de la convention ou de l'accord collectif.

Les avantages de la négociation collective sont divers. Au niveau du groupe, de l'entreprise ou de l'établissement, les fonctions d'une négociation collective sont multiples. En constituent des exemples la *proximité* et la plus grande *adaptabilité* à la situation concrète vécue par les parties, étant donnée la diversité des entreprises, des professions, des régions. Les textes législatifs étant abondants et souvent mal rédigés, les interventions jurisprudentielles sont plus fréquentes, ce qui peut également engendrer une instabilité nuisant aux rapports contractuels. L'évolution des normes faisant face aux nouvelles exigences des relations professionnelles (ex : nouvelles techniques de travail) pourra aussi se faire plus rapidement au moyen de la négociation collective.

Qui plus est, les nouvelles formes de travail sont tellement complexes, qu'il est préférable de les régler à travers des instruments qui puissent, dans une certaine mesure, « individualiser » (même dans le sens « collectif » de l'entreprise) les conditions dans lesquelles le travail est exécuté. En d'autres termes : l'accord de branche ou d'entreprise pourrait satisfaire davantage les intéressés en fixant des règles

individuelles aux professions/catégories concernées, plutôt qu'une norme originaire du pouvoir étatique, qui ne pourrait que fixer des règles générales applicables à une quantité plus large d'acteurs sociaux.

Mais l'avantage le plus marquant de la négociation collective est la contribution qu'elle fournit à la *responsabilisation des partenaires sociaux*. On estime que cette responsabilisation a un double effet. D'une part, en matière d'**effectivité de la norme**, dans la mesure où les règles d'origine conventionnelle ne sont pas tellement ressenties comme des contraintes pesant sur l'entreprise, mais plutôt comme la contrepartie à une obligation librement acceptée. Le statut cesse ainsi d'être imposé pour être consenti, renforçant l'élément conventionnel en matière collective. En effet, si les règles sont créées par les propres intéressés, cela pourra rendre la norme de droit plus effective., créant une véritable « obligation de paix » (inspiration du droit allemand), ne serait-ce que sur le plan moral.

D'autre part, elle concerne la **paix sociale durable**, car, outre qu'elle peut constituer un processus plus simplifié de résolution des conflits, la négociation collective, tant qu'elle répond à certaines exigences, contribue à une plus grande conscientisation sur l'importance du rôle des partenaires sociaux dans la quête de démocratie et de justice sociale.[784] La négociation collective peut en effet contribuer à

[784] "... une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale..." (Préambule de la Constitution de l'OIT).

diminuer la discrimination raciale ou politique, le chômage, l'insécurité économique, la distribution inéquitable des richesses et, partant, la pauvreté. Ainsi, un important *exercice de citoyenneté* peut être stimulé dès lors que la qualité des conditions de travail est garantie.

En outre, l'exercice plus large de l'autonomie collective peut stimuler la plus grande participation des salariés, influençant éventuellement l'augmentation du taux de syndicalisation… D'ailleurs, le dialogue social par l'intermédiaire des syndicats peut être une source non négligeable de contribution au développement. Le rapport de 1995 sur le développement dans le monde de la Banque Mondiale, intitulé *Workers in an integrating world* a examiné un certain nombre de questions relatives aux normes internationales du travail et a souligné l'utilité de normes conçues de manière appropriée et conformes aux normes internationales. Les observations de la Banque en ce qui concerne le rôle des syndicats à cet égard sont dignes d'intérêt :

> « Les syndicats peuvent favoriser une efficacité et une productivité plus élevées. Ils sont très utiles à leurs membres. À l'échelle de l'entreprise, ils permettent aux travailleurs de parler d'une seule voix. En équilibrant les rapports de force entre les travailleurs et la direction, ils empêchent l'employeur de prendre des mesures d'exploitation et de rétorsion. En mettant sur pied des procédures d'examen des plaintes et des moyens d'arbitrage, ils contribuent à réduire la rotation des effectifs et favorisent la stabilité au sein de la main-d'œuvre, conditions qui, conjuguées avec une amélioration globale

des relations professionnelles, accroissent la productivité des travailleurs. »[785]

Par ailleurs, la négociation collective peut représenter pour l'État l'occasion de se dégager de l'obligation de réglementer les détails de chaque profession, en tenant compte des différentes nécessités et coutumes, la négociation collective fonctionnant comme un instrument de normalisation et de réglementation de ces domaines.

L'importance du dialogue social est, par conséquent, partout reconnue dans le monde. Un document récent de l'OIT proclame à cet égard que « le dialogue social, qui suppose participation et liberté syndicale, est un attribut de la démocratie. **C'est un moyen de régler les différends, de promouvoir l'équité sociale et de faciliter la mise en œuvre des politiques**. C'est par ce moyen que les droits sont défendus, l'emploi promu et le travail rendu plus sûr. C'est un gage de stabilité à tous les niveaux, depuis l'entreprise jusqu'à la société dans son ensemble. »[786]

Un passage de la Déclaration de Philadelphie reconnaît en outre « l'obligation solennelle pour l'Organisation internationale du Travail de seconder la mise en oeuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres à

---

[785] « Les normes internationales du travail contribuent au développement », site Internet http://www.ilo.org/public/french/standards/norm/whyneed/dev.htm.
[786] BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit., c'est nous qui soulignons.

réaliser ... la reconnaissance effective du droit de négociation collective », sachant que ce principe est « pleinement applicable à tous les peuples du monde ». La convention n. 98 de l'OIT contient par ailleurs un des fondements essentiels à ce sujet : « Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi. »

En disposant que la négociation collective est à la fois un instrument d'élaboration et de transposition de la règle communautaire, le droit communautaire européen reconnaît également son importance. L'élaboration des cadres d'action et des lignes directrices pour l'emploi et pour d'autres questions aussi importantes peut également se faire à l'aide de la négociation collective aux niveaux européen, national et sectoriel, p. ex., au moyen de l'identification des objectifs communs et du développement des processus d'animation et de suivi des décisions conventionnelles.

Pour sa part, le Préambule de la Constitution Française de 1946, repris en 1958, proclame que constitue un droit social et un principe « particulièrement nécessaire à notre temps » le fait pour « Tout travailleur (de) participe(r), par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ». À ce propos, la jurisprudence a déjà pris position que « le droit de passer des accords

collectifs se rattache aux principes fondamentaux du droit du travail ».[787] De même, l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution brésilienne de 1946 disposait, par ailleurs, que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. » Quant à la Constitution en vigueur, elle énonce que constitue un droit des travailleurs urbains et ruraux, « la reconnaissance des conventions et accords collectifs de travail » (article 7, XXVI).

Malgré l'importance du dialogue social, le législateur français s'est pendant longtemps soucié de ne réglementer que les conventions et les accords collectifs, renvoyant la procédure de négociation aux seuls intéressés. Ce choix peut être à l'origine de la faible dissémination des actes collectifs. En 1981, près de 20% des travailleurs français ne bénéficiaient pas encore de statut conventionnel.[788] Aujourd'hui encore, le Code du travail dédie le Titre III du Livre Premier aux conventions et accords collectifs de travail, alors même qu'une partie de la doctrine parle déjà d'absorption du droit des actes collectifs par un droit de la négociation collective[789].

Des progrès peuvent néanmoins être constatés en ce sens, comme l'illustre l'instauration, en droit français, depuis 1971, d'un *droit des salariés à la négociation collective* et, depuis la loi du 13 novembre 1982, l'une des fameuses lois

[787] CE 21 juillet 1970, Dr. Soc. 1971.112, note Vénézia.
[788] Cf. ANTONMATTEI, op. cit., 1996, p. 3.

Auroux, d'une *obligation annuelle de négocier* dans les entreprises pourvues d'un délégué syndical[790]. Cela constitue d'ailleurs un véritable paradoxe : c'est grâce à l'intervention législative que la négociation collective française a pu se développer.

Ce paradoxe a néanmoins produit des résultats positifs: tandis qu'en 1980 on comptait environ 1600 conventions et accords d'entreprise, ce nombre s'est élevé à 7450 en 1994.[791] Un long chemin reste pourtant à parcourir, en vue d'instaurer définitivement une tradition de négocier. En France, « sur tous les dossiers du nouveau gouvernement (temps de travail, contrats jeunes, modernisation sociale, retraite, etc.), aucun n'emprunte les chemins de la négociation préalable entre les partenaires sociaux.

---

[789] Cf. ANTONMATTEI, op. cit., 1996, pp.1/2.

[790] Il s'agit d'abord des entreprises d'au moins 50 salariés, ensuite de celles entre 11 et 50 salariés où un délégué du personnel a été investi d'un mandat syndical, et enfin de celles où ont été mis conventionnellement en place des délégués syndicaux. L'obligation de négocier concerne trois thèmes : salaires effectifs, durée effective du travail et organisation du temps de travail. Bien évidemment, cette obligation annuelle de négocier n'implique pas d'obligation de conclure un accord. Dans le même sens, les lois du 13 juin 1998 (art. 3, III) et du 19 janvier 2000 (art. 19, VI), dites Aubry I et II, ont autorisé le mandatement syndical pour inciter les partenaires sociaux à négocier la réduction du temps de travail, même en l'absence de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical. Ces accords, selon la loi du 17 janvier 2003, continuent à produire des effets (art. 15, III, 1o) et pourront être renouvelés dans les mêmes conditions (art. 15, III, dernier alinéa). En outre, la Loi du 12 novembre 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, dispose dans son article 6, que « III. - Les accords de branche mentionnés au I pourront également prévoir que, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux et dans les entreprises de moins de cinquante salariés dépourvues de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical, des accords collectifs peuvent être conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés, pour une négociation déterminée, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. »

[791] ANTONMATTEI, op. cit., p. 6. Ce développement de la négociation collective a inspiré un auteur à écrire qu'il s'agissait d'un « des faits les plus importants de l'histoire des relations sociales en France dans la deuxième moitié du XX^{e} siècle. » (Y. Chalaron, *apud* ANTONMATTEI, op. cit., p. 6).

(…) Le chantier de la réforme de la démocratie sociale prend ainsi la forme d'une simple consultation des syndicats et du patronat. »[792]

C'est peut être l'une des raisons pour lesquelles un article publié dans la Revue Internationale du Travail rapporte que le nombre de personnes couvertes par les conventions collectives a diminué, même si la négociation collective au niveau de l'entreprise et les accords conclus dans l'administration publique de bien des pays ne cessent de s'imposer.[793]

L'expérience brésilienne en matière de négociation collective n'est guère différente. En effet, si la négociation collective répond indubitablement au souci de paix sociale, l'utilisation de cet outil n'a pas toujours fait partie des traditions en Amérique Latine. L'existence de gouvernements totalitaires constituait une entrave au développement de l'expression collective des salariés. Elle s'est plutôt exprimée soit à voix basse, soit comme quelque chose d'étrange ou de bizarre. La préférence a toujours été la solution étatique des conflits, ou plutôt la « prévention » des conflits, par la voie étatique des lois. Et quand bien même il y aurait des conflits collectifs, la voie judiciaire

[792] AMADIEU, Jean-François. « Que penser des propositions de François Fillon pour réformer la négociation collective ? », *Liaisons Sociales Magazine,* n. 40, mars 2003, p. 11.
[793] Bernard GERNIGON, Alberto ODERO et Horacio GUIDO. « Les principes de l'OIT sur la négociation collective », in *Revue Internationale du Travail*, vol. 139, numéro 2000/1.

est le chemin le plus adéquat à la solution. Le pouvoir normatif est donc né du besoin de l'État de *jus dicere*, même en matière de conflit collectif. [794]

Par conséquent, le modèle traditionnel latino-américain a presque toujours été celui d'un droit du travail à caractère surtout hétéronome, de protection du travailleur dans des relations individuelles, et d'encadrement des actions syndicales dans des relations collectives. C'est pourquoi la loi demeure la source principale du droit du travail brésilien. C'est ainsi qu'au Brésil, la négociation collective a été pendant longtemps reconnue par la loi, mais peu pratiquée par les parties. Encore aujourd'hui, il n'existe qu'un seul article sur la négociation collective dans la CLT.[795] Tous les autres articles à ce sujet ne parlent que de *convention* ou d'*accord* collectifs.[796]

Malgré cela, des exemples de protection par le dialogue social existent en droit brésilien. Quelques formes de participation à la vie de l'entreprise s'insèrent dans ce contexte : l'article 621 de la CLT, dispose que « Les conventions et les accords (collectifs) pourront insérer parmi leurs clauses des dispositions sur la constitution et le fonctionnement de commissions mixtes de consultation et collaboration au niveau de l'entreprise et sur la participation aux bénéfices. Ces dispositions mentionneront la forme de constitution, le mode de fonctionnement et les attributions des commissions,

[794] Pour plus d'informations sur l'histoire de la négociation collective au Brésil, v. Annexe XXIV de la présente thèse.
[795] Il s'agit de l'article 616, qui dispose notamment que les organisations syndicales ou groupement d'employeurs ne peuvent refuser de négocier, sous peine d'intervention de l'État.

aussi bien que le plan de participation, le cas échéant. » De même, la Commission interne de prévention d'accidents – CIPA – constitue une instance de représentation directe des salariés, en dehors de la voie syndicale, même si, à l'instar du Comité d'entreprise français, des représentants patronaux figurent parmi ses membres.[797]

Pourtant, la cogestion n'est qu'exceptionnellement admise, selon l'article 7, XI de la Constitution de la République brésilienne : « Art. 7. Constituent des droits des travailleurs urbains et ruraux, outre ceux qui visent à l'amélioration de leur condition sociale : XI - (...) ; exceptionnellement, la participation à la gestion de l'entreprise, selon les termes de la loi ». De même, le dialogue étendu et direct avec les employeurs, à travers un représentant élu n'est prévu que pour les entreprises de plus de 200 employés (article 11 de la Constitution).

---

[796] L'Annexe XXV porte sur les conventions et les accords collectifs au Brésil.

[797] L'organisation de la CIPA est principalement régie par les articles 163 à 165 de la CLT : Art. 163 - Sera obligatoire la constitution d'une commission interne de prévention d'accidents (CIPA), en conformité avec les instructions expédiées par le Ministère du Travail, dans les établissements ou chantiers spécifiés. Paragraphe unique. Le Ministère du Travail réglementera les attributions, la composition et le fonctionnement des CIPA.
Art. 164 - Chaque CIPA sera composée de représentants de l'entreprise et des salariés, en consonance avec les critères qui seront adaptés par la réglementation prévue dans l'article précédent. Paragraphe 1er. Les représentants des employeurs, titulaires et suppléants, seront désignés par ceux-ci. Paragraphe 2. Les représentants des salariés, titulaires et suppléants, seront élus au scrutin secret, auquel participeront, indépendamment d'adhésion syndicale, exclusivement les salariés intéressés. Paragraphe 3. Le mandat des membres élus de la CIPA aura la durée de 1 (un) an, une seule réélection permise. Paragraphe 4. Ce qui a été prévu dans le paragraphe précédent ne s'applique pas au membre suppléant qui, pendant son mandat, aurait participé de moins de la moitié du nombre de séances de la CIPA. Paragraphe 5. L'employeur désignera, annuellement, parmi ses représentants, le Président de la CIPA, et les salariés éliront, parmi eux, le Vice-président
Art. 165 - Les titulaires de la représentation des salariés dans les CIPA sont des salariés protégés, ne pouvant être licenciés que pour motif disciplinaire, technique, économique ou financier. Paragraphe unique – S'il y a licenciement, il incombera à l'employeur, en cas de saisine de la Justice du Travail, de prouver l'existence de n'importe quel motif mentionné dans cet article, sous peine de réintégration.

Le dialogue social, au moyen de la représentation syndicale ou élue, garde donc tout son intérêt, surtout en période de changements constants. S'il est de qualité, il constitue un mécanisme puissant de protection des travailleurs, pourvu que certaines conditions soient respectées.

B – QUELQUES CONDITIONS DU DIALOGUE SOCIAL DE QUALITÉ

Une négociation collective de qualité suppose la conciliation, d'une part, des comportements typiquement européens continentaux, fondés sur des valeurs de long terme, de continuité et de solidarité, et, d'autre part, des aptitudes spécifiques aux pays anglo-saxons, telles que celles de la mobilité et de l'initiative. Ainsi, on pourrait tenter de trouver un nouvel équilibre, minimisant à la fois les effets de l'immobilisme et du peu d'importance accordée aux questions à long terme.

Afin de concentrer les énergies sur ce problème majeur de notre temps, il faut d'abord **restaurer le sentiment d'appartenir à un groupe**, adaptant la « communauté de vues ». Dans ce domaine, les entreprises ont un rôle important à jouer : dotées de chantiers de production de plus en plus petits, concentrés et personnels, elles pourront organiser le travail d'une forme plus coopérative et intégrée. À cet égard, la décentralisation d'activités favorise les rapports non seulement techniques, mais aussi

humains. Une reconstruction du sens de la morale pourrait donc se développer, afin de réorganiser la vie en communauté.[798]

En ce sens, les normes internationales du travail sont une source inestimable d'inspiration pour identifier les conditions qui doivent présider au dialogue social. D'une part, sur la *transparence*[799], la Recommandation 163 de l'OIT énonce que: « 7. (1) Des mesures adaptées aux circonstances nationales devraient être prises, s'il y a lieu, pour que les parties aient accès aux informations nécessaires pour pouvoir *négocier en connaissance de cause*. (2) À cette fin: a) les employeurs publics et privés devraient, à la demande des organisations de travailleurs, fournir, sur la situation économique et sociale de l'unité de négociation et de l'entreprise dans son ensemble, les informations qui sont nécessaires pour permettre de négocier en connaissance de cause. Au cas où la divulgation de certaines de ces informations pourrait porter préjudice à l'entreprise, leur communication pourrait être liée à un *engagement* de les considérer comme *confidentielles* autant qu'il est nécessaire; les informations à fournir pourraient être déterminées par un accord conclu entre les parties à la négociation collective; b) les pouvoirs publics devraient fournir les informations nécessaires sur la situation économique et sociale globale du pays et de la branche d'activité intéressée, dans la

[798] Cela suppose le contrôle des deux passions humaines les plus vivaces, l'amour-propre et l'égoïsme. Le tort pourrait être de trop croire aux sentiments généreux de l'humanité. Toujours est-il que l'éloignement de l'État doit se faire au fur et à mesure que les parties elles-mêmes s'entendent, afin d'assurer au moins un certain nivellement des classes.
[799] Tout ce que tu sais, tout ce que tu fais, tu le diras.

mesure où la divulgation de ces informations n'est pas préjudiciable à l'intérêt national. »

Par ailleurs, pour éviter toutes sortes de représailles à cause de leurs actes, l'article 1 de la Convention 135 dispose que « Les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une **protection efficace contre toutes mesures** qui pourraient leur **porter préjudice**, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales, pour autant qu'ils agissent conformément aux lois, conventions collectives ou autres arrangements conventionnels en vigueur. »

Par conséquent, l'une des conditions d'un dialogue social de qualité est l'introduction d'un *statut spécial protecteur du délégué syndical.* À cet égard, la Constitution brésilienne, p. ex., énonce, dans son article 8 alinéa VIII que : « VIII - le licenciement de l'employé syndiqué est interdit dès lors qu'il est enregistré comme candidat à un poste de direction ou de représentation syndicale ; s'il est élu, même comme suppléant, cette interdiction est maintenue jusqu'à un an après la fin de son mandat, sauf en cas de faute grave[800], selon les termes de la loi. » Ainsi, le texte

[800] La législation brésilienne ne distingue pas la « faute grave » de la « faute lourde ».

constitutionnel complète la disposition protectrice déjà prévue par l'article 543, paragraphe 3 de la CLT en ce qui concerne le délégué syndical.

L'article 2 de la Convention 135 de l'OIT prévoit en outre que des facilités, tenant compte des besoins, de l'importance et des possibilités de l'entreprise intéressée, « doivent être accordées, dans l'entreprise, aux représentants des travailleurs, de manière à leur permettre de remplir rapidement et efficacement leurs fonctions » et que « L'octroi de telles facilités ne doit pas entraver le fonctionnement efficace de l'entreprise intéressée. » Ces facilités peuvent être comprises comme incluant certaines informations que les représentants des travailleurs peuvent juger nécessaires pour mieux mener le processus de négociation.

D'autre part, pour l'établissement d'un dialogue social de qualité, une *base volontaire de concertation* est essentielle.[801] En ce sens, il est souhaitable d'avoir un esprit apaisé, conciliateur, pour un bon échange de points de vues. À cet égard, Mme M.-F. MIALON explique qu'en France la pensée des syndicats est encore imprégnée d'histoire (p. ex., la Commune de 1871) et qu'en conséquence un comportement méfiant démontre bien la suspicion qui domine les relations collectives, qu'elles soient publiques ou privées. Cela est le résultat d'une prémisse : les droits sociaux doivent être

[801] Ici, une difficulté apparaît : il semble que les États qui réglementent le plus le travail soient ceux où le chômage est plus important et le salaire moins élevé. Vraie démonstration que la négociation collective ne marche que lorsque le chômage est minimum ? *Quid* du volontarisme lorsque la pression du chômage pousse à négocier sur des bases alors inégalitaires ?

atteints par des conquêtes, s'ils veulent avoir vie longue et crédibilité. La logique conflictuelle se révèle lors des négociations collectives, p. ex., par des proclamations exaltées ou par des déclarations qui réduisent l'impact du compromis atteint lors de la négociation, ce qui n'est pas la tradition en Allemagne, où la grève est vue comme l'ultime recours.[802]

L'idéal est donc que chaque partie se mette à la place de l'autre (empathie), pour avoir une bonne idée de ce que chacune pourra raisonnablement céder, créant une culture de concertation, plutôt qu'une culture de contestation ou conflictuelle. Une négociation sérieuse et loyale suppose ainsi l'interdiction des « unfair labor practices ». En effet, dans la limite des réalités et possibilités concrètes, les parties doivent être loyales, sincères, socialement et éthiquement responsables, mettant l'accent spécialement sur la détermination de bonnes pratiques.

Pourtant, « le temps est encore à convaincre certains chefs d'entreprise de gommer deux visions passéistes de la négociation d'entreprise : la première selon laquelle la négociation collective est une perte de pouvoir pour l'employeur ; la seconde

---

[802] Cf. MIALON, Marie-France. "Flexible Rules or Rigid Labour Relations? Some Reflections on French Labour Law faced with Technological, Economic and Contemporary Social Changes" (pp. 277-286), in *Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law, Liber amicorum in Honour of Professor Marco Biagi,* Kluwer Law International, 2003, pp. 277-286). L'auteur précise que, dans ce contexte, n'importe quelle intervention législative en matière de grève est perçue comme une attaque à la liberté. Toutefois, cet état de choses ne bénéficie pas toujours les salariés grévistes, car la jurisprudence ne leur est pas toujours favorable, des sanctions civiles et pénales étant à la portée des juges. Ainsi, les intérêts collectifs seraient souvent plus satisfaits si les salariés faisaient appel à la négociation, plutôt qu'à la grève.

selon laquelle la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif crée des coûts supplémentaires pour l'entreprise. »[803]

Parmi les conditions d'un dialogue social de qualité, sans minimiser l'importance de tout ce qui a été dit, **l'articulation adéquate entre *négociation* et *législation*** est le maître-mot. Dans la position commune du 16 juillet 2001, les partenaires sociaux français avaient délimité trois domaines distincts du droit du travail : 1) domaine de compétence réservée du législateur, englobant les principes généraux au sens de l'article 34 de la Constitution ; 2) domaine partagé, qui est celui des modalités d'application des normes légales, où les parties se substitueraient au pouvoir réglementaire ; 3) domaine de compétence propre des interlocuteurs sociaux, où des droits nouveaux pourraient être créés.

À la suite de cette position commune – signée par quatre syndicats (CFDT, FO, CFTC et CFE-CGC) et le patronat – le Ministre a poursuivi sa consultation des syndicats sur la question du dialogue social, mais certains déplorent l'actuel projet gouvernemental de réforme du dialogue social, car il offre, sur l'articulation des différents niveaux de négociation, « la possibilité à certains accords d'entreprise (sur la "durée du travail", "l'organisation du travail" et la "gestion des restructurations") de

[803] ANTONMATTEI, op. cit., p. 6. En ce qui concerne les NTIC, p. ex., « autant l'acte collectif de travail est, fort justement, privilégié pour organiser l'utilisation par les représentants du personnel des NTIC, autant il est rarement utilisé pour régler l'utilisation par les salariés des NTIC. Il est vrai que négocier sur

déroger aux règles fixées au niveau de la branche », même si ces dernières sont plus favorables, ce qui remet en cause le principe protecteur.[804]

D'une part, la question essentielle est celle de savoir si la loi qui régit les relations de travail est impérative ou, au contraire, supplétive. Cette qualification est particulièrement nécessaire en cas de concours de normes (conventionnelles ou légales). Pourtant, la position commune susmentionnée et, plus récemment, le document de travail remis par le Ministre du travail français fin janvier 2003 ne l'ont pas abordée. Ils se sont contentés de vouloir « donner un nouvel élan à la négociation collective », de « trouver un nouvel équilibre entre l'État et les partenaires sociaux » (position commune) et de « renforcer la place de la négociation collective » (document de travail).

M. le Professeur Gérard LYON-CAEN s'est à juste titre demandé : « Quel nouvel équilibre, sinon (sans être trop dur) en affaiblissant l'État ? »[805] Or, le risque de considérer la loi comme étant supplétive est justement celui de substituer les règles conventionnelles aux règles légales, en revenant progressivement sur les acquis sociaux. La conséquence est immédiate plus particulièrement à l'égard du principe

---

fond d'interdiction et de pouvoir disciplinaire n'est guère réaliste. » (ANTONMATTEI, Paul-Henri. « NTIC et vie personnelle au travail », *Droit social*, janvier 2002, p. 39).

[804] Source : « Réforme du dialogue social : Le projet Fillon 'manque d'ambition' selon la CFDT », *Le Monde* du 02/10/2003.

[805] G. LYON-CAEN. « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Droit social,* avril 2003, p. 359.

protecteur: ces euphémismes font « disparaître la règle de solution du conflit entre conventions collectives, connue sous le nom (excessif) de principe de faveur »[806], c'est-à-dire le principe de la norme la plus favorable.[807]

D'autre part, il conviendrait d'établir, par voie légale, les règles sur *l'articulation entre les différents niveaux de négociation* ou sur la compétence attribuée à chaque niveau. À cet égard, la Recommandation 163 de l'OIT, concernant la promotion de la négociation collective, prévoit que : « 4. (1) Des mesures adaptées aux circonstances nationales devraient, si nécessaire, être prises pour que la négociation collective soit possible à *quelque niveau que se soit*, notamment ceux de l'établissement, de l'entreprise, de la branche d'activité, de l'industrie, ou aux niveaux régional ou national. (2) Dans les pays où la négociation collective se déroule à plusieurs niveaux, les parties à la négociation devraient veiller à ce qu'il y ait une *coordination entre eux***.** »

À ce sujet, le document du travail exhorte *l'autonomie* de chaque niveau, afin de favoriser la conclusion d'accords collectifs et de les adapter aux diverses situations. Néanmoins, cette solution ne paraît pas la plus équilibrée, car cela « conduirait un groupe à se donner ainsi (en sachant convaincre les délégués syndicaux)

---

[806] *Idem, ibidem,* p. 358.

[807] L'importance de la loi est donc inestimable pour la protection des travailleurs. Le même auteur résume : « *Le pouvoir politique est plus apte* que la négociation sociale à imaginer, à réformer, à concilier, à dégager une norme acceptable et acceptée. On a parlé à tort et à travers du dialogue social ; il ne saurait remplacer l'exercice de la démocratie. » (*idem, ibidem,* p. 356).

ses propres règles (…), pour peu que ses 'besoins' soient particuliers. C'est donc un *principe de différence* qui caractériserait le futur système : autant d'entreprises, autant de normes conventionnelles, liberté de négociation à chaque niveau. (…) Chacun sera maître chez soi ».[808]

Par conséquent, la **possibilité de rendre l'accord de branche inefficace, en privilégiant l'accord d'entreprise** est grave dans la mesure où elle bouleverse, du moins en France et au Brésil, toute idée jusqu'alors reconnue de résolution des conflits entre conventions concurremment applicables, basée sur l'application du principe (protecteur) de la norme la plus favorable.[809] L'autonomie de chaque niveau est ainsi très dangereuse, d'autant plus que « ce qui manque, c'est une claire définition de ce qui se traite à chaque niveau (y compris européen), car c'est alors qu'on peut à bon droit parler d'articulation ».[810]

La recherche de nouveaux principes d'articulation des niveaux de négociation a amené Mme H. TISSANDIER à suggérer une « relecture du système de négociation collective pour le rendre cohérent et pour éviter la prédominance d'un

[808] *Idem, ibidem,* p. 358.
[809] Certains pays adoptent d'autres critères, p. ex., hiérarchie des conventions ou priorité légale de la convention de branche au détriment de la convention de l'entreprise, en Allemagne et en Italie ; recours à la convention antérieure dans le temps en Espagne.
[810] LYON-CAEN, Gérard. « Que penser des propositions de François Fillon pour réformer la négociation collective ? », *Liaisons Sociales Magazine,* n. 40, mars 2003, p. 10.

niveau », tout « en évitant le dépérissement de la branche ».[811] Ainsi, elle ajoute qu'en premier lieu, « au niveau *interprofessionnel*, doivent être définis les grands équilibres, les objectifs prioritaires, ainsi que les dispositions de mise en œuvre des mécanismes de solidarité interentreprises qui échappent à la compétence de la branche et de l'entreprise. »[812] Ensuite, au niveau de la *branche*, trois fonctions sont reconnues à la négociation : 1) normative *traditionnelle* (la convention de branche est la « loi de la profession ») ; 2) normative *minimale* (dispositions limitatrices de la négociation collective d'entreprise et dispositions applicables dans les entreprises où la négociation collective ne peut aboutir) ; et 3) normative de la *mise en œuvre des nouveautés sociales* qui sont expérimentées dans les entreprises. Au niveau de *l'entreprise*, enfin, la négociation collective répond au besoin d'initiative et d'adaptation.

Par ailleurs, à propos du rôle des accords de *groupe* concernant les licenciements économiques, M. le Professeur ANTONMATTEI, après avoir rappelé que ce niveau de négociation n'est pas encore reconnu par la loi, souligne que « l'accord de groupe n'étant pas toujours susceptible de déterminer avec précision les modalités d'information et de consultation des comités d'entreprises des structures concernées par

[811] TISSANDIER, Hélène. « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *in Droit social*, décembre 1997, p. 1046.
[812] *Idem, ibidem,* p. 1046.

un projet de licenciements économiques, sa vocation est de fixer un cadre général relayé par des stipulations conventionnelles d'entreprise. »[813]

Le dialogue social est en réalité de plus en plus présent dans la vie des travailleurs et des entreprises. Toutefois, l'évolution de la présence de la négociation collective régissant les relations professionnelles ne se fait pas sans obstacles. En effet, des évolutions sont encore attendues, notamment en ce qui concerne les préjugés formés à l'encontre d'un comportement plus ouvert, y compris le contenu du dialogue social, qui peut être également un instrument de protection des travailleurs.

§ 2. Le contenu protecteur du dialogue social

Le contenu traditionnel du dialogue social dans la négociation collective est l'amélioration des conditions de travail et l'élargissement de la protection des travailleurs. Ce contenu protecteur s'inscrit dans le texte des articles 444 de la CLT et L. 131-1 du Code du travail français. Toutefois, les « garanties sociales » négociées ne sont plus les mêmes depuis une vingtaine d'années. Comme le signale M. le Professeur A. LYON-CAEN, « la négociation collective s'est, en France, résolument tournée vers la *gestion des risques sociaux.* Les règles ainsi établies n'ont qu'un rapport lointain avec l'objet assigné par l'article L. 131-1 du Code du travail à la négociation

[813] ANTONMATTEI, Paul-Henri. « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », *in Droit social* n. 5, mai 2003, p. 487.

collective, même si, à côté des conditions d'emploi et de travail, mention y est faite des garanties sociales. Le travail n'en est plus l'épicentre et les salariés, entendus de façon étroite, n'en sont plus les seuls bénéficiaires. Elle donne corps à une citoyenneté sociale, moins sensible aux aspirations égalitaires des salariés qu'à des exigences de solidarité. »[814]

Le même auteur expose le premier trait de cette évolution : « au nom de l'emploi, des liens sont établis entre divers thèmes de négociation. Le lien le plus visible est celui qui est établi entre la durée et la répartition du temps de travail d'un côté et, de l'autre, le coût du travail dans ses différentes composantes. Surgissent, en nombre, des accords collectifs dont les différentes dispositions semblent marquées d'indivisibilité. »[815]

En Europe occidentale les relations industrielles commencent ainsi à aborder de nouveaux domaines ou à considérer les questions «anciennes» sous un angle nouveau. En effet, il n'est pas rare de trouver des négociations collectives concernant les négociations salariales, la sécurité de l'emploi, les aspects de l'organisation du travail, la restructuration, les conflits de travail et leur résolution, la sécurité et la protection sociales, ou l'évolution technologique, y compris dans le cadre de l'« européanisation » des relations industrielles.

---

[814] LYON-CAEN, Antoine. « La négociation collective : Nouveaux horizons ? Nouveaux problèmes ? », *in Droit social,* décembre 1997, p. 1004.

Un certain nombre de points nouveaux commencent par conséquent à apparaître dans la majeure partie de l'Europe ou à se propager à partir des pays les plus novateurs vers les autres. Ces points concernent notamment:

- l'apprentissage tout au long de la vie;
- l'égalité;
- la diversité et la non-discrimination dans un nombre croissant de domaines;
- les nouveaux aspects de la santé et de la sécurité au travail;
- les nombreux aspects de la flexibilité;
- la sécurité et l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée;
- les diverses formes de participation des travailleurs.

L'expérience italienne démontre par ailleurs que, depuis quelques années, les confédérations syndicales se sont préoccupées de la protection, via la loi ou la négociation collective, des travailleurs dans les nouvelles formes de travail, telles que les intérimaires et les indépendants « coordonnés » par un employeur. Cette catégorie croissante de travailleurs atypiques, traditionnellement dépourvue de représentation syndicale, éprouve, à l'heure actuelle, le besoin de se faire représenter.[816] La protection

---

[815] *Idem, ibidem,* p. 1005.

[816] Le nombre de travailleurs dans cette situation est estimé à 1 million en 1999 ("Moves to regulate freelance coordinated work through law and bargaining", Site http://www.eiro.eurofound.ie/2000/11/feature/IT0011273F.html). Ainsi, en Italie, les trois principales confédérations – Cgil, Cisl et Uil – ont créé des structures internes destinées à organiser et représenter ces travailleurs. La Cgil a créé la Nidil (Nuove Identità di Lavoro), tandis que la Cisl et la Uil ont respectivement créé l'Alai (Associazione Lavoratori Atiici e Interinali) et le Cpo (Comitati per

visée concerne, outre la reconnaissance de la distinction entre ces diverses formes d'emploi, la définition des règles de sécurité sociale, santé et impôt, ainsi que la régularisation des formes clandestines de travail éventuel.

En ce sens, le projet de loi italien dit Marco Biagi[817] a comme objectifs déclarés le développement de la qualité du travail, la réduction du travail informel et le perfectionnement de la stabilité des rapports contractuels, ce qui inclut la diminution des « coûts fixes » de nouveaux contrats.[818] De même, la réforme prévoit l'usage plus répandu de nouvelles formes d'embauche. Bref, une plus grande adaptabilité est envisagée, ce qui pourrait d'ailleurs rendre la gestion des relations de travail plus complexe aux entreprises…

La négociation collective est l'une des voies identifiées pour établir cette protection adéquate à chaque situation diversifiée.[819] Le grand défi de ces

---

l'Occupazione). Source : "Trade unions seek to represent workers in news forms of employment", site internet (http://www.eiro.eurofound.eu.int/1998/07/feature/IT9807327F.html).

[817] Professeur et Consultant gouvernemental assassiné en mars/2002 à Boulogne, par un groupe terroriste.

[818] Ces objectifs seraient atteints par le développement du rôle des partenaires sociaux et par la création d'un « échange national continu de travail ». Cela implique la mise en œuvre d'un système d'information et de circulation géographique des travailleurs. Toutefois, des interrogations demeurent, notamment en ce qui concerne l'efficacité des politiques d'emploi qui privilégient le rôle des partenaires sociaux, car il est bien connu qu'est dérisoire le nombre de personnes ayant trouvé du travail dans les pays qui ont libéralisé leurs services d'emploi, en diminuant l'intervention étatique en ce domaine. De plus, il semble que cette mesure d'échange de travail néglige à la fois l'hétérogénéité de la demande du travail et l'importance attachée par les entreprises à la sélection personnelle de leurs collaborateurs, ce qui ne saurait être remplacé par des informations recueillies sur des réseaux informatiques. Source : "Draft legislation on labour market reform approved", Site http://www.eiro.eurofound.ie/2003/07/feature/IT0307204F.html.

[819] C'est ainsi que, pour la première fois, un accord regardant le travail temporaire a été signé le 28 mai 1998, non seulement par les confédérations Cgil, Cisl et Uil, mais aussi par Nidil-Cgil, Alai-Cisl et Cpo-Uil.

institutions représentatives est d'agréger et d'organiser ce secteur hétérogène de travailleurs atypiques, alors que c'est justement cette aptitude à concilier et à mobiliser qui prouve la légitimité pour l'élaboration des règles générales.

Pourtant, le changement rapide et radical est rare dans les relations industrielles, et cela est particulièrement vrai dans les domaines de la négociation et du dialogue. Ainsi, le contenu des relations industrielles en Europe demeure plutôt «traditionnel». Par exemple, dans de nombreux pays, la négociation collective reste essentiellement axée sur les augmentations de salaires ou la durée du temps de travail, alors que l'innovation en termes de contenu est rare.

En outre, l'évolution de ce nouvel ordre du jour est très inégale d'une question et d'un pays à l'autre, certains sujets se développant plus rapidement que d'autres et certains pays abordant un large éventail de thèmes nouveaux, alors que dans d'autres le contenu n'a pratiquement pas évolué. « Cela est sans doute inévitable dans la mesure où les cultures et les systèmes de relations industrielles continuent de différer considérablement dans des domaines tels que: la relation entre la négociation collective et la législation et leurs rôles respectifs; les niveaux auxquels la négociation collective est menée et la relation entre ceux-ci; le champ d'application de la négociation et

l'importance du nombre de membres des organisations de partenaires sociaux; la portée et l'importance des processus et institutions de dialogue social bipartite et tripartite. »[820]

Au Brésil, l'État participe encore peu à la négociation collective, quoique son rôle s'accroisse de plus en plus.[821] En revanche, les avocats sont des personnages importants dans la négociation collective brésilienne. En général, ils sont toujours présents pendant le processus de négociation, pour conseiller les parties et pour émettre des avis sur des questions juridiques. De plus, ce sont eux, dans la plupart des cas, qui rédigent les termes de l'accord qui mettra fin au conflit collectif.[822]

À propos de l'élargissement du champ d'application de la convention collective – *ratione personae* et *ratione materiae* – , la Convention 154 de l'OIT, concernant la promotion de la négociation collective, dispose, en son article 5, que les mesures prises en vue de promouvoir la négociation collective « devront avoir les objectifs suivants:

a) que la négociation collective soit rendue possible pour tous les employeurs et pour toutes les catégories de travailleurs des branches d'activité visées par la présente convention;

---

[820] Source : CARLEY, Mark. « Vers un dialogue qualitatif dans les relations industrielles », site Internet http://www.eiro.eurofound.eu.int .

[821] Par exemple, un accord a été conclu avec l'usine automobile Ford, en février 1999, pour éviter le licenciement de 2 800 salariés sur un total de 6 000. L'entreprise a bénéficié d'une réduction des charges sociales.

[822] À cet égard, la Recommandation 163 de l'OIT préconise que : « 6. Les parties à la négociation collective devraient investir leurs **négociateurs** respectifs du **mandat nécessaire** pour conduire et conclure la négociation, sous réserve de toute disposition concernant des consultations au sein de leurs organisations respectives » (c'est nous qui soulignons).

b) que la négociation collective soit progressivement étendue à toutes les matières couvertes par les alinéas a), b), et c) de l'article 2 de la présente convention (article 2 : a) fixer les conditions de travail et d'emploi, et/ou b) régler les relations entre les employeurs et les travailleurs, et/ou c) régler les relations entre les employeurs ou leurs organisations et une ou plusieurs organisations de travailleurs) ;

c) que le développement de règles de procédure convenues entre les organisations d'employeurs et les organisations de travailleurs soit encouragé. »[823]

L'article 7 de la Convention 154 de l'OIT statue en outre que « Les mesures prises par les autorités publiques pour encourager et promouvoir le développement de la négociation collective feront l'objet de consultations préalables et, chaque fois qu'il est possible, d'accords entre les pouvoirs publics et les organisations d'employeurs et de travailleurs. »

L'étendue de la négociation collective est une question qui suscite des controverses. À l'échelle européenne, par la lecture de l'article 138 du Traité d'Amsterdam[824], on pourrait en effet prétendre que, en droit communautaire, la

[823] Les alinéas d) et e) énoncent en outre « d) que la négociation collective ne soit pas entravée par suite de l'inexistence de règles régissant son déroulement ou de l'insuffisance ou du caractère inapproprié de ces règles; e) que les organes et les procédures de règlement des conflits du travail soient conçus de telle manière qu'ils contribuent à promouvoir la négociation collective. »

[824] « la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire. 3. Si la Commission, après

négociation collective se limitera au thème sur lequel la Commission avait rédigé un projet de Directive. Cet argument semble toutefois ne pas tenir face à une analyse qui prenne en compte l'application du principe de la liberté.

Cependant, cette **liberté conventionnelle n'est pas absolue**. Sa relativité émane de la Déclaration des États signataires du protocole social du 7 février 1992, par laquelle le contenu des accords communautaires doit se dérouler « selon les normes de chaque État membre », qui n'auront pas « l'obligation d'appliquer de façon directe ces accords ou d'élaborer des normes de transposition de ceux-ci, ni l'obligation de modifier les dispositions internes en vigueur pour faciliter leur mise en œuvre. ». Les États n'ont donc pas à modifier leurs droits nationaux pour permettre la transposition d'une convention. Les partenaires sociaux européens doivent par conséquent veiller à ce que l'accord communautaire soit compatible avec les droits existants dans les pays membres de la Communauté.

Si la mise en œuvre de ces accords communautaires – car ils ne sont pas contraignants à l'égard des États membres – , se fait *par voie conventionnelle*, au moyen de la reprise du texte dans des accords nationaux, les partenaires sociaux

---

cette consultation, estime qu'une action communautaire est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation. 4. À l'occasion de cette consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 139. La durée de la procédure ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission. »

nationaux auront liberté totale de négociation, pour adapter, modifier et retrancher les dispositions, sauf s'ils avaient donné un mandat spécial à leur organisation européenne pour conclure un accord européen – auquel cas ils ne pourraient qu'ajouter des suppléments à l'accord européen.[825]

Par ailleurs, si le domaine de compétence de la Communauté européenne est limité, notamment en droit collectif (ex : droit de grève, lock-out, droit syndical), d'autres domaines du droit du travail demeurent toujours soumis à la règle de l'unanimité. Cela restreint sans doute le domaine de la négociation collective au niveau européen.

C'est peut être l'une des raisons pour lesquelles le domaine de la négociation collective sectorielle au niveau communautaire demeure peu exploité, encore que quelques négociations sectorielles sur des questions nouvelles, telles que les effets du télétravail ou du développement de la société de l'information, soient observées. En effet, les négociations se limitent le plus souvent à identifier des problématiques pertinentes pour le dialogue social et à tester un « vocabulaire » commun. 47% des textes adoptés concernent le thème de la politique/économie, 13% les

[825] L'autre manière de mettre en œuvre les accords internationaux est *par voie de Directive*, cela étant le cas des accords sur le congé parental (Directive du 3 juin 1996), du travail à temps partiel (Directive du 15 décembre 1997) et des contrats à durée déterminée (Directive du 28 juin 1999). À son tour, la directive doit être transposée aux droits nationaux des États, par la voie législative ou conventionnelle. Il convient toutefois de souligner que, si l'accord collectif au niveau européen porte sur les thèmes *a priori* exclus du domaine de compétence des Communautés, sa mise en œuvre ne peut pas se faire par la voie d'une directive. Elle supposera un autre accord collectif en droit national.

conditions de travail ; 9% la formation ; 8% l'emploi ; 8% le temps de travail ; 7% la santé/sécurité ; 5% le dialogue social et 3% l'analyse/statistiques. Constituent des thèmes de discussion, par exemple, l'innovation dans le domaine de la formation et de la mobilité, les implications des nouvelles technologies de l'information, l'organisation du travail, le travail au noir, le travail des enfants et l'impact de l'introduction de l'euro.

Pour les secteurs plus développés, il s'agit souvent de rappeler les éléments de leur identité pour la préservation de certains principes de base qui gouvernent leur activité (ex : existence de statuts spéciaux pour le chemin de fer, missions d'intérêt général pour les postes et télécommunications, etc.).

Un exemple de consultation des partenaires sociaux au niveau européen s'est produit en juin 2000, quand la Commission a incité les acteurs sociaux à se manifester sur la modernisation et le développement des relations de travail, notamment en ce qui concerne les principes à suivre et l'établissement d'un mécanisme de révision des règles légales et conventionnelles qui régissent les relations de travail. L'avis des partenaires sociaux sur la modernisation des relations de travail revêt une importance particulière, car il influence l'évolution des structures des relations professionnelles pour l'adapter aux diverses situations émergentes sur le marché du

travail. Les domaines les plus visés sont le télétravail et les travailleurs économiquement dépendants (TED).[826]

À l'égard du télétravail, les partenaires sociaux ont signé un accord-cadre en juillet 2002.[827] L'accord – dont la transposition en droit interne par voie de la négociation collective dans les trois ans suivant la date de sa signature est prévue par les parties signataires – rappelle d'une part que le télétravail est un « arrangement de travail flexible » et qu'il existe « dans le but d'améliorer la productivité et la compétitivité des entreprises et de réaliser l'équilibre nécessaire entre la flexibilité et la sécurité. » D'autre part, l'accord considère le télétravail comme faisant partie du « passage vers l'économie et la société de la connaissance » et couvrant des « pratiques sujettes à des évolutions rapides ».

Ainsi, les partenaires sociaux contemplent le télétravail « à la fois comme un moyen pour les entreprises et les organisations de services publics de moderniser l'organisation du travail, et comme un moyen pour les travailleurs de concilier vie professionnelle et vie sociale et de leur donner une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches. » La définition est toutefois donnée par l'article 2 : « forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un

[826] Source : http://www.eiro.eurofound.eu.int/2000/07/inbrief/EU0007259N.html .
[827] Le texte intégral de l'accord est disponible dans l'Annexe XXX de cette thèse.

travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière. »

Cette nouvelle forme d'organisation du travail est également considérée comme un outil pour accroître les chances des personnes handicapées sur le marché du travail. L'accord prévoit en outre qu'en règle générale, l'employeur « couvre les coûts directement causés par ce travail » et que les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits, garantis par la législation et les conventions collectives applicables, que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise, y compris les droits collectifs et le respect la vie privée du télétravailleur. À l'employeur incombe également de prendre des mesures « pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs de l'entreprise, telles que lui donner la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues et d'avoir accès aux informations de l'entreprise. »

Étant volontaire, le « télétravail peut faire partie du descriptif initial du poste du travailleur, ou on peut s'y engager volontairement par la suite », mais en tout état de cause, le télétravailleur recevra toutes les informations nécessaires au développement de son travail, ainsi qu'aux conditions dans lesquelles se déroule son rapport avec l'entreprise (p. ex., conventions collectives applicables, description du travail à réaliser, département de l'entreprise auquel le télétravailleur est rattaché, son supérieur immédiat, etc.).

En ce qui concerne le champ d'application de la négociation collective, il est important de souligner que la Convention n. 154 de l'OIT prévoit que « la loi ou la pratique nationales peuvent déterminer dans quelle mesure le terme négociation collective devra également englober (…) les négociations. » (article 3, alinéa 1). Cette exclusivité des normes nationales a sûrement comme finalité la détermination par chaque pays, au niveau national, du degré d'indépendance et d'égalité des parties concernées, et de la réglementation qui s'ensuit.

Concilier les intérêts différents et arriver à un consensus grâce au dialogue social est le but de la négociation collective. Il est incontestable que les employeurs font face au besoin de survie dans un contexte d'économie mondialisée et compétitive, mais cela n'exclut nullement d'adoption de mesures protectrices destinées à préserver la sécurité ou à compenser la flexibilité dans la relation du travail. Une meilleure cohésion sociale pourrait en effet résulter d'une protection négociée entre les parties elles-mêmes et être à l'origine d'un cercle vertueux de progrès socio-économique.

En définitive, l'auto-réglementation, où les partenaires sociaux sont auteurs des règles de droit, a de multiples avantages, parmi lesquels la recomposition d'une protection négociée et non pas imposée, avec un contenu protecteur variable et

adaptable aux particularismes « du terrain ». Or, ce comportement risque d'entraîner des abus de la part des plus forts. Comment alors anéantir ce risque ? Pour remplir ses finalités et concilier l'équité à l'adaptabilité, la négociation collective ne peut se passer de parties équivalentes et d'acteurs vraiment représentatifs.

SECTION 2–LE DÉFI DE LA NÉGOCIATION : L'ÉQUILIBRE DES PARTIES

La protection obtenue pour un groupe comme résultat du dialogue social, « n'est pas seulement une question de choix ou de revendication, mais de force et de capacité à persuader l'autre groupe. »[828] Ainsi, cette relation d'échange de pouvoir suppose nécessairement l'équilibre des parties intéressées. Seul cet équilibre peut en effet assurer un dialogue social et une négociation collective de qualité. C'est un défi auquel il n'est pas possible d'échapper.

Par ailleurs, l'équilibre des parties suppose l'analyse inéluctable de la question de la légitimité des organisations syndicales dans le processus de négociation collective, surtout quand celle-ci vise à concilier le développement économique avec de meilleures conditions de travail (§ 1er). Une fois assuré cet équilibre, la protection des travailleurs pourrait également être obtenue au moyen d'une négociation plus étendue au niveau géographique (§ 2).

§ 1er. La protection face à la légitimité syndicale

La légitimité syndicale est évidemment un moyen efficace d'assurer la protection des travailleurs, même si elle connaît aujourd'hui quelques difficultés,

notamment celles liées au respect de la liberté syndicale (A), au déclin du taux de syndicalisation (B) et aux interrogations sur l'opportunité de préserver le monopole syndical (C).

A – LE RESPECT DE LA LIBERTÉ SYNDICALE

L'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, sur la liberté de réunion et d'association, prévoit que « 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts. 2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État ».

---

[828] P. ABRANS, *Historical sociology*, Shepton Mallett, Open Books, 1982, p. 15, *apud* HEPPLE, Bob, *Rights at work*, op. cit., 2003, p. 5. Dans la version originale : "not just a matter of what they choose or want but what they can force or persuade other groups to let them have".

En matière de droit international, la Déclaration de Philadelphie de l'OIT affirme, par ailleurs, que la liberté syndicale est « une condition indispensable d'un progrès soutenu » et que « la lutte contre le besoin doit être menée avec une inlassable énergie au sein de chaque nation et par un effort international continu et concerté dans lequel les représentants des travailleurs et des employeurs, coopérant sur un pied d'égalité avec ceux des gouvernements, participent à de libres discussions et à des discussions de caractère démocratique en vue de promouvoir le bien commun ».

La liberté syndicale peut être entendue comme offrant trois aspects: liberté de création d'un syndicat ; autonomie syndicale ; liberté d'adhérer/demeurer adhérant ou non à un syndicat. Dans cette perspective, le Comité de liberté syndicale, institué dès 1951 au sein de l'OIT, joue un rôle extraordinaire, dans les décisions rendues sur les plaintes déposées contre les gouvernements, établissant des principes en la matière et inspirant législateurs et magistrats du travail. Par ailleurs, l'importance du respect de la liberté syndicale apparaît d'autant plus évidente que la convention collective semble avoir un caractère réglementaire exorbitant de l'acception privatiste de la force obligatoire des contrats et de la relativité des conventions, car elle s'applique à tous les travailleurs et non seulement à ceux qui adhèrent aux syndicats.

Pourtant, la liberté syndicale n'est pas partout respectée. L'histoire du syndicalisme brésilien explique, par exemple, l'origine des difficultés à surmonter à

l'époque actuelle.[829] D'après la lecture de l'article 8 de la Constitution brésilienne en vigueur, on peut constater l'existence d'une liberté syndicale partielle, issue de la vieille tradition corporatiste. La transposition de la structure traditionnelle vers le pluralisme démocratique implique encore quelques mesures des autorités publiques. C'est dire que, si le Brésil respecte certains principes pour garantir une liberté syndicale, celle-ci ne se révèle pas complètement assurée. Il s'agit, donc, d'une liberté syndicale relative. En effet, la cotisation syndicale obligatoire et le principe de l'unicité syndicale perdurent encore aujourd'hui. [830]

Si au début, le but de l'introduction d'un régime d'unicité syndicale assorti d'une exigence de payement de l'impôt syndical était la protection étatique des syndicats, y compris financière, à l'heure actuelle les constantes demandes de changement de la part même de certaines organisations syndicales, qui réclament l'admission de la pluralité syndicale et davantage d'autonomie syndicale, révèlent toutefois l'obsolescence du système. En effet, plus l'organisation syndicale est rigide, moins la négociation collective sera développée et moins effectif sera le principe protecteur. À cet égard, le Ministre président du TST a affirmé que « pour que les syndicats soient purs et forts, ils doivent renoncer à l'unicité syndicale et à l'impôt syndical. »[831]

---

[829] L'Annexe XXVI de la thèse contient un résumé explicatif de cette histoire.
[830] Pour une explication minutieuse à propos de la relativité de la liberté syndicale au Brésil, v. Annexe XXVII.
[831] *Site* http://www.tst.gov.br/ACS/NOTICIAS/entrevistaaposposse.html , le 10 avril 2002.

L'unicité syndicale au Brésil est ainsi une entrave à la propagation d'une coutume de négocier, car il est rare de trouver un syndicat qui représente tous les salariés de l'entreprise et les conditions de travail ne sont donc pas appliquées de manière uniforme pour tous les salariés. Les conventions et accords collectifs ne sont par conséquent applicables qu'à l'égard des salariés de la catégorie professionnelle correspondante. Encore aujourd'hui, les salariés ne connaissent pas une organisation syndicale les groupant par métier ou par secteur d'activité. L'encadrement syndical est toujours fait en tenant compte de l'activité prépondérante de l'entreprise (articles 570 et suivantes de la CLT).[832] À tout cela, s'ajoutent les inégalités régionales d'un pays de dimension continentale.

Le résultat du maintien de ce principe unitaire en matière syndicale peut d'ailleurs être constaté par les chiffres. Aujourd'hui, d'après les enquêtes officielles[833], le nombre de syndicats brésiliens s'élève à 15 963 (*sic*), dont 38% sont affiliés à une des centrales syndicales, telles que CUT ou CGT ou Force Syndicale ! Selon la même étude, 30% des syndicats nationaux ne sont pas enregistrés et ne

[832] L'Annexe XXVIII traite du système confédéral brésilien et des centrales syndicales.
[833] Elles sont extraites du recensement syndical brésilien 1991-2001, faites par l'Institut Brésilien de Géographie et de Statistique (IBGE) et par le Ministère du Travail (Source : *Jornal do Brasil* du 2 octobre 2002, p. C2).

devraient donc pas fonctionner. Du côté des employeurs, il existe 4 500 organisations patronales ! [834]

Tout cela concourt à affirmer que, d'un point de vue de protection du travailleur, le principe d'unicité syndicale doit être immédiatement supprimé. La disparition du principe d'unicité syndicale contribuerait en outre à l'établissement de l'équilibre des parties à la négociation. En effet, que les acteurs du dialogue social et de la négociation collective soient les syndicats ou d'autres représentants des parties intéressées, l'important est que les parties détiennent un rapport de force équivalent. À cet égard, selon M. le Professeur DELGADO, contrairement au droit individuel du travail, où les rapports sont établis entre deux êtres de nature juridique différente[835] – ce qui justifie d'ailleurs l'existence du principe protecteur du salarié – , le *principe de l'équivalence des contractants* en droit collectif repose sur le fait que tous les êtres sont collectifs.[836] L'équivalence des co-contractants, selon le même auteur[837], résulte de deux éléments : d'abord, une nature juridique identique, car ils sont tous les deux des êtres collectifs ; et ensuite, la possibilité ouverte à tous les deux de faire appel à des instruments efficaces de pression et de négociation. L'auteur précise que

[834] Jornal do Brasil du 24 mars 2003, p. A3.
[835] L'employeur, hormis celui de domestiques, est un être collectif, tandis que le salarié est forcément un être individuel. L'employeur est ainsi considéré comme un agent à la fois socio-économique et politique, car les conséquences de ses actions se répandent et, encore que limitées au sein de l'entreprise, ont vocation à s'appliquer à une communauté plus large. Le salarié, au contraire, tant qu'il n'a pas de responsabilités collectives, n'est pas capable de produire des actions d'impact commun.
[836] DELGADO. Maurício Godinho. "Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores", *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 67, numéro 2, avril/juin/2001, pp. 80 et suivantes.
[837] Op. cit., p. 92.

> « les instruments mis à disposition du sujet collectif des travailleurs (garanties d'emploi, prérogatives des syndicats, possibilités de mobilisation et pression sur la société civile et l'État, grève, etc.) diminueraient, sur le plan collectif du travail, la disparité lancinante qui sépare le travailleur, en tant qu'individu, du chef d'entreprise. Cela pourrait contribuer à un traitement juridique plus équilibré aux parties concernées de la part du droit collectif du travail. Dans cette perspective, la directive protectrice accentuée et l'intervention de l'État, communes au droit individuel, perdraient du sens dans le droit collectif du travail.
> Il est bien vrai que le Brésil, plus de dix ans après sa Constitution de 1988, n'a pas encore achevé la transition à un droit collectif plein, équilibré et efficace, *garant d'une réelle équivalence entre les contractants collectifs*. C'est que, même si la Constitution affirme de manière transparente, pour la première fois depuis les années 30, quelques-uns des principes fondamentaux du droit collectif, elle n'a pas encore été suivie d'une Charte des droits syndicaux, qui adapte la veille législation hétéronome aux nécessités de la réelle démocratisation du système social et de la négociation collective. »

Le souci demeure donc lié à l'équilibre des parties directement intéressées par la négociation collective, notamment en ce qui concerne la représentation adéquate des travailleurs, condition *sine qua non* pour une protection efficace. Les *acteurs* de la négociation collective peuvent être des *représentants syndicaux* (représentants nommés ou élus par des syndicats ou par les membres de syndicats) ou des *représentants élus* (représentants librement élus par les travailleurs de

l'entreprise)[838], mais la présence de représentants élus ne peut « servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants ». Au contraire, la coopération, sur toutes questions pertinentes, doit être encouragée entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part.[839]

L'article 3, alinéa 2 de la Convention n. 154 de l'OIT démontre bien la préoccupation de l'Organisation de protéger les organisations de travailleurs, afin d'établir autant que possible des rapports d'égalité dans le dialogue. Cette règle dispose que, « Lorsque, en application du paragraphe 1 ci-dessus, le terme négociation collective englobe également les négociations avec les représentants des travailleurs visés dans ce paragraphe, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de ces représentants ne puisse servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs intéressées. », car ce niveau d'indépendance et d'égalité entre les organisations syndicales et les groupements d'employeurs varie d'un pays à l'autre en fonction du développement des pratiques collectives. La loi fonctionnera alors comme un poids d'équilibre entre les intéressés. Même si la règle de la convention est restée sous silence, il est évident qu'elle faisait plutôt référence aux organisations syndicales, en vue de protéger les intérêts des travailleurs.

[838] Toutes les deux catégories de représentants sont d'ailleurs reconnues par la Convention 135 de l'OIT, concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder.

En outre, la Recommandation 163 de l'OIT énonce, en son article 5, relatif à l'équilibre des parties à la négociation : « 5. (1) Des mesures devraient être prises par les parties à la négociation collective pour que leurs négociateurs, à tous les niveaux, aient la possibilité de recevoir une formation appropriée. (2) Les pouvoirs publics pourraient, à la demande de celles-ci, fournir, pour cette formation, une assistance aux organisations de travailleurs et d'employeurs. »[840]

Par ailleurs, afin de contrôler la discrimination qui peut exister à l'encontre des délégués syndicaux et des travailleurs, l'article 1er de la Convention 98 de l'OIT prévoit que « 1. Les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi. 2. Une telle protection doit notamment s'appliquer en ce qui concerne les actes ayant pour but de: a) subordonner l'emploi d'un travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat; b) congédier un travailleur ou lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail. » Cette Convention a été adoptée le 1/7/49 et est entrée en vigueur le 18/7/51. La France l'a ratifiée le 26/10/51 et le Brésil le 18/11/52. Elle dispose en outre que des mesures de

---

[839] Article 5 de la Convention 135.

[840] Selon les alinéas (3) et (4), « Le contenu et la surveillance des programmes en vue de cette formation devraient être déterminés par l'organisation appropriée de travailleurs ou d'employeurs intéressée » et « Cette formation ne devrait pas porter atteinte au droit des organisations de travailleurs et d'employeurs de choisir leurs propres représentants aux fins de la négociation collective. »

protection doivent être mises en place afin d'éviter des actes d'ingérence de l'employeur à l'égard des organisations de travailleurs.[841]

À cet égard, le Rapport global établi chaque année en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail[842] indique un certain nombre de violations manifestes de la liberté syndicale – et, par conséquent, du principe protecteur ! – parmi lesquelles on peut citer les interdictions totales qui frappent les syndicats (par ex., en Arabie saoudite**,** dans les Émirats arabes unis et en **O**man), le refus d'accorder aux comités de travailleurs ou aux conseils du travail les attributs d'organisations indépendantes de travailleurs (à Bahreïn et au Qatar**)** et encore des allégations d'assassinats de syndicalistes (en Colombie**,** en Équateur, au Guatemala, en Indonésie et en République dominicaine**).** L'OIT fut également amenée à examiner des cas d'agressions physiques, des arrestations et des détentions dans plus de 20 pays, des exils forcés, des violations de locaux et de biens appartenant à des syndicats.

[841] Article 2, alinéa 2 : « Sont notamment assimilées à des actes d'ingérence au sens du présent article des mesures tendant à provoquer la création d'organisations de travailleurs dominées par un employeur ou une organisation d'employeurs, ou à soutenir des organisations de travailleurs par des moyens financiers ou autrement, dans le dessein de placer ces organisations sous le contrôle d'un employeur ou d'une organisation d'employeurs. » Les Conventions 87 et 98 de l'OIT, sur la liberté d'association et de négociation collective, ont été ratifiées par la France, mais le Brésil n'a pas encore ratifié celle de n. 87. D'autre part, la Convention 154 (1981) sur la négociation collective a été ratifiée par le Brésil, mais non par la France. De plus, les Conventions 144 (1976) et 135 (1971) ont été ratifiées et par le Brésil et par la France. Pourtant, même si l'État Membre n'a pas ratifié une convention, il est tenu de respecter les principes contenus dans la Constitution de l'OIT, dont la liberté syndicale. Cela découle de la seule affiliation à l'Organisation.

Le rapport a conclu en mettant l'accent sur 3 priorités :

- veiller à ce que tous les travailleurs puissent constituer les syndicats de leur choix et s'affilier à de tels syndicats, sans crainte d'intimidation ou de représailles, et à ce que les employeurs soient libres de constituer des associations indépendantes et de s'y affilier;

- encourager une attitude ouverte et constructive de la part des entreprises privées et des employeurs du secteur public vis-à-vis de la représentation librement choisie des travailleurs ainsi que le développement de méthodes concertées de négociation et de formes complémentaires de coopération concernant les conditions du travail;

- faire en sorte que les autorités publiques reconnaissent qu'une bonne gouvernance du marché du travail, fondée sur le respect des principes et droits fondamentaux au travail, contribue puissamment à un développement économique, politique et social stable dans le contexte de l'intégration économique internationale, de l'expansion de la démocratie et de la lutte contre la pauvreté.

Pour atteindre l'objectif de liberté syndicale, il faudrait une redécouverte des responsabilités collectives dans l'esprit des personnes chargées de représenter les intérêts des parties concernées. En ce sens, de nouvelles perspectives s'ouvrent à l'humanité. L'État doit stimuler et soutenir les négociations collectives et la réforme du système doit commencer par le renforcement du rôle syndical, pierre angulaire de la protection négociée. Cela suppose à la fois la suppression du principe d'unicité et l'augmentation de l'intérêt des salariés envers les syndicats.

---

[842] *Votre voix au travail*, Bureau International du Travail, Genève, 2000.

B – LE FAIBLE TAUX DE SYNDICALISATION

Il s'agit ici de remettre en question la dynamique interne de l'action syndicale. La réalité du problème et les solutions qui peuvent y être apportées sont donc à étudier.

1. Une réalité

Le mouvement syndical n'est plus capable de satisfaire la demande des salariés : voilà une vérité à laquelle il n'est aujourd'hui pas possible d'échapper. Nul ne nie plus que le syndicalisme soit en crise. En effet, à l'heure actuelle, le poids social des syndicats aussi bien que leur capacité d'organisation et de mobilisation sont mis à rude épreuve dans grand nombre de pays.

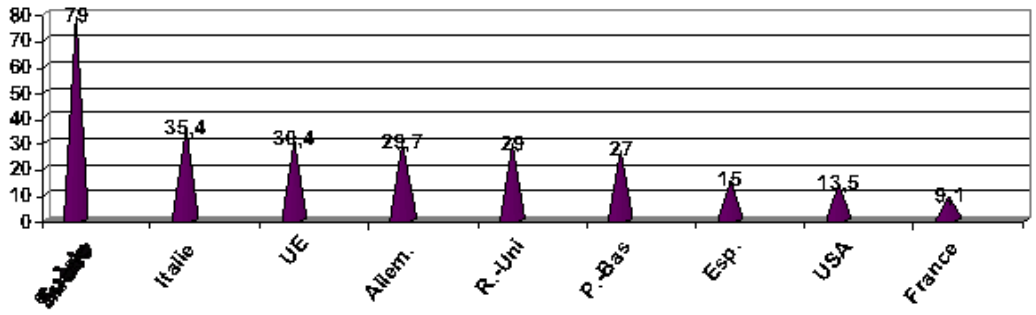
Au Brésil, p. ex., 83% du total des travailleurs ne sont affiliés à un aucun syndicat (dans le secteur formel seulement 35% y sont affiliés).[843] Aussi bas que soit le pourcentage du syndicalisation, il est souvent supérieur à ceux repérés dans d'autres pays (p. ex., 19% au Japon). La différence des courbes de syndicalisation dans le nord et dans le sud de l'Europe, révélée par le graphique ci-dessous, contribue par

[843] Journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002. Rappelons qu'au Brésil le marché formel n'englobe que 30% des salariés typiques.

ailleurs à affaiblir les organisations syndicales.[844] Des incertitudes demeurent sur les raisons d'un tel phénomène, alors qu'il est normalement reconnu que le syndicat est l'une des principales sources de protection des travailleurs.

Selon le Rapport global du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail[845], l'évolution récente a contribué à l'apparition d'un *déficit de représentation* de plus en plus marqué dans le monde du travail. La segmentation croissante des marchés du travail, ainsi que la restructuration de la production qui a suivi les innovations technologiques et les privatisations à grande échelle, ont considérablement réduit la taille moyenne des unités de production. Le rapport révèle en outre que « des méthodes de travail plus flexibles, le recours croissant à des accords de sous-traitance et le travail à temps partiel rendent encore plus difficile toute organisation des travailleurs en vue de défendre leurs intérêts propres. »

[844] **Taux de syndicalisation en Europe et aux États-Unis - (en % des salariés, en 2000)**. Graphique dessiné par l'auteur d'après les données de la Fondation de Dublin, *apud* Liaisons sociales magazine, n. 36, novembre 2002.



[845] Rapport cité, *Votre voix au travail*, Bureau international du Travail, Genève, 2000.

Les facteurs de la baisse des effectifs syndicaux sont donc de divers ordres. On pourrait y ajouter les licenciements massifs et l'émiettement des syndicats d'une part, et la progression des conceptions libérales et des soupçons pesant sur leur indépendance, d'autre part. D'autres causes, telles que la perte d'influence et l'incapacité à influencer effectivement sur le déroulement des négociations collectives nuisent également à la capacité organisationnelle des syndicats et, par conséquent, limitent leur utilité à l'égard de leurs membres, diminuant l'encouragement à la syndicalisation. Dans cet esprit, le besoin même du syndicat en tant qu'agent négociateur est mis en cause. De plus, le comportement anachronique des organisations syndicales qui insistent à adopter une logique de conflit plutôt qu'une logique de négociation ne fait qu'aggraver la situation, selon Mme Marie-France MIALON. Le même auteur relève en outre que le faible soutien apporté par les syndicats à l'établissement de normes adaptées aux besoins des femmes et la négligence des PME par les organisations syndicales, ainsi que certaines rigidités de la législation peuvent être également à l'origine du faible taux de syndicalisation en France. [846]

Sans souci d'exhaustivité, d'autres raisons expliquent toutefois ce « désarroi » des syndicats : 1) la liberté de ne pas adhérer, issue du principe de liberté syndicale ; 2) le développement du secteur informel (si on ne bénéficie pas des protections sociales, on ne s'intéresse pas au syndicat) ; 3) l'étendue de la protection de

la règle collective à tous les salariés de la catégorie, indépendamment du fait qu'ils soient ou non syndiqués (démotivation) ; 4) l'accroissement de l'hétérogénéité des associations patronales ; 5) la difficulté de rassembler d'idéologies diverses et parfois opposées ; 6) la perte de capacité de rassemblement ; 7) le déclin de l'industrie de manufacture, cœur du mouvement syndical, suivi par la récession économique (combinaison dont le résultat a été la chute du nombre de représentants capables de revendiquer des augmentations de salaires à long terme) ; 8) le changement de profil de l'adhérent typique de l'ouvrier d'industrie masculin qualifié (modèle Renault-Billancourt) à la jeune femme travaillant à temps partiel dans un magasin, parfois sous un CDD ; 9) le manque de politique pour attirer les plus jeunes, dont les conditions de travail sont en général plus précaires et chez qui les changements de travail sont plus fréquents (seulement 6% de taux de syndicalisation chez les jeunes entre 16 et 25 ans au Brésil, c'est dire que 9 sur 10 ne sont pas affiliés à un syndicat[847]).

En outre, la fin de la guerre froide et l'impact de la mondialisation sur tous les acteurs sociaux ont relâché la communauté de vues des syndicalistes quant au but à atteindre (négligence de l'idéalisme). En ce sens, « le recul de l'idéologie et des conflits de classe, la multiplication des interactions sociales en dehors du lieu de travail

---

[846] MIALON, article cité, 2003, pp. 278/280.

[847] Journal *Folha de São Paulo* du 24 mars 2002. Un témoignage d'un jeune salarié brésilien – dont le père aujourd'hui retraité, était dirigeant syndical – illustre bien la pensée moderne à ce sujet : « Ce qui vaut c'est le dévouement à l'entreprise, l'engagement individuel. C'est l'entreprise qui paye le salaire, pas le syndicat. Cela ne sert à rien d'insérer dans mon CV que j'ai participé à des assemblées, manifestations ou grèves. » Le syndicat fait pression sur les salariés, mais les bénéfices conquis sont minimes, ajoute-t-il.

et la tendance à la décentralisation des négociations collectives ont rendu plus fragile le consensus parmi les mandants »[848] des organisations syndicales et patronales. Cela est probablement la cause du recul du militantisme. En revanche, l'opposition entre le syndicalisme de *protestation* (plus revendicatif) et le syndicalisme de *négociation* (plus conciliateur) contribue à maintenir les préjugés, empêchant l'évolution vers un nouveau syndicalisme mobilisateur, davantage équilibré et capable d'atteindre, au moyen du dialogue social et, le cas échéant, des armes syndicales légitimes, de vraies avancées collectives.

Un véritable compromis est le but de la négociation collective protectrice. Si la réalité pose des difficultés découlant du manque d'intérêt porté aux organisations syndicales, il faut essayer de trouver des stratégies qui puissent contribuer, sinon à résoudre, du moins à diminuer le problème, de façon à atteindre une protection plus efficace pour les travailleurs.

2. Des solutions

Elles passent nécessairement par des efforts de (re)syndicalisation dans les secteurs traditionnellement dépourvus de mécanismes de protection collective (services, emploi temporaire, travailleurs indépendants, chômeurs). Il s'agit de rétablir les liens de coopération et de renouer les solidarités (inter)professionnelles. En effet, ces

[848] BIT, *Un travail décent*, Rapport du Directeur général, op. cit..

catégories de travailleurs doivent faire entendre leur voix dans le débat, les syndicats étant leur porte-parole le plus traditionnel.

Des arguments optimistes existent néanmoins. D'une part, malgré la réussite du capitalisme, le socialisme pourrait encore se faire présent à travers les syndicats. Au contraire, si les syndicats sont faibles, le socialisme est presque réduit aux discussions académiques des universités. D'autre part, l'expérience de *« la précarisation généralisée peut être au principe de solidarités d'un type nouveau »*[849], de même que la crainte du chômage. Un exemple un peu curieux est celui résultant des effets de la crise de la « nouvelle économie » sur les relations collectives. Alors que les entreprises de l'Internet menaçaient de supprimer les postes de travail de leurs salariés, ceux-ci se sont rapprochés des syndicats, en quête d'un (ultime ?) recours de protection.

Cela a confirmé le soupçon selon lequel cette crise pourrait contribuer à comptabiliser des gains au profit des organisations syndicales dans un secteur jusqu'alors dominé par la pratique des relations individuelles de travail. Même les jeunes diplômés, traditionnellement écartés de la vie collective, ont eu recours aux syndicats, tout en utilisant les nouvelles technologies à leur bénéfice.[850] Assiste-t-on à un changement de l'ancienne fragmentation vers une nouvelle unité de la représentation syndicale ? Cette crise peut donc bien mener à une renaissance de la capacité

[849] BOURDIEU, Pierre, article cité.

d'intervention des organisations syndicales et patronales, ce qui pourrait revitaliser le principe protecteur.

Il existe, en outre, du moins en Grande-Bretagne et en Irlande, une tendance à ce que les salariés syndicalisés reçoivent un revenu plus élevé que ceux qui ne sont pas adhérents à un syndicat et cela peut stimuler la syndicalisation. C'est ce que les anglophones appellent le *mark-up* ou le *wage premium.*

La quête de solutions à la question du faible taux de syndicalisation a été à l'origine d'une étude de l'EIRO.[851] Dans ces analyses, l'Institut a constaté que de nombreux développements significatifs ont eu lieu en 2001 tant en ce qui concerne l'organisation que le rôle des partenaires sociaux. Un certain nombre de *fusions de syndicats* a été observé, suivant ainsi la tendance vérifiée au cours de ces dernières années, notamment en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en Allemagne, en Norvège, en Suède et au Royaume-Uni. Du côté du patronat, l'année 2001 a été marquée par la fusion des principales organisations patronales et industrielles suédoises, belges et danoises du secteur privé.

Une autre question qui tourmente les juristes du travail – et plus particulièrement ceux intéressés par la protection des travailleurs – est celle de savoir si

---

[850] Cf. « The crises of the 'new economy' and industrial relations", www.eiro.eurofound.ie, 15/03/2002. Les salariés ont créé un site Internet dédié à leur situation.

les syndicats représentent tous les travailleurs ou seulement les salariés employés dans certains secteurs. Les « travailleurs économiquement dépendants »[852], par exemple, ne bénéficient d'aucune protection juridique (ni législative, ni conventionnelle). De même, la croissance de l'économie informelle – qui assurait plus de 80% de tous les emplois nouveaux en Amérique latine et 93% en Afrique durant la décennie 1990 – a également accru la proportion des travailleurs qui ne bénéficient d'aucune forme de représentation collective. Les organisations de travailleurs et d'employeurs doivent s'efforcer à réduire le déficit de représentation en pénétrant mieux dans l'économie informelle et dans le marché actuel où sont créés les nouveaux postes de travail. Pour cela, il faut toutefois vaincre la faible tradition de négocier des syndicats en Amérique Latine. Selon l'IBGE, seulement la moitié des syndicats brésiliens – la plupart dans le Sud-est et dans le Sud du pays – ont mené des négociations collectives.[853]

Le renforcement des possibilités de *représentation en justice des travailleurs par les organisations syndicales* pourrait par ailleurs contribuer à augmenter l'intérêt pour les syndicats. Pour assurer un équilibre plus effectif entre les parties, le droit brésilien prévoit la possibilité de la représentation/substitution des salariés par les syndicats. En effet, selon l'article 8, alinéa III de la Constitution de la République, «il appartient au syndicat de défendre les intérêts collectifs ou individuels

---

[851] « Vue d'ensemble comparative des relations industrielles en 2001 », www.eiro.eurofound.eu.int
[852] À cet égard, v. *supra* sur les travailleurs indépendants.
[853] Source : http://www.fne.org.br/noticias/outras/not-56.htm

de sa catégorie, y compris en matière juridique et administrative ». Le texte constitutionnel a ainsi élargi le champ d'application de l'institut de la représentation à tous les membres de la catégorie. Avant, il n'en allait pas de même, puisque la CLT n'accordait aux syndicats que la représentation de ses adhérents (art. 513, « a »). Au-delà des discussions doctrinales sur la nature juridique de cette légitimité accordée aux organisations syndicales[854], il n'en demeure pas moins que le syndicat peut légitimement assigner l'employeur devant le juge, pourvu que la loi l'admette expressément.[855]

En droit français, les articles L. 135-4 e L. 135-4 disposent sur la capacité des organisations ou groupements d'ester en justice pour les actions qui naissent des conventions ou accords collectifs de travail.[856] L'article L. 321-15 admet en outre l'intervention d'un syndicat représentatif pour les actions en exécution des obligations qui naissent des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles régissant le licenciement pour motif économique et la rupture du contrat de travail

[854] À la rigueur, il s'agit de représentation et non de substitution, comme l'a finalement énoncé le TST dans l'« Enunciado » 310, I. Cet « Enunciado » a été récemment annulé.
[855] À titre d'exemple, cela peut arriver dans les cas de demandes en payement d'une augmentation salariale prévue par la loi (art. 3 de la Loi n. 8073.90) ou de la contribution pour le *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS –* (art. 25 de la Loi n. 8036/90) ou encore dans le cas d'une demande en accomplissement d'une clause prévue par une décision normative (art. 872, paragraphe unique de la CLT).
[856] À ce sujet, « Si l'article L 135-5 du Code du travail ne vise que les syndicats liés par une convention ou un accord collectif de travail, c'est-à-dire ceux qui ont signé ladite convention ou ledit accord, l'article L 135-4 du même Code concerne, au contraire, les syndicats signataires ou non d'une convention ou d'un accord collectif qui, cependant, lie leurs membres adhérents. Dans une telle hypothèse, ces syndicats disposent soit du droit d'agir en exécution des droits que les salariés tirent de la convention ou de l'accord collectif, à la condition d'avertir les salariés intéressés et que ceux-ci ne se soient pas opposés à l'action, soit du droit d'intervenir à une instance engagée, à raison de l'intérêt collectif que la solution du litige peut

découlant de l'adhésion à une convention de conversion. Enfin, l'article L. 411-11 modifié par la Loi du 19 février 2001, dispose que les syndicats professionnels « ont le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. »[857]

Last but not least, la formation des syndicalistes peut être un atout important pour les syndicats. Au Royaume-Uni, berceau du mouvement syndical dans le monde, par exemple, les représentants des syndicats suivent des cours d'entraînement depuis les années 70. Afin de mieux protéger les salariés et pour affronter les difficultés engendrées par la crise de la légitimité syndicale, un renouveau des cours a été mis en place, concernant désormais, outre les situations capables d'entraîner des risques d'accident du travail – domaine traditionnel de la formation – , certains aspects du droit, notamment celui des femmes, pour lesquelles il existe des cours spécifiques.[858]

---

présenter pour leurs membres. » (Cass. soc. 14 février 2001, n° 684 FS-PB, SA Moulinex c/ Delalande, RJS avril/2001, n. 479).

[857] Il convient toutefois de signaler que, « Le mandat de négocier un accord d'entreprise n'emporte pas pour un délégué syndical mandat de représenter le syndicat en justice. Seules les organisations syndicales représentatives ont qualité pour agir dans le cadre d'une contestation des modalités d'organisation et de déroulement du vote visé à l'article 19-V de la loi du 19 janvier 2000. » (Cass. soc. 6 février 2002, n° 555 F-P, Fédération chimie-énergie CFDT (FCE) c/ Chevalier, RJS mai/2002, n. 577).

[858] Ces « women-only courses » ont pour objectif d'aider les femmes à surmonter les obstacles liés à la discrimination sur le marché du travail. Ainsi, les femmes pourraient-elles plus facilement atteindre des postes de responsabilité et de *leadership*.

En 2001, 30 000 représentants syndicaux ont bénéficié des cours gratuits organisés par le *Trades Union Congress (TUC).*[859] Ces cours peuvent porter sur le rôle des représentants syndicaux, les relations professionnelles et la négociation collective, la santé et la sécurité au travail, et l'égalité. Outre ces cours, 30 sur 35 organisations syndicales affiliées au TUC offrent leurs propres cours aux intéressés. Les objectifs de ces cours sont de divers ordres : prendre conscience des priorités des syndicats, développer la performance des représentants syndicaux, notamment en enrichissant leurs qualités personnelles et en augmentant leur « self-confidence », ce qui contribue d'ailleurs à leur formation continue. Les cours sont offerts même sur Internet, pour ceux qui ne sont pas disponibles pour des raisons de famille ou de travail[860], même si la préoccupation pour la solidarité ou la collectivité demeure et même s'ils ne doivent pas substituer les cours traditionnels.

L'existence de ce genre de cours démontre bien qu'il existe, au sein de l'organisation syndicale anglaise, un important souci d'étendre la négociation collective à des personnes pour lesquelles l'influence du syndicat est faible ou peu capable d'obtenir des majorations salariales. Cela a sans aucun doute des conséquences sur l'application du principe protecteur.

---

[859] « Educating tomorrow's trade union activists", site http:www.eiro.eurofound.ie

[860] À cet égard, le site http://tuc.learnonline.org.uk/index_1.html . Jusqu'à 2001, 400 étudiants sont estimés avoir conclu une formation « on line », alors que l'objectif est d'atteindre 5 000 étudiants jusqu'en 2004.

La légitimité syndicale suppose en outre l'étude de la question du monopole syndical.

C – LA QUESTION DU MONOPOLE SYNDICAL

Il s'agit d'abord de confronter la légitimité à la représentativité et de déterminer les parties légitimes à la négociation collective, afin de permettre un meilleur niveau de protection des travailleurs.[861] Ensuite, de vérifier la possibilité de négociation avec des acteurs autres que le syndicat.

1. Quel critère pour la légitimité ?

C'est l'une question qui touche de plein fouet l'actualité juridique française. L'intérêt de celle-ci a été mis en évidence par M. le Professeur G. BORENFREUND, à l'Université Lyon II : « Parmi les droits collectifs fondamentaux, le droit à la négociation collective est le seul à être construit autour de la distinction entre les titulaires du droit – les salariés – et ses agents d'exercice. »[862] Pour P. DURAND, « il s'agit de déterminer si un groupement peut imposer des règles de conduite à tous les membres d'une profession (et non pas uniquement à ses membres),

[861] Par « légitimité », on entend l'aptitude des parties à agir conformément aux aspirations des personnes représentées.
[862] BORENFREUND, Georges. « Pouvoir de représentation et négociation collective », *in Droit social,* décembre 1997, p. 1006.

par quels procédés techniques il est possible d'y parvenir, et quelles sanctions réprimeront la violation des règles professionnelles. »[863] Or, selon M. le Professeur G. LYON-CAEN, la légitimité des agents de négociation peut être obtenue de deux manières : 1) accords majoritaires ; 2) parties représentatives (procédé plus ancien).[864]

Analysons cette question avec rigueur. Si le syndicat représentait, par sa signature, seulement ses adhérents, la question de la légitimité serait immédiatement réglée. Mais la volonté d'étendre la norme collective à tous – mettant à l'écart l'acception privatiste de la relativité des conventions en vue d'appliquer le principe protecteur des travailleurs – a rendu nécessaire que le syndicat soit *représentatif*. Ainsi, « l'aptitude à être le porte-parole de ceux qui n'étaient pas représentés » supposait, au début, que le syndicat soit « largement majoritaire ».[865] Pourtant, par la suite, la notion légale de représentativité a été élargie : tous les syndicats sont présumés représentatifs, pourvu qu'ils soient adhérents à une confédération déclarée elle-même représentative par l'arrêté interministériel du 31 mars 1966.

Ainsi, en droit français, le droit de conclure un accord ou une convention collective de travail est – en règle générale – restreint aux organisations

[863] DURAND, Paul, op. cit., p. 438.
[864] LYON-CAEN, Gérard, article cité, *Droit social*, avril 2003.
[865] *Idem, ibidem,* p. 357.

syndicales de salariés représentatives.[866] Par conséquent, en France, comme au Brésil, le pouvoir de représentation n'est en principe pas accordé aux agents de négociation par les parties elle-mêmes (reconnaissance réciproque entre les parties), la loi intervenant activement dans le choix.

Or, la difficulté est que les syndicats dits « représentatifs » ne sont pas tous majoritaires… En France, par exemple, les critères traditionnels de mesure de la représentativité des organisations syndicales depuis la période d'après-guerre sont restés inchangés : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et… l'attitude patriotique pendant l'occupation.[867] Donc, une difficulté peut d'emblée être saisie : **la négociation collective ne tient pas forcément compte des attentes des salariés**, mais toujours des discussions avec les syndicats légalement reconnus comme « représentatifs », encore que… pas toujours légitimes !

---

[866] C. trav., art. L. 132-2. À cet égard, la Cour de Cassation a décidé qu'un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation (Cass. soc. 17 septembre 2003, Arrêt 2004 FS-P+B+R+I).

[867] Art. L. 133-2 du Code du travail. Par un arrêté de 1966, cinq confédérations ont une présomption irréfragable de représentativité lors de la négociation collective (CGT, CFDT, FO, CFE-CGC et CFTC). C'est dire qu'elles n'ont pas à justifier de leur influence auprès des salariés. Les autres organisations syndicales peuvent, certes, célébrer des accords et conventions, mais il leur faut la preuve de la représentativité devant les tribunaux. Le projet de loi sur la réforme de la négociation collective de M. Fillon ne modifie pas les critères fixés en 1966, confortant ainsi la place des cinq confédérations reconnues au niveau interprofessionnel (CGT, CFDT, FO, CFTC, CFE-CGC). Cela ne plaît pas à l'UNSA, syndicat qui a déposé en juin 2003 un "recours en représentativité" devant le Conseil d'Etat, après avoir recueilli 260 000 voix aux élections prud'homales de décembre 2002, (soit plus de 5% des voix), et qui se considère la « quatrième organisation syndicale, secteurs public et privé confondus ». Source : « Trois questions à Alain Olive. L'UNSA, syndicat dont vous êtes le secrétaire général, demande à être reconnue comme organisation "représentative" au niveau interprofessionnel. Où en est cette requête ? », *Le Monde* du 11/10/03.

Cela contredit par conséquent la finalité première du pouvoir de représentation, qui est justement de représenter les *intérêts* des travailleurs, pour qu'il y ait « une forme d'équivalence entre l'acte conclu par les syndicats représentatifs et celui qui aurait été accompli par les salariés s'ils avaient pu agir directement ».[868] En effet, même lorsqu'ils sont minoritaires au sein de l'entreprise – parfois ils ont moins de 20% des voix ! – , certains syndicats dits représentatifs célèbrent des accords (pas toujours protecteurs) engageant l'ensemble des salariés, sans avoir à justifier d'un quelconque soutien. C'est pourquoi certains proposent la fin du monopole de représentation des syndicats dits représentatifs.

Il est vrai que cet accord pourra être dénoncé par une organisation syndicale majoritaire, dans l'exercice du droit d'opposition (opposition de la majorité à la minorité…). Cela conditionne ainsi l'entrée en vigueur d'un accord à l'absence d'opposition des syndicats représentant la majorité des salariés. Toutefois, ce droit d'opposition est « rarement utilisé », probablement parce que « bien souvent, la non-signature n'est pas un non. C'est une abstention »[869] face aux décisions difficiles et impopulaires. Il est également vrai que le seuil de représentation peut croître jusqu'à 30% (ex., pour les accords dérogatoires, car aucun syndicat ne prendrait le risque de

[868] BORENFREUND, article cité, p. 1008. L'auteur nuance : « Dans la doctrine civiliste moderne, la représentation des intérêts d'autrui concerne des cas où la volonté d'autrui n'existe pas ou ne peut pas exister. (… Au contraire,) une collectivité professionnelle de salariés a un intérêt et une volonté propres qui ne sont pas réductibles à la somme des intérêts et des volontés individuelles et qui préexistent à toute reconnaissance de personnalité juridique et n'en dépendent pas. » (p. 1009).
[869] *Liaisons sociales magazine*, n. 36, novembre 2002, p. 20.

s'engager seul[870]) ou 35% des suffrages (à défaut des accords majoritaires, pour la RATP), mais un pourcentage de 50% est jugé comme n'étant « pas réaliste ».[871] C'est pourquoi la perspective d'adoption d'une réglementation législative exigeant la signature des accords majoritaires effraie les DRH.

Même si cette situation un peu commode pour les DRH a été également qualifiée de « frustrante », « hypocrite » et « peu responsabilisante », conduisant à l'émiettement syndical, certains DRH justifient encore ce critère : il contribuerait à l'émergence d'une « majorité stable ».[872] Toute idée d'élire les délégués syndicaux est donc rejetée et l'adoption du référendum en cas d'accord minoritaire est controversée.[873] Pour contourner cette difficulté, d'aucuns prônent la création d'un « 'droit à l'expérimentation' pour les accords minoritaires, sous réserve que ceux-ci soient, au bout d'un temps déterminé, soumis à l'approbation d'un vote majoritaire. Une

[870] De plus, un accord ayant plusieurs signataires « traduit un consensus et c'est le gage d'un climat social apaisé », résume Gérald FERRIER, du groupe Accord (*apud Liaisons sociales magazine*, n. 36, novembre 2002, p. 19).

[871] Cf. Jacques MASSOT, DRH France d'EADS. Il ajoute : « Toute réforme qui rigidifie le système n'est pas bonne. Pour faire avancer le dialogue social, on a besoin de respiration et d'oxygène. » (*apud Liaisons sociales magazine*, n. 36, novembre 2002, p. 18).

[872] L'expression est de Hubert LANDIER, *apud Liaisons sociales magazine*, n. 36, novembre 2002, p. 17. Une DRH d'une entreprise avoue pourtant que les syndicats aident à « porter les accords » auprès des salariés : « On aimerait bien que les organisations syndicales nous aident à faire passer auprès des salariés les contraintes économiques auxquelles nous sommes confrontés ». Ensuite : « on se contente de s'assurer que les majoritaires sont globalement d'accord avec ce que les minoritaires signent » (*Liaisons sociales magazine*, n. 36, novembre 2002, p. 18).

[873] « Si chaque fois qu'il y a un problème » explique Gérard Legendre, de BNP Paribas, « on organise un vote, je ne vois pas comment on peut négocier et chercher des compromis avec les syndicats. » Un autre DRH ajoute que: « C'est un moyen extrêmement dangereux. On ne peut pas mélanger la démocratie représentative et la démocratie directe sans tuer la première » (*apud Liaisons sociales magazine*, n. 36, novembre 2002, p. 20).

façon de laisser aux salariés le temps de vérifier que les avantages du texte prennent le pas sur ses inconvénients. »[874]

Pourtant, la loi Aubry II conditionnait déjà l'octroi des aides gouvernementales à la signature *d'accords majoritaires* ou, à défaut, approuvés par référendum. Mme Marie-France MIALON, Maître de Conférences à l'Université de Paris II, souligne que cette loi du 19 janvier 2000 est certainement le premier pas vers un retour à une situation de représentativité réelle et facilement démontrée, car la référence aux résultats des élections est, pour les syndicats, la meilleure preuve de leur niveau d'audience.[875]

D'autre part, les partenaires sociaux eux-mêmes ont déjà fait preuve de leur sensibilité à ce sujet. En effet, au sein de la refondation sociale, les partenaires sociaux ont signé, en juillet 2001, une « Position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective ».[876] Ce texte prévoyait que l'entrée en vigueur des accords d'entreprise serait conditionnée à leur signature par des syndicats représentant la majorité des salariés, ou à défaut, à leur approbation par référendum. En outre, le texte stipulait que la validité des accords était subordonnée à la non-opposition des syndicats majoritaires.

---

[874] *Liaisons sociales magazine*, n. 36, novembre 2002, p. 20.
[875] MIALON, article cité, 2003, p. 281.

Élaboré à partir de la "Position commune" et rédigé sous la réserve du Medef et des « petits » syndicats, le projet de loi présenté par M. le Ministre F. Fillon sur la réforme du dialogue social laisse la possibilité aux branches de choisir l'accord majoritaire ou de s'en tenir au droit d'opposition actuel. Pour que l'introduction de l'accord majoritaire devienne effective, il faudra néanmoins un accord de branche conclu en ce sens sans l'opposition formelle de 3 syndicats représentatifs sur 5 ![877]

Par conséquent, quoique l'on veuille renforcer le principe majoritaire, la référence en vérité sera qu'en l'absence d'un accord de branche sur l'introduction de ce dispositif (on doute fort que le patronat soit prêt à s'engager dans cette voie), les accords professionnels – y compris les accords d'entreprise – pourront continuer d'entrer en vigueur grâce à la signature d'un seul syndicat représentatif, à condition que la majorité des organisations représentatives n'expriment pas formellement leur opposition ! Dans cette perspective, le projet gouvernemental représente un pas hésitant et craintif vers l'adoption du principe majoritaire.

Certaines organisations syndicales ont en ce sens déploré le projet, estimant qu'il ne prévoit la prise en compte des accords majoritaires que dans les entreprises (et non au niveau des branches professionnelles) et qu'il ne prévoit pas

---

[876] Du côté des salariés, quatre syndicats (CFDT, CFTC, CFE-CGC, FO) l'ont signé.

[877] Source : « Négociation collective : ce que va changer le projet de loi Fillon. Le texte, qui sera présenté mardi, élargit la possibilité de conclure des accords dérogatoires », *Le Monde* du 12/10/03.

d'*"élection de représentativité"* dans les branches.[878] Par ailleurs, il conviendrait de reformuler le critère de fond de la représentativité des acteurs collectifs côté salarié, car « la véritable légitimité résulte de l'élection, mais pas forcément de celle concernant les institutions représentatives du personnel. Pourquoi ne pas organiser une élection spécifique des négociateurs de la branche ? »[879] Outre le fait d'être équivalentes en termes de pouvoir de négocier, les institutions sociales doivent être *participatives*. Seulement ainsi les engagements nés de la négociation pourront être viabilisés, afin que les politiques adoptées acquièrent la légitimité et la stabilité nécessaires.

En outre, il serait souhaitable d'alléger la complexité des modes de conclusion de la convention collective dans l'entreprise.[880] Une instance unique de négociation – partiellement ou totalement élue – dans l'entreprise pourrait en effet être la clef de cet imbroglio, « mais pour autant que les nouveaux négociateurs au sein des

---

[878] Source : « Réforme du dialogue social : Le projet Fillon 'manque d'ambition' selon la CFDT », *Le Monde* du 02/10/2003. Les organisations estiment en outre que « la dérogation devient la règle », puisque l'accord d'entreprise peut « comporter des dispositions dérogeant à celles des conventions de branches professionnelles ou interprofessionnelles » et que la signature des accords d'entreprise par un salarié mandaté en l'absence de délégués du personnel diminuera la représentativité des syndicats, dans la mesure où « Des délégués, hors présence syndicale, pourront négocier des accords collectifs qui pourront déroger à la loi et aux accords signés, eux, par des syndicats au niveau national ou de la branche ». La critique du Medef est diamétralement opposée : « le processus du vote majoritaire devrait s'accompagner d'une contrepartie sur la hiérarchie des normes et les dérogations d'entreprises. » L'organisation patronale réclame donc plus de précision sur les nouvelles possibilités dérogatoires, car elles sont soumises « à la disposition du législateur », procédure jugée « aléatoire ».(« Dialogue social : Medef et syndicats inquiets du projet gouvernemental », *Le Monde* du 14/10/03).

[879] ANTONMATTEI, Paul-Henri. « Que penser des propositions de François Fillon pour réformer la négociation collective ? », *Liaisons Sociales Magazine,* n. 40, mars 2003, p. 11.

[880] Ces accords d'entreprise peuvent être conclus de différentes manières : p. ex., par les syndicats majoritaires ou minoritaires en l'absence d'opposition, par référendum...

petites entreprises disposent réellement de la compétence et des moyens de négocier, faute de quoi la tutelle de la branche est plus sûre. »[881]

Par conséquent, la légitimité de la négociation collective par les syndicats est mieux établie au moyen de la signature d'accords majoritaires, critère qui pourrait d'ailleurs remplacer ceux connus sous le nom de représentativité. Cela paraît d'ailleurs être la tendance législative française, d'après ce que l'on peut comprendre de l'article 2 III de la loi du 3 janvier 2003, sur la validité des « accords de méthode ».[882] À ce sujet, le Professeur ANTONMATTEI précise que « le législateur préfère l'accord majoritaire au classique accord dérogatoire exposé au droit d'opposition. C'est bien la confirmation de la promotion législative de l'accord majoritaire, en attendant une réforme d'une plus grande ampleur. »[883]

De plus, comme l'a précisé Mme M.-F. MIALON[884], les critères légaux n'ont pas empêché les organisations syndicales de voir leur déclin confirmé à l'occasion de différentes initiatives. Une évolution est attendue, qui pourrait enlever ou au moins diminuer les conséquences d'une des rigidités les plus marquantes du mouvement syndical français. La représentativité pourrait ainsi se mesurer à l'aide de la

---

881 ANTONMATTEI, Paul-Henri, article cité, 2003, p. 11.
882 Ces « accords de méthode » visent « à mettre en place des règles de procédure aussi bien pour la négociation collective que pour la consultation des représentants du personnel » (ANTONMATTEI, Paul-Henri, article cité, 2003, p. 487).
883 ANTONMATTEI, Paul-Henri, article cité, 2003, p. 487.
884 MIALON, article cité, 2003, p. 281.

majorité des voix, avec l'abandon de toute « présomption de représentativité ». À cet égard, rappelons que l'article 3, paragraphe 5, de la Constitution de l'OIT consacre la notion « d'organisations les plus représentatives ».

2. Vers d'autres acteurs ?

La participation syndicale dans le processus de négociation collective est extrêmement avantageuse, le syndicat étant le porte-parole traditionnel et logique des travailleurs. Au niveau de la *branche*, personne n'ignore l'importance protectrice déterminante des syndicats dans la négociation. Ils centralisent davantage les revendications et sont, en général, plus indépendants par rapport à l'employeur, ce qui peut engendrer sans doute une meilleure action au service des salariés.[885] Ainsi, « dans une large mesure c'est au syndicat qu'il appartient de maintenir sinon une hiérarchie, du moins un contrôle des agents nouveaux de négociation. »[886]

Cependant, au niveau de *l'entreprise*, cette participation peut être minimisée grâce à la présence des représentants élus ou des salariés mandatés[887], qui se substitueraient aux syndicalistes, avec l'avantage de mieux comprendre la situation

[885] D'ailleurs, ces deux critères, indépendance par rapport à l'employeur et action au service des salariés, sont indiqués par la Cour de Cassation, dans un arrêt du 3 décembre 2002, comme étant les identifiants de la représentativité d'un syndicat.
[886] VERDIER, article cité, 1997, p. 1044.
[887] Allusion faite à la loi du 12 novembre 1996, qui, visant à favoriser le développement de la négociation collective dans les petites et moyennes entreprises, a introduit la figure des « salariés expressément

particulière de l'entreprise. La participation de la représentation élue est d'ailleurs conforme au principe posé par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution française de 1946, selon lequel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

La différence d'intervention entre les *délégués syndicaux* et les *élus du personnel* a été mise en lumière par la doctrine : « Dans le second cas, c'est de la manifestation de la volonté de l'ensemble des salariés de l'entreprise que dépend, en définitive, la détermination des agents qui seront appelés à exercer le pouvoir de représentation reconnu par le législateur. S'agissant, au contraire, des délégués syndicaux, c'est seulement dans la mesure où l'objet conféré par la loi aux syndicats déborde amplement la défense des intérêts des adhérents qu'ils se voient investis d'un pouvoir de représentation élargi à la défense de tout le personnel. Représentant une personne morale, le délégué syndical bénéficie ainsi d'un transfert sur sa personne de l'objet des syndicats, tel qu'il est légalement défini. »[888]

Le Conseil constitutionnel, depuis une décision rendue le 6 novembre 1996 sous le visa de l'alinéa 6 du préambule de 1946, reconnaît la « vocation naturelle (des syndicats) à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs ». D'autre part, il entend que les dispositions du

---

mandatés » pour une négociation déterminée par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives.

préambule « n'attribuent pas pour autant aux syndicats un monopole de représentation des salariés en matière de négociation collective ».[889]

Ainsi, le monopole syndical, tout en étant un principe légal (c'est la loi qui accorde au syndicat le pouvoir de représenter), n'est pas un principe constitutionnel et « des salariés désignés par la voie d'élections ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celles des organisations syndicales représentatives. »[890]

Cette position du Conseil constitutionnel, qui reconnaît le modèle syndical comme étant une **référence**, encore que **non absolue**, est en parfaite syntonie avec les Conventions 87, 98 et 154 de l'OIT. L'article 3 de cette dernière envisage même la possibilité d'une négociation collective avec les représentants des travailleurs existant dans les entreprises.

Faire figurer des élus ou des mandatés parmi les négociateurs est donc envisageable, pourvu que l'employeur se garde d'y participer du côté des salariés (p.

---

[888] BORENFREUND, Georges, article cité, *Dr. social*, décembre 1997, p. 1012.
[889] *Apud* VERDIER, Jean-Maurice. « Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », *in Droit social*, décembre 1997, p. 1042.
[890] *Apud* VERDIER, article cité, p. 1042.

ex., au moyen de sa voix dans le Comité d'entreprise).[891] Dans ce cas, « le chef d'entreprise doit-(il) lui-même rester en dehors, non pas de la négociation, mais du comité lui-même et ne doit donc alors pas le présider ? Le comité subirait alors une sorte de changement de nature, ou au moins de rôle (conf. Gérard Lyon-Caen, *Dr. Ouvr.,* 1996, pp. 479 et s.). »[892] Cela signifie toutefois la rupture d'un modèle établi, qui imposerait la modification de la composition du comité d'entreprise français. [893]

Il est vrai que l'équilibre entre les parties à la négociation sera bien plus maintenu si un statut protecteur des négociateurs salariés est imposé. En effet, alors qu'une protection exorbitante du droit commun est applicable aux délégués syndicaux et aux élus, les salariés mandatés se trouvent dépourvus de toutes protections capables d'assurer leur nécessaire indépendance.

Sur la question du monopole syndical dans la négociation collective, le TST brésilien a rendu, en juin 2002, une décision inédite. Pour la première fois dans l'histoire brésilienne, un tribunal a considéré que l'accord du syndicat pouvait être écarté pour l'aboutissement d'une négociation, une fois obtenu le consentement d'un comité interne de négociation, après consultation et approbation de la majorité (79,69%)

---

[891] À cet égard, M. le Professeur ANTONMATTEI : « Ne serait-il opportun d'admettre au rang des négociateurs le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, voire d'associer le personnel par la technique du référendum à la conclusion du contrat collectif ? » (op. cit., 1996, p. 7).
[892] VERDIER, article cité, p. 1041.
[893] Cf. ANTONMATTEI, P.-H., article cité, 2003, p. 488.

des salariés au sein de l'entreprise.[894] En l'occurrence, le tribunal avait d'abord observé que la volonté du corps directeur du syndicat, aussi respectable fût-elle, ne pouvait prévaloir sur les intérêts des salariés.

Le principe protecteur doit ainsi inspirer également les acteurs à la négociation collective, car la principale raison d'être du souci de légitimité des parties à la négociation est justement la recherche de l'équilibre entre celles-ci, afin d'entraîner une meilleure protection des travailleurs face aux besoins de l'entreprise. Or, placer les syndicats comme opposants des autres interlocuteurs des travailleurs n'est pas la meilleure stratégie d'effectivité du principe protecteur. Tous les partenaires, y compris ceux du côté des employeurs, doivent s'investir pour produire une négociation équilibrée et équitable. En effet, pour atteindre une égalité matérielle ou de fond, M. HEPPLE[895] propose l'adoption de quelques lignes d'action qui comprendraient la démarche concertée de toutes les parties concernées, y compris de groupes désavantagés, ainsi que la confiance dans les initiatives privées et, en cas de non-respect des principes égalitaires, la sanction par la loi.

---

[894] Source : http://www.tst.gov.br . RODC-670593/2000.5. Cette décision a toutefois été cassée, lors de l'appel du syndicat concerné, par un arrêt rendu public le 8/8/03 sous le visa de l'article 8, alinéa VI de la Constitution brésilienne, lequel énonce que la participation du syndicat dans la négociation collective est obligatoire. Cette dernière décision n'est pourtant pas encore chose jugée, car la partie déboutée a fait appel au Suprême Tribunal Fédéral, compétent pour juger les affaires concernant des matières constitutionnelles.

[895] HEPPLE, Bob, op. cit., 2001.

D'autres acteurs prennent donc peu à peu place dans le dialogue social entre entreprises et travailleurs, répondant au souci de protection adaptée des travailleurs, tout en préservant l'intégrité de l'entreprise. D'une part, certaines ONG ont, par exemple, été à l'origine des codes de conduite et de label social, tandis que d'autres s'occupent d'organiser le travail des indépendants, expérience qui existe déjà à Rio de Janeiro et dans d'autres villes.[896] D'autre part, l'expérience a déjà démontré que le travail, surtout des petites entreprises, sous forme de coopérative est plus capable de vaincre les entraves de l'économie de marché, à travers une politique d'organisation et de compétition concertée[897], bien que la réalité brésilienne démontre que la parcelle des personnes faisant appel aux coopératives est encore moindre.[898]

On assiste ainsi à l'identification de nouveaux acteurs juridiques capables de délimiter les intérêts différents et de construire une atmosphère de coopération dont les limites géographiques dépassent les frontières nationales. Il sera aussi important de pouvoir les situer dans le nouveau contexte des possibilités, car le concept de légitimité est forcément ouvert et continuellement sujet à des analyses et

[896] Il est vrai que leur action est parfois éventuelle, ainsi que leur représentation incertaine, le financement discontinu et la durée de vie étroite. Mais les ONG les plus connues sont solides et flexibles.
[897] La coopérative Saromcredi, de la ville São Roque de Minas, État de Minas Gerais, en est un exemple. Aujourd'hui 2 900 coopérés y sont réunis. Surtout vivant de l'agriculture, la coopérative a aidé les agriculteurs à élever leur production de 4 000 grands sacs de café en 1993 à 45 000 en 2001, et d'une agriculture de subsistance de maïs à une production de 250 000 grands sacs dans la même période (Revue *Estado de Minas Economia,* novembre 2002).
[898] Selon l'*Organização das Cooperativas do Estado de Minas Gerais – OCEMG*, pas plus de 5% de la population brésilienne y participe. C'est peut-être pourquoi certains gouvernements investissent dans des programmes de développement des actions coopératives. Au Brésil, le *Sebrae* s'occupe de former de nouveaux instructeurs pour divulguer la culture de la coopération.

révisions selon les scénarios, lesquels ont tendance à se modifier à vitesse accrue et en direction imprévisible. Cela débouche sur une analyse beaucoup plus large du concept de *citoyenneté sociale,* où la notion d'intégration sociale suppose l'idée de participation, définition et mise en œuvre des droits par les acteurs sociaux, qui doivent toujours être inspirés par le principe protecteur.

Syndicats, élus, mandatés, coopératives, associations, ONG, commissions de conciliation sont donc des acteurs ou institutions qui ont besoin de renforcement, de façon à leur permettre de faire entendre leur voix, complémentaires les unes des autres.

La question de l'équilibre des parties à la négociation s'avère d'autant plus importante que la faculté de dérogation permet l'adoption de règles différentes des règles légales. De plus, un dialogue social suffisamment équilibré est sans doute à l'origine d'un programme positif d'insertion et de protection, car la participation adéquate des acteurs sociaux nationaux, régionaux et internationaux peut fortement contribuer à la promotion du développement concomitant des politiques économiques et sociales.

Cette question ne s'applique donc pas aux seuls travailleurs ou aux entreprises plus ou moins grandes. À cet égard, un certain type de négociation collective

– qui vise un équilibre majeur entre les parties – est en train de s'implanter dans les relations de travail à travers le monde.

§ 2. La protection face à la négociation transfrontalière

A – UNE PERSPECTIVE

Il faut se rendre à l'évidence qu'une tendance à la *décentralisation de la négociation collective* – de la branche vers l'entreprise ou l'établissement ou du niveau intersectoriel vers le niveau sectoriel – domine le scénario récent des relations professionnelles. À cet égard, le niveau national cède de plus en plus place à la négociation au niveau de l'établissement, de l'entreprise ou du groupe, car les entreprises, notamment les PME, sont actuellement le principal moteur de la croissance et de la création de postes de travail.[899]

Ce phénomène n'est néanmoins pas sans conséquences pour la protection des travailleurs. En effet, il semble que la décentralisation de la négociation collective entraîne en général une couverture plus étroite des salariés des PME, ce qui

[899] Au Brésil, les petites et moyennes entreprises emploient entre 24 et 36 millions de personnes (Revue *Estado de Minas Economia*, juin 2002, p. 39). Il est donc souhaitable de renforcer la priorité au développement des PME et, plus encore, d'adopter une politique de formation à la gestion des entreprises, spécialement des PME.

contribue à l'accroissement du nombre de travailleurs à bas revenus.[900] Une négociation collective davantage concentrée (exemple de la Norvège) a donc l'avantage d'aider à éviter les bas salaires. De plus, il conviendrait d'éviter une décentralisation trop artificielle, qui mènerait à un éclatement excessif de l'uniformité de traitement entre les travailleurs au sein d'une branche d'activité, voire d'une entreprise ou groupe, ou tout au moins à une complexification de la gestion des groupes, dans le cas de plusieurs statuts entre les diverses entreprises ou établissements.

En revanche, un mouvement contraire, de concentration, semble se produire, en faveur de l'universalisme du droit du travail et cela intéresse sans doute davantage le principe protecteur des travailleurs. En effet, en matière de relations professionnelles, le « système national » perd également sa place devant les *réglementations transnationales ou internationales* de rapports collectifs de travail.[901] Dans le Mercosur, dont font partie le Brésil, l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay (la Bolivie et le Chili sont membres associés), quelques initiatives apparaissent. La Déclaration signée en décembre 1998 engage, par exemple, les États Membres à promouvoir le dialogue social à l'échelon national et régional, mettant en place des mécanismes permanents et efficaces de consultation des représentants des employeurs et

[900] EIRObserver 6/02, supplément cité. En Grèce, p. ex., la décentralisation de la négociation collective sur les salaires, renforcée par une législation récente, a créé une base de déréglementation du contenu des accords collectifs, débouchant sur des conséquences néfastes pour les salariés.
[901] À cet égard, les rassemblements d'intérêts existent déjà: Union européenne, Aléna, Mercosur, etc.

des travailleurs. L'accord réaffirme également les droits et principes fondamentaux applicables dans toute la zone d'intégration économique.

À l'échelle plus large de l'Organisation des États Américains (OEA), il existe déjà des représentations des employeurs et des travailleurs, à savoir, la Commission patronale de consultation technique sur les questions de travail (CEATAL) et le Conseil syndical de consultation technique (COSATE). Ces organisations suivent les processus d'intégration et de libre-échange des Amériques et, au sein de ces derniers, la dimension sociale et du travail de l'intégration. Ils ont une fonction conseillère auprès de la Conférence interaméricaine des Ministres du Travail de l'OEA, mais, eu égard à la dernière « Déclaration conjointe » annexée à la Déclaration de Salvador de Bahia, ils réclament déjà un approfondissement de cette participation, vers la consultation.[902]

Au sein de l'Europe, l'évolution vers une dimension transnationale de négociation – déjà plus avancée – semble être le résultat de la concurrence et de l'intégration économique croissantes, car les salaires, ainsi que les pratiques et les réglementations du travail, sont des éléments importants de la concurrence.[903] Il est ainsi possible, depuis un certain temps, de penser, eu égard aux comparaisons internationales

[902] Cette « Déclaration conjointe » est issue de la XIII[e] Conférence Interaméricaine de Ministres du travail de l'OEA, tenue à Salvador de Bahia (Brésil) du 24 au 26 septembre 2003.

dans le cadre des négociations collectives, que *certaines conventions puissent incorporer des dispositions d'une convention adoptée dans un autre pays*.[904]

En ce sens, les *comparaisons internationales des conditions de rémunération et de travail* sont très répandues dans la quasi-totalité des pays européens.[905] L'étude de l'EIRO, axée sur les secteurs de la métallurgie et des services financiers, confirme la tendance à une « européanisation » de la négociation collective, aux niveaux intersectoriel, sectoriel et de l'entreprise dans l'ensemble des 15 États membres de l'UE et en Norvège.[906] La doctrine a déjà pris note de cette tendance qui se montre audacieuse : « Nous sommes fermement convaincus qu'il est également possible de bénéficier de relations industrielles européennes de qualité en transférant les

---

[903] Cette intégration, qui existe depuis l'adoption en 1985 de la proposition de création du Marché Unique Européen, s'est accélérée avec l'introduction de l'Union Économique et Monétaire, augmentant la pression concurrentielle qui s'exerce sur les entreprises et économies nationales

[904] Ainsi, certains pactes peuvent être relevés, recommandant des augmentations qui ne doivent pas être supérieures à la moitié de l'augmentation de la productivité (comme le pacte de concertation stratégique de décembre 1996-9 au Portugal), ou alors stipulant que les salaires devraient évoluer à un taux inférieur de quelque 2 % à celui pratiqué par les principaux pays concurrents (comme le pacte social norvégien pour la période 1993 – 1997). En Belgique, d'autre part, une « loi sur la compétitivité » et, ensuite, une convention intersectorielle ont prévu, respectivement pour les périodes 97-98 et 99-00 une « norme salariale », prévoyant que les augmentations des rémunérations et salaires en Belgique ne devaient pas dépasser les augmentations pratiquées dans les pays voisins, à savoir la France, l'Allemagne et les Pays-Bas. En outre, une convention des partenaires sociaux dans le secteur bancaire en Italie en 1998 prévoyait des réductions progressives des coûts de la main-d'œuvre dans le but d'atteindre le « niveau moyen observable dans les autres pays d'Europe » (« L'européanisation de la négociation collective ». Étude de l'EIRO, http://www.eiro.eurofound.eu.int/1999/07/study/TN9907233S.html). Cette étude rapporte que « ces pactes sociaux ont souvent été considérés par les pays concernés comme une contribution majeure à la démarche d'adhésion aux critères de convergence pour l'UEM et d'adoption de la monnaie unique euro, conformément aux dispositions du Traité de Maastricht sur l'Union européenne, le but visé par la politique de restriction des salaires consistant à permettre de contenir les taux d'inflation et de réduire les déficits publics, en accord avec les critères de convergence. »

[905] Quelques exemples de comparaisons transnationales utilisées dans la négociation collective sont indiqués dans l'Annexe XXIX de la présente thèse.

[906] « L'européanisation de la négociation collective », étude citée.

pratiques efficaces et l'innovation dans le domaine de la négociation au-delà des frontières nationales et en réunissant les partenaires sociaux aux niveaux européen et national. Cela est particulièrement important compte tenu de l'élargissement imminent de l'UE.»[907]

On parle ainsi d'une éventuelle harmonisation européenne des conditions standardisées de rémunération et de travail. Au *niveau sectoriel*, les formes de coordination des négociations se développent à des degrés divers selon les pays de l'Europe. Dans les pays du sud, tels que l'Espagne et le Portugal, les syndicats utilisent largement le mécanisme de la comparaison pour revendiquer une amélioration des conditions de rémunération et de travail à l'instar des moyennes européennes, évitant ainsi la possibilité du « shopping aux régimes »[908], contraire à toute idée de protection des travailleurs. Les comparaisons sont également courantes entre les organisations des pays nordiques.

Pour la quasi-unanimité des confédérations patronales, cette coordination – qui serait *a priori* conforme au principe protecteur – n'est néanmoins pas un besoin, la décentralisation des systèmes nationaux vers les niveaux locaux constituant une réponse à l'intensification de la concurrence au sein de l'Europe. Le patronat estime, par conséquent, que la politique d'harmonisation menace les

[907] CARLEY, Mark. « Vers un dialogue qualitatif dans les relations industrielles », site Internet http://www.eiro.eurofound.eu.int.

compétitivités nationales. Néanmoins, lorsque les niveaux de salaires pratiqués dans un pays sont plus élevés que les moyennes (cas de l'Allemagne, par exemple), ce sont les organisations patronales qui bénéficient des comparaisons transnationales, pour refuser les revendications des syndicats…[909] Cela conduit à la conclusion que ce comportement patronal a pour principale raison la pression pour la baisse des standards sociaux, par le biais d'annonces sur la possibilité de délocalisations – même partielles – dans les pays où les règles sont plus flexibles.

Au niveau de *l'entreprise*, la tendance à la coordination se montre plus évidente, dans la mesure où il est incontestable que certaines *sociétés multinationales visent des objectifs de négociation communs ou similaires sur leurs sites implantés dans différents pays* et ce, à l'intérieur de l'espace économique européen et même au-delà. À ce sujet, une enquête sur les réunions internationales de syndicats et de représentants du personnel convoquées afin de stimuler la création des Comités d'entreprise européens (CEE)[910] a révélé qu'ils contribuent largement à la prise de contact et à l'échange d'informations entre les syndicats présents dans les sites d'entreprises multinationales

---

[908] L'expression est utilisée dans le sens de « concurrence entre les régimes ».

[909] De leur côté, les syndicats allemands argumentent que le niveau salarial est responsable du haut niveau de productivité et du faible niveau de conflits du travail en Allemagne.

[910] Les Comités d'entreprise européens, instance de représentation du personnel au niveau communautaire, ont été créés par la Directive du 22 septembre 1994, s'appliquant aux pays membres de l'Union européenne et aux pays de l'espace économique européen non membres de l'Union européenne (Islande, Norvège, Liechtenstein). Ils doivent être mis en place dans les entreprises ou groupes de dimension communautaire, selon les critères attribués par la Directive.

en différents pays européens sur les pratiques de rémunération et les conditions de travail.[911]

Par conséquent, encore que les attributions des CEE se résument à une mission d'information et de consultation, les comparaisons issues de cette synchronisation des CEE et des syndicats interviennent à l'appui des négociations collectives dans les entreprises multinationales.[912] Cela suggère une étude plus approfondie du *rôle potentiel des CEE dans la négociation d'entreprises multinationales au niveau national et local*. Ils pourraient par exemple contribuer à modérer la compétition entre les sites, au moyen de prises de positions communes, ce qui augmenterait à terme l'effectivité de la protection des travailleurs.[913]

Quelques conséquences résultent néanmoins de ce phénomène interverti. Ainsi, l'accent mis sur l'harmonisation au niveau des entreprises multinationales semble contribuer à accroître la différenciation des modes de relations

---

911 "Meetings on European multinationals", L Fulton, Transfer, Vol. 1, n° 2 (1995), *apud* « L'européanisation de la négociation collective », étude citée.

912 Il est vrai que certains CEE sont allés au-delà de cette attribution, concluant « des accords cadres ou déclarations communes portant sur des aspects de pratiques d'emploi telles que la formation, l'égalité des chances et la santé et sécurité, qui ne comptent traditionnellement pas parmi les thèmes centraux des négociations collectives, ce qui a notamment été le cas chez Accor, Danone, ENI, Générale des Eaux, Nestlé et Sara Lee (division produits personnels). Il peut arriver que ces textes aient pour vocation de susciter des négociations au niveau local ou national. » (« L'européanisation de la négociation collective », étude citée).

913 «Toutefois, il serait nécessaire (de réviser) certains accords régissant la constitution des CEE, car « presque la moitié des CEE sont écartés de toute intervention sur des questions soumises à la consultation ou négociation d'entreprise de niveau national ou local, un accord sur cinq stipulant expressément que les questions touchant aux salaires et à la rémunération ne sont pas du ressort des CEE » (L'européanisation de la négociation collective », étude citée).

industrielles au sein des secteurs, en même temps qu'elle concourt à la quasi-exclusion des PME de toute politique de coordination internationale. En revanche, puisque les systèmes de production et les réseaux commerciaux sont actuellement internationalement intégrés, les systèmes de relations industrielles tendent à devenir similaires, par la voie du nivellement des indicateurs de rémunération, de productivité et de formation des différents pays. Le danger est que cette politique de coordination ne soit pas guidée par le seul souci d'améliorer la compétitivité, car cela pourrait … renforcer la concurrence de régimes !

La question reste par conséquent de savoir comment mobiliser les forces aptes à atteindre une collaboration transfrontalière. Un mouvement social est bien évidemment la condition indispensable à cette fin et cela pourrait sans aucun doute se faire avec l'aide des organisations syndicales internationales, telles que l'UNI – *Union Network International* – , organisme qui représente environ 200 syndicats dans divers pays du monde, et dont l'un des objectifs est justement de diminuer les différences entre les droits sociaux au niveau mondial, notamment en ce qui concerne les travailleurs des institutions multinationales.[914]

D'autres organisations déjà existantes sont également appelées à participer à cette démarche, à savoir, du côté salarial notamment la Confédération

européenne des syndicats (CES), mais aussi la Confédération européenne des cadres (CEC) et, du côté patronal, l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE) et le Centre européen de l'entreprise publique (CEEP) et, dans une moindre mesure, l'Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (EUAPME). La CES, l'UNICE et le CEEP, représentatifs au niveau européen, regroupent plusieurs organisations nationales et fédérations européennes.[915]

Une résolution sur la coordination des négociations collectives et une ligne d'orientation de coordination ont été adoptées par la CES, en décembre 2000, établissant des structures communes pour les activités de coordination, vers la mise en place d'un système européen de relations professionnelles. Cette ligne d'orientation (p. ex., en matière de salaire) – suivie dans un grand nombre de pays et étant à l'origine d'un rapport annuel sur la coordination des négociations collectives en Europe – est considérée comme « fondamentale pour parvenir à l'objectif de la CES, à savoir empêcher le dumping salarial et soutenir l'harmonisation des conditions de vie et de

---

[914] « Sindicalismo globalizado », *Jornal do Brasil*, 29 août 2002, p. A10. En 2002, la crise en Argentine a été à l'origine de la 1e Conférence de l'UNI – Finances à Rio de Janeiro (Brésil), où des centaines de salariés du secteur financier se sont rencontrés.

[915] La CES, p. ex., rassemble à elle seule 78 organisations membres de 34 pays européens, ainsi que 11 fédérations syndicales européennes, soit plus de 60 millions de membres (source : www.etuc.org/FR). En outre, un accord a été conclu en 1999, par lequel des cadres d'Eurocadres et de la CEC seront intégrés aux délégations de la CES. De même, un accord a été signé entre l'UNICE et l'UEAPME en 1999, prévoyant que cette dernière aura une place dans les délégations de la première, lors des négociations de niveau communautaire.

travail dans l'UE et dans les pays candidats à l'adhésion par une convergence ascendante. »[916]

Le rapport présenté en décembre 2001 par le Comité exécutif de la CES a en ce sens fait état des avancées en matière d'évolution des salaires et d'autres aspects des négociations menées aux niveaux nationaux, tels que l'égalité de rémunération, les bas salaires, la formation et l'organisation du temps de travail. La règle de coordination se fonde en effet au départ sur la politique salariale, mais s'applique ensuite à plusieurs volets non-salariaux, considérés comme des éléments qualitatifs de la négociation. Ce rapport comprend également des informations sur la conclusion et la durée des conventions collectives (la plupart des conventions ont une durée d'un an, notamment en Autriche, en Allemagne, en France et au Portugal)[917], ainsi que sur les critères utilisés pour l'augmentation des salaires (comment sont, p. ex., mesurées l'inflation et la productivité) dans chaque pays analysé.

Outre la coordination de négociations collectives au niveau national, depuis l'Acte unique européen de 1986 qui introduisit l'article 118 B au Traité de Rome

---

[916] Source : « La coordination des négociations collectives » site www.etuc.org/FR. Il convient de signaler que, pour la CES, « La ligne d'orientation est un objectif à long terme pour la distribution équilibrée des richesses créées par les travailleurs et par les entreprises. Il ne faudrait pas la considérer comme un plafond, puisqu'elle pourrait connaître des variations annuelles, mais plutôt comme une orientation générale conçue pour tenir compte de la nouvelle situation mise en place par l'euro, y compris la stabilité des prix. »

[917] Des conventions plus longues sont appliquées en Belgique, au Danemark, en Grèce et en Italie (2 ans), en Irlande (3 ans) et en Suède (4 ans). Dans d'autres pays, la durée varie en fonction du secteur ou du type d'entreprise (Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni).

(25 mars 1957)[918], la possibilité d'une *négociation collective à l'échelle européenne* est ouverte. L'article 118B est devenu l'article 139, paragraphe 1er, du Traité d'Amsterdam, ainsi rédigé : « Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords. »[919] Si d'abord le rôle des partenaires sociaux était donc limité à la simple consultation sur les propositions d'actions et de textes, ils ont vu leur initiative étendue à l'émission d'avis communs et désormais même à la formation d'accords, qui donnent lieu à des directives.[920]

Les organisations représentatives des parties au plan international ont ainsi plusieurs rôles à jouer dans la société : activités de *négociation collective* autonome, de *consultation* des partenaires sociaux et de *lobbying* auprès des Parlements. Bien évidemment, l'action négociatrice vise à dépasser la simple consultation, au moyen de la prise d'engagements réciproques. Les décisions seront ainsi plus consensuelles et plus efficaces, parce que les partenaires sociaux rechercheront eux-mêmes la **conciliation entre flexibilité pour l'entreprise et sécurité pour les travailleurs**. D'ailleurs, un des grands apports du Traité d'Amterdam est sans aucun

[918] « La Commission s'efforce de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles. »
[919] L'article 138 stimule en outre le dialogue social et la négociation collective au niveau communautaire, en prévoyant que « 1. La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties. »
[920] Pourtant, les accords collectifs au niveau européen sont différents de ceux conclus au niveau national : tandis qu'au niveau européen, ils résultent d'intérêts convergents des institutions, au niveau national ils sont produit des conflits, résultant d'intérêts divergents (rapports de force).

doute que le droit du travail doit dorénavant émaner des partenaires sociaux, l'État n'intervenant qu'en cas de blocage ou sur des thèmes non négociables par nature (ex : hygiène et sécurité). Les organisations syndicales internationales sont donc appelées à entamer un processus de négociation collective protectrice des intérêts des travailleurs.

En réalité, il existe trois niveaux de négociation européenne : 1) *interprofessionnel*, qui occupe la place centrale dans le dialogue social européen, revêtant une importance majeure; 2) *sectoriel ou professionnel*, se présentant surtout sous la forme de *comités paritaires* ou *comités de dialogue social sectoriels et,* jusqu'à une époque récente, un peu oubliée[921] ; 3) *de groupe*, existant dans les entreprises

[921] La possibilité ouverte aux partenaires sociaux représentants des différents secteurs d'activité de conclure des accords au niveau européen est d'ailleurs le résultat d'une longue histoire. Son origine est liée à la création des *comités paritaires*, c'est-à-dire, des structures de *consultation* mises en place par les autorités communautaires dans les secteurs où elles avaient la charge de définir une *politique commune* (ex : charbon et acier, agriculture, transports routiers, transports maritimes, navigation intérieure, pêche maritime, télécommunications, postes, trafic ferroviaire). Cela avait le double but de construire un système européen de relations professionnelles et d'explorer les possibilités de négociations collectives au niveau européen (ex : entente sur les conditions de travail conclue entre les partenaires sociaux du secteur agricole à la fin des années 70). Par la suite, les comités paritaires sont devenus une instance de *discussion* et de *consultation* auprès de la Commission, qui leur octroyait le soutien matériel pour leur fonctionnement. Dans les années 80, des groupes de travail plus informels, avec un fonctionnement plus léger, ont été créés pour certains secteurs plus affectés par la libéralisation des services (par ex , assurances, banques) ou par la qualification de la main d'œuvre (automobile, chantiers navals, machines-outils, sucre, brasserie, textile, construction, nettoyage, commerce, chaussure). Mais leur rôle était très réduit et ils se limitaient à donner plutôt avis et déclarations. Toutefois, à partir du Conseil Européen à Luxembourg (novembre 1997), les partenaires sociaux ont été appelés à négocier particulièrement au niveau sectoriel et d'entreprise, en vue d'établir des accords collectifs pour moderniser l'organisation du travail et tenter d'équilibrer flexibilité et sécurité dans l'emploi. Une communication de la Commission sur l'adaptation et la promotion du dialogue social au niveau communautaire remplace les anciens comités paritaires et groupes de travail par de nouveaux *Comités de dialogue social sectoriels*. La Commission a appelé en effet les acteurs sociaux à s'engager dans un *renouvellement de leur dialogue* et à affirmer leur engagement, leur disponibilité et leur capacité à développer un dialogue sectoriel européen. (*Collective bargaining and continuing vocational training in Europe.* Site http://www.eurofound.ie/). L'original est ainsi rédigé : « the social partners are invited to negotiate at the appropriate levels, in particular at sectorial and enterprise levels, agreements to modernise the organisation of work, including flexible working arrangements, with the aim of making undertakings

transnationales. Par conséquent, trois accords-cadres **interprofessionnels et intercatégoriels** européens ont été conclus par les partenaires sociaux au niveau européen, en matière de congé parental (1995), de travail à temps partiel (1997) et de contrats à durée déterminée (1999). Ces accords ont été, par la suite, ratifiés par le Conseil des Ministres de l'Union européenne et transformés en Directives. Les partenaires sociaux ont également signé un accord-cadre sur le télétravail[922] et un « cadre d'actions » sur la formation tout au long de la vie.

En outre, maints accords au niveau **sectoriel** ont été également conclus, comme résultat d'une politique favorisant la décentralisation du dialogue social du niveau interprofessionel au niveau sectoriel.[923] Alors qu'en 1963 il existait moins de 5 enceintes de dialogue sectoriel au plan européen, ce chiffre a triplé en 10 ans. Le recours aux grèves européennes (« eurogrèves ») sectorielles (transports routiers, chemins de fer) est un phénomène de plus en plus fréquent.[924] Dans cet esprit, il est vrai que le dialogue sectoriel pourrait équilibrer la dynamique enclenchée par la mise en

---

productive and competitive and achieving the required balance between flexibility and security. Such agreements may for example, cover ... lifelong training and career breaks."

[922] Cf. texte à l'Annexe XXX.

[923] Le premier exemple d'accord au niveau sectoriel européen, constituant une référence pour toutes les négociations ultérieures, est l'accord cadre dans le secteur agricole, sur la réduction du temps de travail dans le contexte de la promotion de l'emploi (juillet 1997). Cet accord est singulièrement important parce que d'une part les parties ont entamé les négociations sans proposition de base de la Commission (caractère volontaire) ; d'autre part, la mise en œuvre se fera à travers son intégration dans les conventions collectives au plan national (et non par voie de directive) ; de plus, il est allé au-delà des clauses prévues par la directive 93/104/CE sur l'aménagement du temps de travail.

[924] Le Programme des activités sectorielles de l'OIT peut fortement contribuer au développement de la négociation à ce niveau, ses réunions traitant de divers sujets, y compris la relation du commerce international avec les normes internationales du travail, dans le contexte sectoriel. D'ailleurs, il existe

place de comités d'entreprise européens. La plupart des salariés n'appartiennent pas à des entreprises dotées de CEE et l'absence de profession organisée pourrait constituer une entrave aux politiques européennes de développement, restreignant l'application du principe protecteur.

Le dialogue social se poursuit néanmoins pour les années 2003-2005, un calendrier étant prévu par la CES, l'UNICE, l'UEAPME et le CEEP et englobant divers domaines : lignes directrices pour l'emploi, l'éducation et la formation tout au long de la vie, le stress au travail, l'égalité entre les femmes et les hommes, les restructurations, le handicap, les jeunes, le racisme, le vieillissement de la main-d'œuvre, le harcèlement, le télétravail et le travail non déclaré. Certaines concertations peuvent évidemment déboucher sur des accords volontaires.

Les buts et les avantages des ces initiatives, du point de vue de l'application du principe protecteur, sautent aux yeux, car elles procurent un meilleur échange d'informations sur les négociations nationales, ainsi qu'un meilleur positionnement des organisations syndicales européennes. Cette action permet aussi de tenir informés les pays des expériences vécues par d'autres dans le passé. Elle concourt d'autre part à ce que les pays à salaires relativement plus bas « rattrapent » le reste des pays de l'Union. Évidemment, cette collaboration transfrontalière a pour but d'éviter, au

---

beaucoup de normes internationales spécifiques à divers secteurs d'activités (sur les conditions de travail des marins, etc.).

sein de l'Union monétaire européenne, une concurrence salariale et politique en matière de CCT, ainsi que d'œuvrer pour des mesures visant à accroître le pouvoir d'achat et de l'emploi. La mise en œuvre d'une politique commune pourrait ainsi fortement contribuer à limiter les effets les plus nuisibles de la concurrence mondiale, émanant notamment du *dumping social*.[925] En effet, dans la mesure où un *ordre public international* est respecté, les diversités des conditions de travail et le programme de compétition régressive en matière sociale en Europe et dans le monde auront tendance à s'estomper.[926]

Ainsi, l'existence d'un ordre public international efficace semble être la seule réponse possible aux détracteurs d'une politique d'harmonisation européenne comme internationale. À ce propos, Alain TOFFLER souligne l'existence d'une « conscience planétaire », formée à partir de l'idéologie mondialiste, beaucoup plus large que les idéologies nationalistes.[927] Il suffit d'évoquer le rôle grandissant des normes internationales du travail de l'OIT.[928]

---

[925] « En l'absence de coordination au sein de la zone euro, chaque pays pourrait être tenté de restreindre ses coûts salariaux pour gagner des parts de marché, ce qui comprimerait sa demande intérieure, et – chaque pays faisant de même – induirait dans la zone euro une insuffisance de la demande globale. » (*Emploi, négociations collectives, protection sociale : vers quelle Europe sociale ?* Rapport du Commissariat Général du Plan, groupe présidé par Joël MAURICE. La Documentation française. Paris, 1999, p. 19).

[926] Les délocalisations motivées par la diminution du coût de la main-d'œuvre, p. ex., n'apporteront plus les mêmes avantages.

[927] TOFFLER, Alvin, op. cit. , p. 322.

[928] À cet égard, les organisations publiques internationales peuvent être à l'origine du développement d'un droit sans frontières pour régler les relations entre les pays et les citoyens, la création du Tribunal Pénal International en étant un exemple. Toutefois, certains organismes, comme l'Organisation des Nations Unies (ONU) passent actuellement par une phase d'affaiblissement, certains pays refusant d'accepter ses décisions.

La coordination des négociations collectives à un plus large degré ne pourra par conséquent devenir réalité, que si elle résulte d'une *coopération entre les syndicats nationaux* sur les objectifs stratégiques de négociation à moyen et long termes. Une approche descendante – qui viendrait des organisations syndicales transnationales – n'est ni souhaitable ni viable. Un *partenariat stratégique entre les représentants syndicaux aux niveaux nationaux et internationaux*, ainsi que l'aide des institutions représentatives du personnel (ex., membres des Comités d'entreprise européens des secteurs) pourrait fortement contribuer à moyen terme à une plus grande convergence de la teneur des négociations collectives.

Depuis 1997, par exemple, les syndicats allemands, luxembourgeois, néerlandais et belges procèdent à une concertation régulière portant sur les revendications salariales et la politique de l'emploi, y compris sur la diminution des charges sociales des salaires. Cette concertation commune peut aboutir à des engagements selon lesquels les syndicats s'abstiennent de toute concurrence entre eux et oeuvrent pour une marge de négociation basée sur la somme de l'inflation et l'augmentation de la productivité.[929]

[929] D'ailleurs, un groupe e-mail a été mis en place, permettant aux négociateurs syndicaux d'échanger plus rapidement des informations sur les CCT conclues dans leurs pays respectifs. De même, des projets de sites *web* sont progressivement mis en place, permettant la réception, l'échange et la coordination des

D'autre part, en vue d'établir un suivi de la coordination, la Fédération européenne des métallurgistes (FEM) a aussi créé un réseau d'information sur les négociations collectives baptisé « eucob@ ». « Ce réseau recueille les résultats des conventions collectives nationales du secteur métallurgique et publie chaque année un rapport comparant les informations obtenues. Il constitue donc une première étape vers une coordination réelle fondée sur des données liées aux activités syndicales et conventions signées au niveau national (ou sous-national). »[930] Par ailleurs, un représentant de la Fédération européenne des travailleurs du bâtiment et du bois (FETBB) expliquait, en 1999, qu'«Après plusieurs années de pourparlers, les syndicats européens des travailleurs du bâtiment souhaitent maintenant faire passer la politique de négociation collective à la vitesse supérieure ». Les conventions collectives conclues bitaléralement doivent désormais prévoir les mêmes périodes et durées de préavis, afin que les objectifs européens puissent être préparés et mis en œuvre simultanément.[931]

Des avancées sont également perçues dans les secteurs des services publics (Fédération européenne des syndicats des services publics, FESSP), des mines, de la chimie et de l'énergie (Fédération européenne des syndicats de la mine, de la

---

informations entre les CEE et les membres syndicaux, qui pourront en permanence publier et mettre à disposition des documents sur les sites.

[930] Source : Rapport annuel sur la coordination des négociations collectives en Europe. Comité exécutif de la CES, rapport présenté en décembre 2001.

[931] La déclaration de principes relatifs à la politique de négociation syndicale adoptée en octobre 1998 entend définir des buts et moyens de transposer à long terme les négociations collectives du secteur au niveau européen. « A court terme, les syndicats sont appelés à coordonner leurs politiques nationales de négociation collective. Sur le plan pratique, la fédération européenne propose des accords bilatéraux sur

chimie et de l'énergie, EMCEF), de l'agriculture et du tourisme (European Federation of Food, Agriculture, Tourism, EFFAT), aussi bien que pour la profession de journaliste (Fédération européenne des journalistes, FEJ).

En droit communautaire européen, dans le cadre de la politique de l'emploi, p. ex., les partenaires sociaux font entendre leur voix tant au niveau européen, qu'au niveau national. Les gouvernements doivent ainsi écouter leur point de vue sur le perfectionnement, le monitorage et le suivi de la stratégie pour l'emploi. En France, cette tâche incombe au CDSEI (Comité de dialogue social), le forum de discussion entre organisations syndicales et patronales et le Ministre de l'emploi.[932] Il est donc clair que les discussions tenues lors des réunions peuvent alimenter la réglementation européenne.

.

Même en dehors de l'Union européenne, il est déjà possible de témoigner de l'existence des politiques de coordination amenant de conséquences non négligeables à la mise en œuvre du principe protecteur. L'UNICE, p. ex., rassemble des confédérations patronales nationales de vingt-neuf pays européens, dépassant les frontières de l'Union européenne et il existe un programme de coopération continue entre les syndicats européens et les syndicats d'autres continents (ex., d'Afrique et

---

les attributions temporaires, une collaboration transfrontalière renforcée et la création de Comités d'entreprise européens. » (Rapport cité, décembre 2001).

[932] "Social partners discuss 'good practices' for employment", *in "*Current Issue: July 2002", www.eiro.eurofound.ie.

d'Asie). Une rencontre des syndicats d'Euro-Med (syndicats d'Europe et du Maroc, d'Algérie, de Tunisie, d'Egypte et de Palestine, ainsi que la CISA – Confédération Internationale des Syndicats Arabes – la CISL et la CES) a eu lieu à Madrid, en juin 2002, ayant pour objectif la coopération syndicale Euro-Med. Le dialogue social, les droits des travailleurs, le droit du travail et la protection sociale étaient à l'ordre du jour. Lors d'une nouvelle rencontre en janvier 2003, la CES et la Confédération Internationale des Syndicats Arabes (CISA) ont d'ailleurs décidé d'augmenter les rencontres entre les deux organisations et de développer leur coopération, en vue d'une meilleure protection des travailleurs qu'elles représentent.[933]

La décentralisation des négociations collectives et l'individualisation croissante des salaires sont les principales responsables des différences existantes entre les conditions de travail, notamment des salaires. Cela a des conséquences indésirables pour la protection des travailleurs, dans la mesure où cet isolement des organisations syndicales et des travailleurs eux-mêmes les privent de comparer réciproquement leurs avancées et de fonder leurs revendications sur des indicatifs internationaux. Il conviendrait donc de soutenir les stratégies syndicales et patronales visant à diminuer adéquatement et progressivement l'écart des conditions de travail, au moyen d'abord d'une meilleure compréhension de la coordination des négociations collectives comme instrument de protection des travailleurs, ensuite d'un meilleur soutien à ces stratégies.

[933] Source : Confédération européenne des syndicats : http://www.etuc.org/FR

B – DES DIFFICULTÉS

Malgré cette coordination progressive des programmes de négociation aux niveaux sectoriel et des entreprises dans les différents pays, par le biais des comparaisons internationales (synchronisation *implicite*), la mise en place d'une plate-forme commune de revendications par les différents syndicats, donnant lieu à une synchronisation *explicite*[934], demeure hélas une réalité relativement lointaine. Au-delà des réticences patronales, les difficultés pour une telle politique sont diverses, à commencer par sa dépendance des politiques européennes macroéconomiques et par la diversité des réalités et des systèmes de négociation collective adoptés dans chaque pays.[935] La question des limites du caractère obligatoire de cette coordination soulève également des controverses.

Par ailleurs, d'autres facteurs ne favorisent pas le développement de la négociation collective au niveau européen : d'une part, le caractère très étatique de la construction communautaire ; d'autre part, la nécessité d'un outil de mise en œuvre des accords (directive ou autre accord national). Les différences d'importance et d'histoire

[934] « coordination formelle du programme de négociations entre les différents pays et/ou des conventions collectives dont les modalités et conditions sont expressément tributaires de développements dans d'autres pays » (« L'européanisation de la négociation collective », étude citée).

[935] P. ex., la formation continue est responsabilité des partenaires sociaux en France (premier pays à développer ce sujet dans des négociations collectives au niveau de la branche), en Belgique, aux Pays-Bas, en Espagne et en Italie (qui ont suivi l'exemple français pour l'essor de ce genre de négociation, vers la fin des années 80 et début 90). En Grèce et au Portugal, au contraire, la formation continue est plutôt responsabilité de l'État, tandis qu'en Allemagne elle est traditionnellement liée à l'initiative de

des relations professionnelles dans un secteur ou pays donné, sont également des freins à l'encouragement des négociations. De plus, les fédérations patronales de branche au niveau européen se sentent moins appelées à négocier, si elles ne sont pas rattachées à l'UNICE (obstacle lié à la question de la représentativité).[936] Certains argumentent en ce sens qu'il est normal qu'entre entreprises et pays différents, les conditions de travail ne soient pas les mêmes.

Aussi malaisée et lente que soit le perfectionnement du dialogue social de dimensions plus larges, il est temps de donner une nouvelle impulsion au droit international/communautaire conventionnel du travail. Il semble à cet égard que, dans nombre de pays et de secteurs, les acteurs sociaux soient davantage conscients de ce que le niveau pertinent de négociation est européen, d'autant plus que c'est justement à travers l'expérience accumulée dans l'ensemble des pays de l'Europe que les évolutions peuvent être mieux maîtrisées. De plus, la Commission soutient d'une manière générale les initiatives des partenaires sociaux. Cette convergence n'est par ailleurs nullement limitée à l'Europe. À l'exemple de la coordination établie dans l'Union européenne, elle pourrait également se réaliser à long terme autour d'autres blocs régionaux, tels le

---

l'employeur. C'est dire que ce sujet risque de ne pas avoir la même acceptation des partenaires sociaux dans le jeu de la négociation à l'échelle européenne.

936 *Last but not least,* une étude conçue au sein de l'OCDE intitulée « négociations collectives et performances économiques » mettait en évidence que les pays ayant un système très centralisé ou très décentralisé de négociation collective auraient obtenu de meilleurs résultats que ceux dotés de systèmes sectoriels. Encore aujourd'hui, cet article est cité pour déconseiller les négociations de branches (COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN. *Emploi, négociation collective, protection. Vers quelle Europe sociale ?* Rapport du groupe présidé par Joël Maurice. La documentation française, 1999, p. 95). Mais des études postérieures ont relativisé ces premières conclusions.

Mercosur, l'Aléna, etc. Des systèmes de négociation collective pourraient ainsi se créer et se développer, ayant pour objectif l'harmonisation régionale des conditions de rémunération et de travail, tout en veillant à éviter le risque d'alignement par le bas.

Les activités d'information transnationales, ainsi que la formation et la création de réseaux de négociateurs internationaux, à côté des armes ordinaires de la lutte sociale, grèves, manifestations, etc., sont des instruments capables de préserver et de développer le pouvoir de négociation collective des organisations de travailleurs et d'employeurs, qui ne peuvent plus se contenter de cantonner leurs activités au niveau national. Les organisations syndicales et patronales pourraient par ailleurs fortement contribuer, à l'aide des groupes de pression et de l'opinion publique, à l'accomplissement des bonnes pratiques sociales internationales dans les groupes d'entreprises multinationales et dans les divers secteurs d'activités internationales.

Plus généralement, puisqu'elles parleront d'une même voix et agiront de concert, les organisations internationales des partenaires sociaux pourront également accroître leur influence sur l'économie et sur la prise de décisions internationales, législatives et politiques aussi bien au plan privé des entreprises qu'au plan public, tout particulièrement auprès des institutions officielles des blocs régionaux déjà existantes (ex., Parlement, Conseil, Commission européenne) ou encore à créer (ex., dans le Mercosur).

Mais à cette fin, il conviendrait de faire abstraction des pratiques et routines nationales, ainsi que des « formes de pensée qui tendent à les enfermer dans les limites de la nation », pour emprunter les termes au sociologue et Professeur au Collège de France, M. P. BOURDIEU.[937] Le raisonnement que cet auteur fait à l'égard de l'Europe pourrait bien s'appliquer à l'ensemble de la planète. « Le syndicalisme européen », avance-t-il, « qui pourrait être le moteur d'une Europe sociale, est donc à inventer, et il ne peut l'être qu'au prix de toute une série de ruptures plus ou moins radicales : rupture avec les particularismes nationaux, voire nationalistes, des traditions syndicales, toujours enfermées dans les limites des États, dont elles attendent une grande part des ressources indispensables à leur existence et qui définissent et délimitent les enjeux et les terrains de leur revendications et de leur actions ».

Plus avant dans son article, l'auteur ajoute que: « Ce syndicalisme rénové appellerait des agents mobilisateurs animés d'un esprit profondément internationaliste et capables de surmonter les obstacles liés aux traditions juridiques et administratives nationales et aussi aux barrières sociales intérieures à la nation, celles qui séparent les branches et les catégories professionnelles, et aussi de genre, d'âge et d'origine ethnique. »[938] La capacité de surmonter les intérêts corporatifs et nationaux est donc à l'origine de ce mouvement social contemporain.

---

[937] BOURDIEU, Pierre. « Donner un sens à l'Union. Pour un mouvement social européen ». *Le Monde diplomatique,* juin 1999, pages 1, 16 et 17.

[938] Il précise encore : « Mais on peut songer aussi, pour développer, en chaque citoyen, les dispositions internationalistes qui sont désormais la condition de toutes les stratégies efficaces de résistance, à tout un

Nonobstant la rhétorique traditionnelle de « solidarité internationale de la classe des travailleurs », fondée sur la pensée socialiste, ce qui reste certain est que, influencées par des pressions corporatives naturelles, les organisations syndicales s'orientent vers une politique nationaliste de protection du marché du travail, ce qui va à l'encontre du principe de libre circulation des travailleurs… Il faut ainsi se rendre à l'évidence que l'avènement d'un système cohérent de négociation transnationale est relativement loin d'être achevé.

C'est, par conséquent, la tâche des juristes que d'envisager des solutions justes pour le problème juridique de l'unicité de la norme face à la diversité des situations. Cela pourrait se faire à l'aide de la promotion d'un processus de convergence des politiques sociales régionales, et partant mondiales, dans le progrès. À cette fin, il faut combattre efficacement le scepticisme des opinions, notamment des tranches les plus modestes, qui ne veulent pas croire à un projet de reconstruction d'un droit du travail de plus amples dimensions, tel qu'il est en train de se réaliser. Des contrastes entre les systèmes de négociation persistent, mais leur résistance à

---

ensemble de mesures, sans doute dispersées et disparates, telles que le renforcement, en chaque organisation syndicale, d'instances aménagées en vue de traiter avec les organisations des autres nations et chargées notamment de recueillir et de faire circuler l'information internationale ; l'établissement progressif de règles de coordination, en matière de salaires, de conditions de travail et d'emploi ; l'institution de 'jumelages' entre syndicats de mêmes catégories professionnelles (soit, pour ne citer que celles déjà engagées dans des mouvements transnationaux, les routiers, les employés des transports aériens, etc.) ou de régions frontalières ; le renforcement, au sein des entreprises multinationales, des comités d'entreprise internationaux ».

l'harmonisation a tendance à céder place aux nouvelles stratégies de représentation et de négociation.

Dans un contexte de mondialisation de l'économie, de rééquilibrage des relations sociales, des débats sur le devenir du principe protecteur en droit du travail, les investissements dans le dialogue social international semblent être extrêmement importants pour la construction d'un projet de société davantage équilibrée. Les voies de cette « refondation » ne sont pas très difficiles à discerner, mais pas toujours aisées à emprunter, car elles reposent sur la collaboration réciproque, sur l'espoir, sur le travail continu et sur la persistance individuelle aussi bien que collective.

CONCLUSION

> « As-tu pour une seule fois conduit une pensée jusqu'à la fin, sans avoir rencontré une contradiction ? » (H. Ibsen).
> *Contraria juxta se posita magis elucescunt*.

> « You may say I'm a dreamer. But I'm not the only one. » (John Lennon, *Imagine*).

> « Depuis plus de vingt ans, on assiste sans que cela soit jamais dit franchement, à une remise en cause de ce qui constitue une des originalités foncières de cette branche du Droit qu'est le droit du travail : la norme y est impérative. Plus : elle est impérative en ce sens qu'elle établit et garantit un minimum de droits ; et elle n'est impérative qu'en ce sens précis, en sorte que la négociation collective y est toujours libre, mais en vue d'accroître ces droits, les améliorer, les renforcer. La portée de ce qu'il faut bien appeler la caractéristique juridique propre du droit du travail est là et pas ailleurs. »[939]

La présente thèse a examiné un certain nombre de questions concernant le principe protecteur dans les relations du travail et s'est plus particulièrement penchée sur l'évolution du rôle de ce principe en matière sociale. L'accent a été essentiellement mis sur la remise en question du principe protecteur du salarié, qui ne répond plus aux intérêts de ces derniers et est, par ailleurs, considéré comme une entrave au développement de l'entreprise. Les questions liées aux détails

[939] G. LYON-CAEN, article cité, avril 2003, pp. 358-359.

des législations nationales ont en grande partie été laissées de côté. Néanmoins, la présente étude démontre la nécessité d'adapter le principe protecteur du salarié, qui peut être relativisé, dès lors que certaines conditions sont respectées.

À ce sujet, certains ont déjà dit que le but principal du droit du travail contemporain n'est plus la protection des travailleurs, mais la protection de l'emploi. Encore faut-il néanmoins que cet emploi soit digne, satisfaisant, épanouissant, bref, décent. Donc, cette approche minimaliste restreint terriblement le rôle du droit du travail à l'aspect objectif du maintien d'un poste de travail, alors que ses buts, en tant que science humaine, sont en réalité beaucoup plus larges et tiennent à une véritable protection des travailleurs contre les abus que pourraient commettre non seulement l'employeur (parfois proie des circonstances économiques), mais surtout la dictature des marchés.

Reste à apprécier si le droit du travail doit protéger plutôt les travailleurs que les entreprises, voire les premiers au détriment des dernières. Or, sans les entreprises, il ne saurait exister ni droit du travail, ni protection des travailleurs. Il convient toutefois de rappeler que les entreprises et groupements d'entreprises sont davantage protégés par… le droit commercial, si répandu de nos jours, notamment dans le cadre international, sous l'égide de l'OMC, dont les normes s'appliquent directement aux gouvernements et indirectement aux entreprises.

Les facteurs qui mènent à la conclusion attenant à l'inefficacité des protections dont disposent les travailleurs sont multiples : affaiblissement des syndicats, convergence des États aux politiques libérales, insertion dans l'économie globale, taux de croissance inférieur au minimum nécessaire à l'absorption de la main-d'œuvre. En effet, l'une des conséquences de la mondialisation a été sans doute la prospérité. Toutefois, elle s'est faite également accompagner d'inégalités, qui mettent à l'épreuve la responsabilité sociale collective.

Pour remédier à cette situation, certains prônent, d'une part, l'inflexibilité du droit du travail et le maintien du principe protecteur du travailleur tel qu'il existe ou qu'il a été créé. Cependant, cette position va à l'encontre de l'une des caractéristiques les plus marquantes du droit : le dynamisme. Or, notre époque a évolué. L'arrière-plan du droit du travail reflète actuellement l'extrême diversité des courants et les tendances souvent très opposées, inhérentes aux contradictions et à la complexité de la société moderne. Le droit du travail n'est donc pas statique et, sous peine de non-effectivité, il doit s'adapter aux changements, d'autant plus que l'État de droit est une exhortation unanimement imposée dans le discours public.

D'autre part, les défenseurs de la déréglementation incontrôlée ne sont pas non plus à l'abri des critiques. Quoique cette idée soit apparemment progressiste, y transparaît en effet une certaine naïveté qui prétend répondre aux besoins de compétition de l'entreprise moderne. C'est que l'influence du droit du travail sur

l'économie n'est pas illimitée ! Le rôle du droit du travail est sous cet angle beaucoup plus modeste : il s'agit de garantir une vie digne à la classe des travailleurs et d'éliminer toutes sortes de discrimination à leur égard. Or, la flexibilité peut bien mener à la précarisation des conditions de travail, qui lorsqu'elle apparaît, doit être combattue par la société, plus particulièrement par les juristes du travail, mais aussi par les travailleurs et par les chefs d'entreprise, qui ont un intérêt certain à ce que leurs travailleurs jouissent d'une bonne santé physique et morale, indispensable au bon développement de la production.

De plus, il est illusoire de penser en termes de flexibilité absolue ou de rigidité totale. Par conséquent, le droit du travail doit se construire sur une fondation rigide (normes protectrices minimales), à laquelle se superpose une certaine flexibilité nécessaire à l'adaptation et à la modernisation du droit. Toujours est-il que, plus le travailleur envisage un horizon de continuité du lien du travail, plus il s'implique dans l'entreprise. En contrepartie, plus l'entreprise distingue une expectative de permanence du travailleur, plus elle investit dans la formation. Au fond, *le but des deux parties est un* **:** améliorer la productivité afin de garantir la compétitivité et préserver ou augmenter les postes de travail offerts par les entreprises. Or, le nombre de postes n'étant pas systématiquement aussi élevé que le nombre de travailleurs, il faut se préoccuper de la création non seulement d'emplois, mais de travail en général ! Et le principe protecteur en droit du travail doit s'appliquer non seulement aux salariés, mais … à tous les travailleurs !

Il est par ailleurs indéniable que le travail apporte des bénéfices non seulement en termes de *lien social*, mais aussi en termes *d'épanouissement individuel.* Ses avantages sont en outre fortement liés à la *création de richesse*, qui n'est durable que par la production. Or, l'accumulation de richesses n'a de sens que si elle a pour but d'améliorer les conditions de vie de la population. Il convient donc de *retrouver les valeurs éthiques de l'économie* et, pour cela, l'État ne peut pas se garder d'intervenir, au moyen notamment de la réglementation du capital financier.

Une étude a en ce sens constaté que la protection du travail apportée par la législation n'est pas incompatible avec le progrès économique, dans la mesure où l'augmentation du temps de durée du contrat du travail est une tendance dans les pays développés. En effet, dans la plupart des pays européens, l'ancienneté des salariés dans une même entreprise est d'autant plus importante que la législation est protectrice de leurs intérêts.[940]

Dans cette perspective, le principe protecteur, qu'il soit d'origine étatique ou conventionnelle, vise certes à protéger *objectivement* le travailleur des aléas existants dans le monde du travail, mais son objectif est également que chaque individu respecte *subjectivement* le travail humain, indépendamment de la réalité chaotique qui

règne aujourd'hui dans les sociétés, contre laquelle il ne faut d'ailleurs pas lutter, mais plutôt travailler pour qu'elle soit la plus apaisée possible.

Le principe protecteur vise ainsi directement au moins deux objectifs : d'abord la protection au sujet actif du travail, ensuite la considération exigée du sujet passif du travail (celui qui en est le bénéficiaire). Or, pour exiger ce respect, le principe protecteur et plus largement le droit du travail ne peut manquer d'utiliser la plus importante de ses armes d'exécution: l'épée dont IHERING se sert pour exprimer le caractère coercitif du droit (inspection du travail, sanctions, pressions morales et politiques, etc.).

L'autre arme du droit selon IHERING, la balance, est une arme de cognition, de prise de conscience, de conclusion, de compromis : c'est le dialogue social lorsqu'il atteint son objectif majeur de produire la paix sociale, à partir d'un différend légitimement soulevé.

Cette prise de conscience pourrait entraîner un mouvement visant non seulement à *garder* le principe protecteur, mais aussi à *l'améliorer* et à le *conquérir* pour ceux qui n'en profitent pas ou peu. Il y aura certes des difficultés ou des retours en arrière, mais il faut toujours mettre en avant le fait que les comportements

---

[940] Peter AUER et Sandrine CAZÉS. « Fortaleza de la relación de trabajo duradera en los países industrializados", in *Revista Internacional del Trabajo,* Ginebra, OIT, vol. 119, 2000, n. 3, pp. 419-450,

individualistes, repliés sur eux-mêmes ont de graves conséquences pour la société toute entière.

La « réforme » du principe protecteur doit donc s'inspirer de *l'idéal* de protection accordée à tous les travailleurs, tout en s'appuyant sur le *réel* des relations professionnelles. La *loi* aura toujours sa place dans le milieu professionnel, mais le rôle d'un *dialogue* apaisant et direct entre les acteurs sociaux ne doit jamais être négligé.

Cela n'est certainement pas parier pour autant qu'il convienne d'abandonner le système juridique existant, ou alors de ne créer que des règles au profit de l'idéal éthique (parfois la création des règles peut avoir d'autres priorités pratiques), mais de les appliquer autant que possible de manière raisonnablement dirigée vers la construction d'un ordre juridique harmonieux et d'une société plus équitable. Ainsi, cette thèse défend l'application du principe protecteur, tout en reconnaissant la nécessité de l'adapter au fil du temps.

Rechercher l'équilibre dans l'application du principe protecteur du travailleur constitue donc le maître mot. Or, cet équilibre ne peut être atteint que lorsque l'on s'interroge sur ce que doivent être le contenu du droit du travail et le rôle du principe protecteur. C'est à partir de ces questions que les juristes et la société peuvent réfléchir sur quelle stratégie adopter face à l'évolution inexorable du droit du travail. Il

---

apud OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, op. cit., 2003, p. 21.

est évident que la société n'est pas un simple spectateur de cette évolution, mais qu'elle a, au contraire, un rôle hautement *actif*. La réflexion sur la pertinence du principe protecteur du travailleur s'avère donc essentielle à la détermination de son devenir.

Dans cette vue, sont envisageables deux scénarios dans ce monde du travail en transformation : celui d'une société où les relations du travail sont tendues, dans une ambiance où seulement les mieux formés survivront et où la capacité de négocier dépassera la capacité technique du travailleur, et celui qui expose une société dont les rapports sont basés sur les compétences et les confiances. Cette thèse entend modestement contribuer à la réalisation de ce second scénario.

Elle détient un objectif vraiment ambitieux : contribuer au développement d'un droit du travail destiné à régler les différends entre travailleurs et donneurs d'ordre, mais surtout à provoquer un véritable comportement de solidarité entre les parties au rapport du travail, ainsi qu'une politique de meilleure distribution des richesses entre les peuples, et cela à l'échelle mondiale.[941] Pour cela, il est sans

[941] Dans la Bible, il est par ailleurs possible de trouver des textes contenant divers appels à la justice et à la protection du travailleur. En témoignent le conseil à ne pas exploiter un ouvrier pauvre et à lui payer le salaire de chaque jour (Dt 24, 14-15), l'exemple du maître qui a imploré pour la santé de son ouvrier (Mt 8, 5-13), la facilité accordée pour que les travailleurs pauvres aient une maison décente (2Rs 6, 1-7). Peut-être que le texte le plus important sur les relations entre maîtres et serviteurs est celui qui énonce les conseils à suivre par chacune des parties : les serviteurs doivent servir de bon gré leurs maîtres, dans la simplicité de leurs cœurs, comme s'ils servaient le Seigneur et indépendamment de toute surveillance ou compliment. À son tour, les maîtres doivent agir de même à leur égard, avec justice et égalité, s'abstenant de menaces, car devant les cieux il n'y a point de favoritisme (Ef 6, 5-9 et Col 3, 22-25, et 4, 1). En définitive, les Grecs nous ont donné des leçons sur la beauté, les Romains sur le droit, et les Chrétiens sur l'amour du prochain.

doute nécessaire de penser globalement, mais de travailler localement (pour résister aux tentations anglophones et ne pas écrire *think globally, act locally*).

Le principe protecteur du travailleur n'est par ailleurs pertinent, que dans la mesure où il fournit aux acteurs sociaux des instruments capables de les aider à parvenir à des solutions utiles et équilibrées inhérentes au rapport du travail humain, quelle que soit sa forme et quel que soit le pays où il est déployé. De toute façon, la perfection des relations professionnelles est encore difficile à envisager et ce n'est pas une réglementation trop minutieuse et statique qui permettra de l'atteindre, seule une négociation collective transparente et équitable étant capable de mieux équilibrer les relations dans le monde du travail.

Ainsi, si les relations professionnelles sont dominées par une seule partie qui exerce un pouvoir d'hégémonie sur l'autre, la tendance à une opposition surgira comme le réflexe naturel d'un acteur en quête d'existence propre et d'une vision plus équilibrée du système normatif. Il en résultera une *logique conflictuelle* (de lutte, d'affrontement) croissante, créant une philosophie d'« égalité belliqueuse » entre les parties, par opposition à une *logique consensuelle* (de négociation), fondée sur le dialogue social, qui devrait prévaloir.

Cela signifie le refus de toute création unilatérale de normes sociales. Le tripartisme doit donc servir à régir la diversité des situations. Toutefois, son rôle est

encore plus important. Au cours des discussions qui ont eu lieu lors de la Conférence internationale du travail de 2003, le Directeur général a en effet mis en lumière l'importance de mobiliser le réseau mondial du tripartisme afin de diminuer la pauvreté existante dans le monde, particulièrement dans celui du travail.[942] Le droit du travail doit en outre viser l'égalisation des droits (p. ex., en ce qui concerne les retraites, congés payés, salaire minimum) des travailleurs salariés, indépendants, ainsi que de ceux qui travaillent dans des conditions analogues à celles des salariés (les para-subordonnés, les sous-traités, etc.).

Le principe de participation – un des corollaires du principe protecteur – suppose en effet que les acteurs sociaux interviennent dans le processus de fixation des normes qui régiront les rapports multilatéraux et cela au service des meilleures relations entre patrons et travailleurs.

En ce sens, le texte du gouvernement français sur la modernisation de la négociation collective prévoit une réforme des règles qui étaient pour la plupart restées inchangées depuis une quarantaine d'années.[943] Les principales modifications touchent de plein fouet le principe protecteur des travailleurs. L'une – l'introduction de la possibilité de stipulation par les branches du principe majoritaire dans la conclusion des accords – vient sans doute élargir la protection des travailleurs. L'autre – l'étendue

[942] http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/pr-25.pdf
[943] Les Lois Auroux de 1982 en sont une exception.

de la possibilité de signer des accords d'entreprise dérogatoires aux accords de branche ou interprofessionnels – demeure incertaine quant à ses conséquences sur le principe protecteur, dans la mesure où sont inconnues les contreparties à négocier aussi bien que les conditions dans lesquelles ces accords dérogatoires seront signés.

Le projet traduit par ailleurs une volonté d'aller de plus en plus vers des accords d'entreprise, malgré le danger que cela représente, surtout dans les petites et moyennes entreprises dépourvues de représentativité syndicale.[944] En tout cas, le gouvernement présentera, avant le 31 décembre 2007, un rapport sur l'application de cette loi, occasion que les juristes et acteurs sociaux saisiront sans doute pour faire le point des réformes entreprises et à entreprendre dans le domaine de la négociation collective.

Le processus de décentralisation n'est par conséquent pas à l'abri des difficultés. La principale consiste à établir le contenu de la négociation collective, car le doute demeure : les normes légales protectrices du travailleur sont-elles supplétives ou impératives ? La réponse semble être que la faculté de dérogation suppose l'autorisation de la loi et qu'elle peut aussi poser des conditions de négociation (p. ex., signature d'accords majoritaires) et de fond (p. ex., exigence d'une contrepartie). À titre d'illustration, la perte d'un avantage comme compensation à un engagement d'emploi

peut éventuellement être plus favorable au salarié. De même, l'institution des « emplois pluriels », avec des périodes entrecoupées de travail, congés de formation, congés parentaux, pauses associatives, peuvent être négociés afin d' assurer le plein emploi, qui n'est pas incompatible avec la réduction du travail.

Il est vrai que le droit du travail doit privilégier les techniques qui favorisent la dynamique des relations professionnelles. Encore faut-il néanmoins que ces techniques soient saines, en vue d'un développement harmonieux du marché du travail, car si l'attachement au conservatisme n'est pas souhaitable, une certaine harmonie est désirable, créant l'équilibre entre l'ordre et le désordre, entre la stagnation et le mouvement excessif. Par conséquent, la négociation collective de la protection accordée aux travailleurs doit être privilégiée, mais à partir d'un certain plancher de normes universellement admises.

La flexibilité inconditionnelle des normes de travail, assimilée à la renonciation n'est donc pas admissible. En revanche, la flexibilité conditionnelle ou bilatérale, qui résulte d'une convention collective synallagmatique, fondée sur des concessions réciproques peut être à la fois un important atout pour la co-gestion et un outil pour la démocratie dans l'établissement des conditions de travail, tout en veillant aux particularités de chaque activité et de chaque région. En ce sens, la négociation

[944] Le projet de loi prévoit néanmoins qu'en l'absence de délégué syndical, un accord de branche peut autoriser les représentants élus du personnel ou un salarié mandaté à négocier et conclure des accords

collective n'est pas – comme certains pourraient l'estimer – un instrument pervers contre les intérêts des travailleurs. Elle peut également servir, d'une part, à combler les lacunes de la loi, et, d'autre part, à en fixer les procédures.

Un autre avantage souvent lié à la négociation collective est celui de sauvegarder les spécificités qui découlent de la dimension locale, tout en les liant à la dimension globale. Ainsi, les conventions collectives plus globales fixeraient les principes, dont l'application ne peut néanmoins se passer des syndicats nationaux et régionaux. Il serait donc souhaitable que les acteurs sociaux pensent à une politique capable d'unir les transformations locales et nationalistes à une transformation globale et mondiale, où la lutte pour la justice, l'espoir et le partage des richesses dominent les relations de travail. À l'instar des normes internationales du travail, qui sont valables et obligatoires pour tout membre de l'OIT, la négociation collective transfrontalière – semence de la négociation d'un nouveau contrat social postnational – est déjà une réalité qui peut avoir tendance à croître, pour peu que les acteurs sociaux prennent conscience de son importance et de son potentiel constructeur.[945]

Il convient donc d'*effacer les inquiétudes* que suscite l'avancement vers le chantier de la négociation collective transfrontalière. Ce genre de négociation

---

d'entreprise.

[945] À une moindre échelle, cela se produit déjà à l'intérieur de l'Union européenne, par exemple, en matière de contrats à durée déterminée (accord-cadre conclu en 1999) ou de télétravail (accord-cadre conclu en 2002).

constitue une source d'espoir de solidarité et d'harmonisation des standards minima juridiques, plutôt qu'une source de crainte de perte d'identité nationale.

Dans cette optique, il existe bien de nouvelles possibilités d'action sociales qui peuvent être objet de négociation et qui pourront répondre aux nouvelles demandes qui se sont imposées. Il faut par conséquent convaincre gouvernements, organisations d'employeurs et syndicats, des atouts de la négociation afin qu'ils fassent preuve de créativité pour concilier leurs intérêts parfois hétérogènes. Un *dialogue tripartite transparent*, doté d'une procédure convenable de consultation/information des travailleurs et une négociation collective équilibrée dont les acteurs sont légitimes, est donc indispensable pour l'établissement de bonnes relations du travail.

Plusieurs défis se dressent néanmoins sur le chemin de ce nouveau monde du travail. Le plus difficile à surmonter est sans doute la modification de la nature humaine, car l'individualisme ne doit plus prévaloir dans cette relation qui est multilatérale. En outre, il convient d'introduire dans notre système juridique et institutionnel, des valeurs non marchandes, telles que la morale et l'éthique, ce qui pourrait contribuer à un renforcement de l'intérêt par le droit naturel. En ce sens, si la notion de contrat semble avoir bénéficié d'un regain d'intérêt en droit du travail, certaines notions demeurent tout aussi primordiales.[946]

[946] Bruno OPPETIT parle ainsi des idées « de bonne foi, de justice objective, de confiance légitime, d'équilibre des intérêts en présence » (OPPETIT, Bruno, op. cit., p. 130).

Les difficultés sont donc complexes, imbriquées de nuances. Elles doivent être abordées à la lumière d'une approche multidisciplinaire, universelle, tenant compte des situations urgentes, bien entendu, mais visant surtout à la prévention à long-terme des situations conflictuelles. Néanmoins, comme l'a souligné M. le Professeur JAVILLIER, « Dans les sociétés contemporaines, la plus grande des menaces pour l'être humain tout comme pour les collectivités, est bien celle du désespoir. Il faut croire que les juristes peuvent (encore ?) faire œuvre utile ».[947] l convient ainsi de reconnaître que le scepticisme ne mène nulle part. La solution passe sans doute par l'exercice continu de la créativité.

Si la démocratie est affaiblie de telle sorte qu'elle ne peut plus ou guère transformer la réalité, les situations de rupture dévoilent une bifurcation qui donne naissance à de nouveaux mouvements sociaux. Une telle constatation nous éclaire sur le devenir du principe protecteur. Si d'une part, la rigidité des normes est incompatible avec les nécessités actuelles, d'autre part, l'exclusion totale des règles (déréglementation) n'est pas pour autant souhaitable.

La proposition de la présente thèse n'a pas été de concevoir un modèle idéal de relations professionnelles à suivre, mais de suggérer quelques paramètres pour l'établissement d'un ordre convenable, capable de régir, le mieux possible, les rapports

entre travailleurs et utilisateurs du travail humain et cela dans un contexte mondial en transformation. Nous espérons que les incertitudes et les antagonismes encore existants dans cette étude pourront stimuler d'autres à poursuivre ce travail de recherche et de rédaction. Il revient en effet au juriste du travail d'ouvrir d'autres perspectives à la pensée et à l'action, car le droit est l'unique instrument capable d'unir à la fois l'éthique et le politique dans ce monde en changement. C'est ainsi qu'une société alternative, démocrate, libre et pacifique sera possible.

Aucune des propositions suggérées n'est simple. Il faut du temps pour les concrétiser, une fois acceptées. Il n'empêche qu'un effort exceptionnel sera exigé de la part des intéressés. Une politique sérieuse de mesures se fait encore nécessaire, assortie d'une réflexion profonde, car l'économie, après tout, n'existe que pour servir l'homme ! Un engagement personnel ne serait-il pas souhaitable en ce sens ? Plus encore, ne convient-il pas de réhabiliter les utopies de fraternité[948] en vue d'un meilleur partage des richesses ? Le débat est néanmoins toujours un enjeu et il est loin d'être clos.

Peut-être y a-t-il une certaine dose d'optimisme dans le raisonnement développé dans cette thèse. Toutefois, l'homme a déjà parcouru un chemin suffisant,

---

[947] JAVILLIER, article cité, 2003, p. 83.

[948] Sur ce point, « Fraternités, une nouvelle utopie », Jacques Attali, Éditions Fayard, où l'auteur défend l'idée que le triomphe du marché sur la démocratie rend de plus en plus difficile le maintien des

pour prendre conscience que l'optimisme est, pour l'humanité, une manière d'échapper à son propre sort… le pessimisme étant la mort inexorable. Croire que l'être humain est capable de devenir meilleur est aussi un moyen d'écarter toute fatalité du destin, car « nous avons à recoudre ce qui est déchiré, à rendre la justice imaginable dans un monde si évidemment injuste, le bonheur significatif pour des peuples empoisonnés par le malheur du siècle. Naturellement, c'est une tâche surhumaine. Mais on appelle surhumaines les tâches que les hommes mettent longtemps à accomplir, voilà tout. »[949]

mécanismes de solidarité dans nos sociétés ou entre pays, car « le marché pénalise les minorités pauvres, alors que la démocratie pénalise les minorités riches ».

[949] CAMUS, Albert. Noces, citation au début de la thèse.

BIBLIOGRAPHIE

I - Ouvrages

1) ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. - 607 p.

2) ANTONA, Jean-Paul. *Droit du travail – l'essentiel.* Paris : Sirey, 1999. - 193 p.

3) ANTONMATTEI, Paul-Henri.. *Les conventions et accords collectifs de travail*. Paris : Dalloz, Collection « Connaissance du droit », 1996. - 105 p.

4) ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do trabalho. Alternativas para uma sociedade em crise (vol. II).* São Paulo: LTr, 1997. - 207 p.

5) AZNAR, Guy. *Emploi : la grande mutation*. Paris : Hachette, 1996. - 139 p.

6) BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho.* São Paulo: LTr, 2003. - 287 p.

7) BARBIER Jean-Claude et NADEL Henri. *La flexibilité du travail et de l'emploi*. Paris : Flammarion, 2000. - 127 p.

8) BARROS. Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo: LTr, 1997. - 182 p.

9) -- -- (coordination de). *Curso de direito do trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá.* 1ª edição. São Paulo: LTr, 1993. - 2 volumes.

10) -- -- et CARMO, Júlio Bernardo (coordination de). *Processo de execução trabalhista aplicado.* São Paulo: LTr, 2000. - 359 p.

11) BECK, Ulrich. *Was is Globalisierung ? Irrtümer des globalismus – antworten auf globalisierung*, trad. Bernardo Moreno et Maria Rosa Borras. *Que es la globalización: falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Barcelona : Paidós, 1997. - 224 p.

12) BERTHON, Bruno. *Dans quelle entreprise travaillerons-nous demain ?* Paris, Hachette, 1997. - 224 p.

13) -- -- . *Droit syndical de l'OIT. Normes et procédures.* Genève, 1996. - 179 p.

14) -- -- . *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT.* - 4e édition. Genève : Bureau international do Travail, 1996. - 248 p.

15) BIT, Bureau International du Travail. *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*. Quatrième édition. Genève, 1996. - 179 p.

16) -- . *Rapport sur le travail dans le monde 1997-1998. Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale.* Genève, novembre 1997. Site www.ilo.org

17) -- . *Rapport sur l'emploi dans le monde 1998-1999. Employabilité et mondialisation. Le rôle crucial de la formation*. Genève, septembre 1998. - 28 p.

18) -- . *Un travail décent*, Rapport du Directeur général. Genève, juin 1999. *Site* http://www.ilo.org/public/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm

19) -- . *Votre voix au travail. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail.* Genève, 2000.

20) -- . *L'heure de l'égalité au travail. Rapport global en vertu de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève, 2003.

21) -- . *El ámbito de la relación de trabajo, Informe V.* Ginebra, 2003. - 103 p.

22) BLANC, Gérard (direction de). *Le travail au XXIe siècle*. Paris : Dunod, 1995.- 274 p.

23) BOISARD Pierre, COHEN Daniel, ELBAUM Mireille *et al.. Le travail, quel avenir ?* Paris : Gallimard, 1997. - 345 p.

24) BOISSONNAT, Jean (présidence de). *Le travail dans vingt ans* , rapport pour le Commissariat général du plan. Paris : Ed. Odile Jacob/La Documentation française, 1995. - 373 p.

25) BRUN, André. *Études de droit du travail offertes à*. Paris : Librairie sociale et économique, 1974.

26) BRUNHES, Bernard. *Les habits neufs de l'emploi*. Paris : Nil éditions, 1996. - 208 p.

27) BURGEL, Guy. *Du tiers-monde aux tiers-mondes.* Paris : Dunod, 2000. - 120 p.

28) CARBONIER, Jean. *Droit civil. Introduction*. 26e. édition refondue. Paris : PUF, 1999. - 378 p.

29) CAMERLYNCK, G.H.. *Tendances du droit du travail français contemporain*. Paris : Dalloz, 1978.

30) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 4ª edição. Coimbra (Portugal): Almedina, 2000. Capítulo 3 ("A Constituição como sistema aberto de regras e princípios), pp. 1121-1153.

31) CARMO, Júlio Bernardo. *O dano moral e sua reparação no âmbito do direito civil e do trabalho.* Belo Horizonte: RTM, 1996. - 142 p.

32) COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN. Emploi, négociation collective, protection. Vers quelle Europe sociale ? Rapport du groupe présidé par Joël Maurice. Paris : La Documentation française, 1999. - 215 p.

33) COMMISSION EUROPÉENNE. *Des lignes directrices à l'action concrète : les plans d'action nationaux pour l'emploi*. Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, 1998. - 22 p.

34) -- -- . Rapport général sur l'activité de l'Union européenne - 1999. Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, 568 p.

35) -- -- . *Les relations du travail en Europe - 2000.* Rapport présenté à Bruxelles, mars 2000. – 11 p.

36) COURS DE CIVILISATION FRANÇAISE DE LA SORBONNE. *Textes d'étude. XIe-XVIIIe siècles.* Paris, 156 p.

37) COUTINHO Aldary Rachid et DALLEGRAVE NETO José Affonso (coordination de). *Transformações do direito do trabalho. Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira.* Curitiba: Juruá, 2000. - 675 p.

38) COUTURIER, Gérard. *Droit du travail. 1/ Les relations individuelles de travail*, 3e édition. Paris : PUF, 1996. - 606 p.

39) -- -- . *Droit du travail. 2/Les relations collectives de travail* , 2e édition. Paris : PUF, 1994. - 528 p.

40) DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.* São Paulo: LTr, 2001. - 172 p.

41) -- -- . *Curso de direito do trabalho.* São Paulo : LTr, 2002. - 1448 p.

42) DORION, Georges et GUIONNET, André. *La sécurité sociale.* Paris : PUF, Collection « Que sais-je ? », 1983. - 128 p.

43) DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Droit de la sécurité sociale.* 13e édition. Paris : Dalloz, 1998. - 1228 p.

44) -- -- et PRÉTOT, Xavier. *Sécurité sociale.* 9e édition. Paris : Sirey, 1996. - 212 p.

45) EUZÉBY, Chantal. *Mutations économiques et sociales en France depuis 1973*. Paris : Dunod, 1998. - 123 p.

46) FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada.* São Paulo: Malheiros, 2002. - 359 p.

47) FLOREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid : Cuadernos Cívitas, 1990. - 163 p.

48) FOUCAULD Jean-Baptiste de et PIVETEAU Denis. *Une société en quête de sens.* Paris : Poches Odile Jacob, novembre 2000. - 302 p.

49) FRANCO FILHO. Georgenor de Souza (coordination de). *Presente e futuro das relações de trabalho. Estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos.* São Paulo: LTr, 2000. - 440 p.

50) FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação: perspectivas para o direito numa sociedade em mudança*. São Paulo: LTr, 1997. - 88 p.

51) FRYDMAN, Benoît ; HAARSCHER, Guy. *Philosophie du droit*. Paris : Dalloz, Collection « Connaissance du droit », 1998. - 138 p.

52) GAURON, André. *Formation tout au long de la vie.* Paris : La documentation Française, 2000. - 163 p.

53) GOLDFINGER, Charles. *Travail et hors-travail. Vers une société fluide*. Paris : Odile Jacob, 1998. - 351 p.

54) GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2001. - 207 p.

55) GUNTHER Luiz Eduardo et FREITAS Ney José. *O Registro sindical no Brasil.* Curitiba: JM, 1998. - 144 p.

56) HUNT, E.K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7e. éd.. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

57) INSTITUT EUROPEEN DES JURISTES EN DROIT SOCIAL. *Quel devenir du travail en Europe ? Réflexions juridiques à partir du rapport Supiot.* Paris : Lamy, 1999. - 206 p.

58) JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du travail*, 1e édition. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978.

59) -- -- . *L'évolution des relations professionnelles et du droit du travail dans un monde en changement*. Conférences de l'OIT sur la politique sociale. Genève : BIT, 1996.

60) -- -- . *Droit du travail* , 6e édition. Paris, L.G.D.J., 1998. - 779 p.

61) -- -- . D*roit du travail* , 7e édition. Paris : L.G.D.J., 1999. - 843 p.

62) JOIN-LAMBERT, Marie-Thérèse *et al. Politiques sociales*, 2e édition revue et mise à jour. Paris : Presses de Sciences PO et Dalloz, 1997. - 718 p.

63) LAGE Emerson José Alves, LOPES Mônica Sette. *Direito e processo do trabalho. Atualidades.* Belo Horizonte : Del Rey, 2003. - 516 p.

64) LAROUSSE, Pierre. *Grand Dictionnaire Universel du XIXe siècle*. Paris : Administration du Grand Dictionnaire Universel, 1875. - 16 volumes.

65) LEFEBVRE, Maxime. *Le jeu du droit et de la puissance. Précis de relations internationales*. Paris : PUF, 1997. - 504 p.

66) LE MONDE DIPLOMATIQUE.. « La mondialisation capitaliste contre l'emploi », Supplément *L'OIT, une organisation au service des travailleurs.* Paris, septembre 2001.

67) LE MONDE ÉCONOMIE. *Questions économiques et sociales (sous la direction de Serge Marti)*. Paris : Gallimard, 2000. - 338 p.

68) LESTRADE Brigitte et BOUTILLIER Sophie (direction de). *Les mutations du travail en Europe*. Paris : L'Harmattan, 2000. - 415 p.

69) LIAISONS SOCIALES. *Les changements dans l'organisation du travail*. Paris : Les dossiers thématiques n. 16, 2000. - 144 p.

70) LYON-CAEN Gérard, PÉLISSIER Jean et SUPIOT Alain. *Droit du travail*, 19e édition. Paris : Dalloz, 1998. - 1171 p.

71) LYON-CAEN, Gérard. *Le droit du travail. Une technique réversible*. Paris : Dalloz, Collection « Connaissance du droit », 1995. - 99p.

72) MAGANO, Octavio Bueno. *Direito Tutelar do Trabalho.* 2ª edição. São Paulo: LTr, 1992. - 204 p.

73) MAJNONI d'INTIGNANO, Béatrice. *Égalité entre femmes et hommes : aspects économiques.* Paris : La documentation Française, 1999. - 208 p.

74) MALLET, Estêvão. *Apontamentos de Direito processual do trabalho.* São Paulo: LTr, 1997. - 159 p.

75) -- .*Temas de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1998. - 144 p.

76) -- . *Antecipação da tutela no processo do trabalho.* São Paulo: LTr, 1999.- 156 p.

77) -- .*Procedimento monitório no processo do trabalho.* São Paulo: LTr, 2000.-152 p.

78) -- . *Procedimento sumaríssimo trabalhista.* São Paulo: LTr, 2002. - 136 p.

79) MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudëncia.* São Paulo, LTr, 1994. - 246 p.

80) -- -- . *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor".* Fortaleza : ABC Editora, 2001. - 398 p.

81) MARTINS FILHO. Ives Gandra da Silva (coordination de). *Manual do trabalho voluntário e religioso. Aspectos fiscais, previdenciários e trabalhistas.* São Paulo: LTr, 2002. - 107 p.

82) MARX, Karl. O Capital, livre 1er., vol. 1, 5ème. ed., trad. de Reginaldo Sant'Anna. São Paulo : Civilização Brasileira, 1980.

83) MATSUURA, Koïchiro (préface de). *Les clés du XXI^e siècle*. Paris : Seuil, éditions Unesco, 2000. - 515 p.

84) MAUAD, Marcelo. *Cooperativas de trabalho. Sua relação com o direito do trabalho.* 2ª edição. São Paulo: LTr, 2001. - 402 p.

85) MAZEAUD, Antoine. *Droit du travail* . Paris : Montchrestien, 1998. - 501 p.

86) MESSIER, Jean-Marie. *J6M.COM. Faut-il avoir peur de la nouvelle économie ?* Paris : Hachette, 2000. - 237 p.

87) MIALON, Marie-France. *Les pouvoirs de l'employeur*. Paris : L.G.D.J., 1996.- 156 p.

88) -- -- . *Les relations collectives dans l'entreprise*. Paris : L.G.D.J., Paris, 1999. - 142 p.

89) MINC, Alain. *www.capitalisme.fr*. Paris : Grasset & Fasquelle, 2000. - 243 p.

90) MOODY, Kim. *Workers in a Lean World. Unions in the International Economy.* London et New York : Verso, 1997. - 342 p.

91) MORAES FILHO Evaristo de et FLORES DE MORAES Antônio Carlos. *Introdução ao direito do trabalho*, 7^e édition. São Paulo: LTr, 1995. - 616 p.

92) MORIN, Pierre. *La Grande Mutation du travail et de l'emploi*. Paris : Les Éditions d'Organisation, 1997. - 187 p.

93) NASCIMENTO, Amauro Mascaro. *Iniciação ao Direito do trabalho.* 27ª edição. São Paulo: LTr, 2001. - 677 p.

94) NÚCLEO MASCARO (organisation de). *O Direito do trabalho na sociedade contemporânea.* São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001. - 285 p.

95) OIT - Oficina Internacional del Trabajo. *El empleo en el mundo 1996/97 - Las politicas nacionales en la era de la mundialización* . Genève: OIT. - 16 p.

96) -- . *La dimensión laboral en los acuerdos de integración regional y libre comercio en las Amécias.* Ginebra: OIT. - 170 p.

97) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador.* 1ª edição. São Paulo: LTr, 1996. - 333 p.

98) OPPETIT, Bruno. *Philosophie du droit.* Paris : Dalloz, 1999, 156 p.

99) PASSET, René. *A ilusão neoliberal*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2002. - 364 p.

100) PÉLISSIER Jean, SUPIOT Alain et JEAMMAUD Antoine. *Droit du travail,* 20e édition. Paris : Dalloz, 2000. - 1219 p.

101) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho: Noções Fundamentais de Direito do Trabalho, Sujeitos e Institutos do Direito Individual*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000. - 565 p.

102) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso de Direito do trabalho.* Trad. de João Silva Passos. São Paulo: LTr, 1982. - 259 p.

103) -- -- . *Princípios de direito do trabalho*. Trad. de Wagner GIGLIO. São Paulo: LTr, 1993. - 315 p.

104) PIZZIO-DELAPORTE, Corinne. *Droit du travail - l'essentiel du cours* , 2e édition. Paris : Vuibert, 1998. - 253 p.

105) PUIGELIER, Catherine. *Droit du travail. Les relations collectives.* Paris : Dalloz, 1999. - 249 p.

106) -- -- . *Droit du travail. Les relations individuelles.* 2e édition. Paris : Dalloz, 2000. - 273 p.

107) QUINTIN Odile et FAVAREL-DAPAS Brigitte. *L'Europe sociale. Enjeux et réalités*. Paris : La documentation Française, Collection réflexe Europe, 1999.- 158 p.

108) RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito* (trad. Cabral de Moncada). 6e édition. Coimbra : Editor Armênio Amado, 1997. - 430 p.

109) RAWLS, John. *A Theory of Justice.* Cambridge, Massachusetts : The Belknap Press of Harvard University Press, 1994. - 607 p.

110) RAY, Jean-Emmanuel. *Droit du travail, droit vivant* , 8e édition. Paris : Liaisons, 1999. - 476 p.

111) REIS DE PAULA, Carlos Alberto. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo, LTr, 2001. - 200 p.

112) REVET, Thierry (coordination de). *L'ordre public à la fin du XXe siècle.* Paris : Dalloz, 1996. - 111 p.

113) REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997. - 592 p.

114) RIFKIN, Jeremy. *La fin du travail.* Titre original en anglais (États-Unis) : *The End of Work : The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era.* Paris: La Découverte/Poche, 1997. - 460 p.

115) -- -- . *L'âge de l'accès. La révolution de la nouvelle économie*. Titre original en anglais (États-Unis) : *The Age of Access, The New Culture of Hypercapitalism where All of Life is a Paid-for Experience.* Paris: La Découverte, 2000. - 395 p.

116) ROUAST André et DURAND Paul. *Précis de Droit du Travail. 3e édition.* Paris : Dalloz, 1963. - 545 p.

117) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 4e édition. Curitiba : Juruá, 1993. - 466 p.

118) SAINSAULIEU, Renaud. *Sociologie de l'organisation et de l'entreprise*. Paris : Presses de la Fondation Nationale des Sciences politiques & Dalloz, 1987. - 390 p.

119) SAVELLE, Max (coordination de). *História da civilização Mundial: Os tempos modernos.* Trad. Milton Amado. Belo Horizonte : Villa Rica, 1990, v. 3.

120) SENNETT, Richard. *Le travail sans qualités. Les conséquences humaines de la flexibilité.* Titre original en anglais (États-Unis) : *The Corrosion of Character. The Personal Consequences of Work in the New Capitalism.* Paris: Albin Michel S.A., 2000. - 221 p.

121) SILVA, Antônio Álvares da. *Idéias para uma nova Justiça do Trabalho.* Belo Horizonte: LTr e Faculdade de Direito da UFMG, 1995. - 199 p.

122) -- -- . *Efetividade do processo do trabalho e a reforma de suas leis.* Belo Horizonte: RTM, 1997. - 84 p.

123) SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1999. - 231 p.

124) SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris : PUF, 1994. - 280 p.

125) -- -- (direction de). *Au-delà de l'emploi - Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe* , rapport pour la Commission européenne. Paris : Flammarion, 1999. - 321 p.

126) SÜSSEKIND Arnaldo, MARANHÃO Délio, VIANNA Segadas et LIMA TEIXEIRA FILHO, João de. *Instituições de direito do trabalho*, 2 volumes, 17e édition. São Paulo: LTr, 1997. - 1543 p.

127) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho.* Renovar: Rio de Janeiro e São Paulo, 2001. - 518 p.

128) TEYSSIÉ, Bernard. *Droit du travail 1. Relations individuelles de travail,* 2e édition. Paris : Litec, 1992. - 759 p.

129) -- -- (direction de). *Les sources du droit du travail*. Paris : PUF, 1998. 237 p.

130) -- -- (direction de). *Les groupes de sociétés et le droit du travail*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 1999. - 164 p.

131) THE EUROPEAN UNION ENCYCLOPEDIA AND DIRECTORY 1999. 3rd. Edition. London : Europa Publications Limited. - 520 p.

132) TOFFLER, Alvin. *A Terceira Onda.* Rio de Janeiro: Record, 1980. - 491 p.

133) TUMA, Fábia. *Participação nos lucros ou resultados. Incentivo à eficiência ou substituição dos salários?* São Paulo: LTr, 1999. - 271 p.

134) UNIVERSITÉ DE DROIT, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille. Institut de Droit des Affaires. *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

135) VAKALOULIS, Michel (direction de). *Travail salarié et conflit social.* Paris : PUF, août 1999. - 252 p.

136) VERDIER Jean-Maurice, COEURET Alain et SOURIAC Marie-Armelle. *Droit du travail*, 11e édition. Paris : Dalloz, 1999. - 611 p.

137) VIANA Márcio Túlio. *Direito de resistência. Possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador.* 1ª edição. São Paulo: LTr, 1996. - 456 p.

138) -- et RENAULT Luiz Otávio Linhares (coordination de). *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. - 391 p.

139) -- et -- (coordination de). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. - 384 p.

140) -- et -- (coordination de). *Comissões de conciliação prévia* . São Paulo: LTr, 2003. - 332 p.

141) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego. Estrutura legal e supostos.* 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1975. - 308 p.

142) -- -- . *Princípios de Direito e outros estudos.* Belo Horizonte: RTM, 1997. - 138 p.

143) WEDDERBURN, Lord. *Labour Law and Freedom. Further Essays in Labour Law.* London: Lawrende & Wishart, 1995. - 464 p.

II - Articles

1) ADAM, Gérard. « Vers un nouveau syndicalisme », **in** *Droit Social.* Paris, février 1998, pp. 107-109.

2) ALLAL, Vanessa. « La Gauche maladroit ou trop à droite ? », **in** *L'actualité vue par les étudiants.* Paris, 1999.

3) AMADIEU, Jean-François. « Que penser des propositions de François Fillon pour réformer la négociation collective ? », **in** *Liaisons Sociales Magazine,* n. 40. Paris, mars 2003, p. 11.

4) ANALYSES ET DOCUMENTS ÉCONOMIQUES. « Droit social : quelle crise ? », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, janvier 1988, pp. 4-9.

5) ANTONMATTEI, Paul-Henri. « NTIC et vie personnelle au travail », **in** *Droit social*. Paris, janvier 2002, pp. 37-41

6) -- -- . « Que penser des propositions de François Fillon pour réformer la négociation collective ? », **in** *Liaisons Sociales Magazine,* n. 40. Paris, mars 2003, p. 11.

7) -- -- . « Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif de travail est né », **in** *Droit social.* Paris, mai 2003, p. 486-490.

8) AUBERT-MONPEYSSEN, Thérèse. « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », **in** *Droit Social.* Paris, juin 1997, pp. 616-625.

9) AUBRY Martine et RÉMY Pierre-Louis. « Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies », introduction au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social,* Paris, juin 1992, pp. 522-524.

10) AUVERGNON, Philippe. « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », **in** *Droit Social*. Paris, juin 1996, pp. 598-607.

11) AUZERO, Gilles. « La *corporate governance* et les salariés », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, avril 2000, pp. 150-155.

12) BALMARY, Dominique. « Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ? », **in** *Droit Social.* Paris, février 1998, pp. 131-139.

13) BARBEROT, Christine. « Les acteurs de la négociation collective ; leur représentativité », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, août 1998, pp. 332-339.

14) BARRAT Olivier et DANIEL Catherine. « La négociation collective, le statisticien, sa lanterne et le débat social », **in** *Revue de l'IRES n. 39, 2002/2*, pp. 3-32.

15) BARROS, Cássio de Mesquita. "O futuro do direito do trabalho", **in** *Revista LTr.* São Paulo, maio de 2002, pp. 524-529.

16) BARTHÉLEMY, Jacques. « La négociation collective d'entreprise, consensualisme ou formalisme ? », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, mai 1988, pp. 401-404.

17) -- -- . « Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, juillet-août 1988, pp. 554-561.

18) BASCHÉNIS, Agnès. « Le droit du travail face à la revendication d'une allocation universelle », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, avril 1999, pp. 148-154.

19) BAVAREZ, Nicolas. « Global writing », **in** *Le Point*, 22 mars 2002.

20) BEFFA Jean-Louis, BOYER Robert et TOUFFUT Jean-Philippe. « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », **in** *Droit Social.* Paris, décembre 1999, pp. 1039-1051.

21) BÉLIER, Gilles. « Après l'échec des négociations sur la flexibilité », **in** *Droit Social.* Paris, février 1985, pp. 79-83.

22) -- -- . « Les dérogations au droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexions critiques sur certains projets », **in** *Droit Social.* Paris, janvier 1986, pp. 49-55.

23) -- -- et CORMIER, Aurélie. « Stock options et droit du travail », **in** *Droit Social.* Paris, septembre-octobre 2000, pp. 838-844.

24) BELORGEY, Jean-Michel. « Des droit sociaux, comment et pour quoi faire ? », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 2000, pp. 681-685.

25) BÉRAUD, Jean-Marc. « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », colloque *Regards sur la contractualisation des relations du travail,* organisé par le Centre de recherche en Droit Social de l'Institut d'Études du Travail de Lyon (IETL), Université Lumière-Lyon 2 et l'Association Française de Droit du Travail. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, décembre 1997, pp. 529-534.

26) BERNARDI LORA, Ilse Marcelina. « Às portas do terceiro milênio : desemprego e globalização », **in** *Revista Anamatra* n. 37. Brasília, août 1999, pp. 51-62.

27) BESSE, Geneviève. « Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'homme au travail : quel progrès possible aujourd'hui ? », **in** *Droit Social*. Paris, novembre 1994, pp. 841-849.

28) BIT. Bureau International du Travail. *Poverty Erradication. Site* http://www.ilo.org/public/english/comp/poverty/perspect.htm

29) -- . *Éditorial à la Revue internationale du Travail, vol. 133, n. 4.* Genève, 1994, pp. 473-491.

30) BOISSONNAT, Jean. « C'est moins l'emploi qui manque que le travail qui change », **in** *Entreprise & Carrières*, numéro spécial *Années 2000, le travail demain*. Paris, novembre 1999, pp. 6-34.

31) BONNECHÈRE, Michèle. « L'ordre public 'au sens du droit du travail' », **in** Semaine Juridique JCP 1974. Paris : éd. CI, 11604, pp. 601-608.

32) -- -- . « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », **in** *Droit Social.* Paris, avril 1988, pp. 171-192.

33) -- -- . « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », **in** *Droit Social*. Paris, janvier 1990, pp. 40-48.

34) -- -- . « La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social » colloque *Droit du Travail et Mondialisation*, organisé par l'ISERES et le Droit Ouvrier à Montreuil, les 5 et 6 février 1998. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, juin 1998, pp. 249-256.

35) -- -- . « Le droit européen peut-il poser les bases d'un droit commun social ? », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, octobre 1999, pp. 390-407.

36) BONNIN, Vincent. « Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, août 1998, pp. 340-349.

37) BORENFREUND, Georges. « Le droit du travail en mal de transparence ? », **in** *Droit Social.* Paris, mai 1996, pp. 461-471.

38) -- -- . « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », colloque *Regards sur la contractualisation des relations du travail,* organisé par le Centre de recherche en Droit Social de l'Institut d'Études du Travail de Lyon (IETL), Université Lumière-Lyon 2 et l'Association Française de Droit du Travail. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, décembre 1997, pp. 514-528.

39) -- -- . « Pouvoir de représentation et négociation collective », colloque *La négociation collective. Nouveaux horizons, nouveaux problèmes,* organisé par l'IRERP et le Département de Droit social de l'Université de Paris X - Nanterre. Publication *Droit Social.* Paris, décembre 1997, pp. 1006-1014.

40) BOUBLI, Bernard. « A propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ? », **in** *Droit Social.* Paris, avril 1985, pp. 239-240.

41) BOUILLOUX, A.. « L'adaptabilité du contrat de travail », colloque *Regards sur la contractualisation des relations du travail,* organisé par le Centre de recherche en Droit Social de l'Institut d'Études du Travail de Lyon (IETL), Université Lumière-Lyon 2 et l'Association Française de Droit du Travail. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, décembre 1997, pp. 487-495.

42) BOULMIER, Daniel. « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, août 1998, pp. 350-353.

43) BOWLES, Samuel et GINTIS, Herbert. « Améliorer la productivité par une répartition égalitaire », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 134, n. 4-5.* Genève, 1995, pp. 621-650.

44) BRONSTEIN, Arturo S.. « La protection contre le licenciement injustifié en Amérique latine », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 129, n. 5.* Genève, 1990, pp. 655-674.

45) -- -- . « L'intérim en Europe occidentale: concurrent ou complément de l'emploi permanent ? », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 130, n. 3.* Genève, 1991, pp. 321-341.

46) BRUNHES, Bernard. « La flexibilité du travail. Réflexions sur les modèles européens », **in** *Droit Social.* Paris, mars 1989, pp. 251-255.

47) -- -- . « Les bonnes raisons d'une refondation sociale », **in** *Droit Social.* Paris, juin 2000, pp. 571-573.

48) CARLEY, Mark. « Vers un dialogue qualitatif dans les relations industrielles ». Site http://www.eiro.eurofound.eu.int.

49) CARNOY M., CASTELLS M. et BENNER C. « Les marchés de l'emploi et les pratiques en matière d'emploi à l'ère de la flexibilité : Étude de cas de la Silicon Valley », **in** *Revue internationale du Travail*, vol. 136, n. 1. Genève, 1997.

50) CASES Chantal et MISSÈGUE Nathalie. « Une forte segmentation des emplois dans les activités de services », n° 344 - oct 2001 – www.insee.fr

51) CASTEL, Robert. « Travail et utilité au monde », **in** *Revue internationale du Travail*, vol. 135, n. 6. Genève, 1996, pp. 675-682.

52) CHASSARD Yves et BOSCO Alessandra. « L'émergence du concept d'employabilité », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 1998, pp. 903-911.

53) COCHET, François. « L'expertise en nouvelles technologies : le point de vue du praticien », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social*. Paris, juin 1992, pp.556-562.

54) COCKX, Bart. « Les politiques actives de l'emploi et le rôle des incitations », **in** *Revue internationale du Travail*, vol. 139, numéro 2000/4.

55) COHEN, Maurice. « La réduction 'négociée' des avantages des salariés », **in** *Droit Social.* Paris, janvier 1996, pp. 18-19.

56) -- -- . « Maintien du montant en francs de la contribution aux activités sociales après dénonciation d'un usage par l'employeur », **in** *RPDS n. 631.* Paris, novembre 1997, pp. 367-368.

57) CONCIALDI, Pierre. « Etats-Unis. Marchés du travail et travailleurs faiblement qualifiés », **in** *Chronique internationale de l'IRES.* Paris, novembre 1998.

58) CONCIALDI, Pierre. « Les travailleurs pauvres », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 2000, pp. 708-712.

59) CONFEDERACIÓN MUNDIAL DEL TRABAJO. *Las normas internacionales del trabajo al servicio de la justicia social.* Bruxelles, novembre 2002.

60) COURDOUAN Jean et DOERFLINGER Bernard. « Avant propos », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris juillet-août 1988, p. 539.

61) COUTURIER, Gérard. « Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », **in** *Recueil Dalloz.* Paris, D. 1975, Chr. 151-158 et 221-228.

62) -- -- . « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », **in** *Études offertes à Jacques Flour.* Paris : Défrénois, 1978, pp. 95-115.

63) -- -- . « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris mai 1988, pp. 407-415.

64) -- -- . « Nullités de transactions (Cass. soc., 14 juin et 24 octobre 2000) », **in** *Droit social.* Paris, janvier 2001, pp. 23-28.

65) -- -- . « Des limites aux nullités de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, Cass. soc. 15 janvier et 26 février 2003 », **in** *Droit social.* Paris, juillet-août 2003, pp. 726/731.

66) -- -- . « L'auto-licenciement : suite et fin », **in** *Droit social.* Paris, septembre-octobre 2003, pp. 817-826.

67) DE GRIP, HOEVENBERG et WILLEMS. « L'emploi atypique dans l'Union européenne », **in** *Revue internationale du Travail*, vol. 136, n. 1. Genève, 1997.

68) DELGADO. Maurício Godinho. “Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores”, **in** *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 67, numéro 2. Brasília, avril/juin/2001.

69) DALAZEN, João Oreste. « Justiça do Trabalho », **in** *Revista Consulex*, vol I, numéro 31. Brasília, juillet 1999, pp. 12-16.

70) DAUGAREILH, Isabelle. « Le contrat de travail à l’épreuve des mobilités », **in** *Droit Social*. Paris, février 1996, pp. 128-140.

71) DEMARET, Luc. « La mondialisation une chance et un risque », **in** *Le Monde syndical*, revue de la Confédération internationale des syndicats libres, n. 3, mars 1999, pp. 18-19.

72) DÉPREZ, Jean. « Un remède incertain à la précarité des avantages acquis : l’incorporation dans le contrat de travail », **in** *Droit Social.* Paris, décembre 1986, pp. 906-915.

73) DI MARTINO Vittorio et WIRTH Linda. « Le télétravail: un nouveau mode de travail et de vie », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 129, n. 5.* Genève, 1990, pp. 585-611.

74) DOCKÈS, Emmanuel. « La détermination de l’objet des obligations nées du contrat de travail », **in** *Droit Social*. Paris, février 1997, pp. 140-151.

75) -- -- . « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », colloque *Regards sur la contractualisation des relations du travail,* organisé par le Centre de recherche en Droit Social de l’Institut d’Études du Travail de Lyon (IETL), Université Lumière-Lyon 2 et l’Association Française de Droit du Travail. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, décembre 1997, pp. 503-508.

76) DOMERGUE, Jean-Paul. « Le droit du chômage ou du non-emploi », **in** *Droit Social.* Paris, mai 1997, pp. 463-470.

77) DOROY, Fabienne. « La vérité sur le faux travail indépendant », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 1995, pp. 638-641.

78) DRAGUE, Olivier. « Les conflits collectifs », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, juillet-août 1988, pp. 573-576.

79) DROIT SOCIAL. « Le rapport Supiot. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe - Conclusions du rapport » et articles suivants, **in** *Droit Social*. Paris, mai 1999, pp. 431-458.

80) DUPEYROUX, Jean-Jacques. « Avant-propos. La déstabilisation du droit du travail », **in** *Droit Social*. Paris, décembre 1986, pp. 823-827.

81) -- -- . « Droit civil et droit du travail », avant-propos au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, mai 1988, pp. 371-373.

82) -- -- . « Avant-propos. Le droit de grève : de quoi parle-t-on ? », **in** *Droit Social*. Paris, septembre-octobre 1988, pp. 619-623.

83) -- -- . « Quelques questions », **in** *Droit Social*. Paris, janvier 1990, pp. 9-18.

84) DURAND, Paul. « Le Particularisme du Droit du Travail », **in** *Droit Social.* Paris, 1945, pp. 298-303.

85) -- -- . « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 1952, pp. 437-441.

86) DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier. Conclusion au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris juillet-août 1988, pp. 596-597.

87) ELBAUM, Mireille. « Petits boulots, stages, emplois précaires : quelle 'flexibilité' pour quelle insertion… ? », **in** *Droit Social*. Paris, avril 1988, pp. 311-316.

88) EMMERIJ, Louis. « Le problème de l'emploi et l'économie internationale », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 133, n. 4. Genève, 1994, pp. 493-511.

89) ENTREPRISES & CARRIÈRES. « Tour d'Europe des RH. La flexibilité, oui, mais sans précarité », **in** *Entreprises & Carrières n. 544.* Paris, du 3 au 9 octobre 2000, pp. 13-17.

90) EOCHE-DUVAL, Christophe. « Rémunération à la part et ordre public social », **in** *Droit Social*. Paris, juillet-août 1992, pp. 665-669.

91) ESCANDE-VARNIOL, Marie-Cécile. « La sophistication des clauses du contrat de travail », colloque *Regards sur la contractualisation des relations du travail,* organisé par le Centre de recherche en Droit Social de l'Institut d'Études du Travail de Lyon

(IETL), Université Lumière-Lyon 2 et l'Association Française de Droit du Travail. Publication dans *Droit Ouvrier*. Paris, décembre 1997, pp. 478-486.

92) EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY. "Collective bargaining and continuing vocational training in Europe." Site http://www.eurofound.ie/

93) EUZÉBY, Alain. « L'OIT a quatre-vingts ans : quatrième âge ou nouvelle jeunesse ? », **in** *Droit Social.* Paris, janvier 2000, pp. 61-65.

94) EWALD, François. « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 1985, pp. 723-728.

95) EYMARD-DUVERNAY, François. « Le lien durable d'emploi : des accommodements difficiles avec le marché », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris juillet-août 1988, pp. 544-547.

96) FAGNANI, Jeanne. « Politique familiale, flexibilité des horaires de travail et articulation travail/famille », **in** *Droit Social.* Paris, mars 1999, pp. 244-249.

97) FAUVE-MURET, Edith. « Les raisons d'une précarité », **in** *Droit Social.* Paris, septembre-octobre 1989, pp. 677-682.

98) FAVARD, Jean. « Le labyrinthe des droits fondamentaux », **in** *Droit Social.* Paris, mars 1999, pp. 215-220.

99) FAVENNEC-HERY, Françoise. « Le droit et la gestion des départs », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social.* Paris, juin 1992, pp. 581-589.

100) FERREIRA, Carlos. « Brésil. Quelques notes sur le marché du travail et le nouvel agenda syndical », **in** *Chronique internationale de l'IRES n. 62.* Paris, janvier 2000, pp. 41-49.

101) FLEETWOOD, Steve. « Les emplois flexibles ? Ce sont de mauvais emplois », **in** *Courrier international* n. 469. Paris, octobre 1999, p. 72.

102) FOUCAULD, Jean-Baptiste de. « Société postindustrielle et sécurité économique », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 135, n. 6.* Genève, 1996, pp. 737-743.

103) FRAYSSINET, Jean. « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles*

technologies organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social.* Paris, juin 1992, pp.596-602.

104) FREYSSINET, Jacques. « Nouvelles formes d'emplois et précarité : comparaisons internationales », **in** *Droit Social.* Paris, avril 1989, pp. 293-299.

105) FRIANT, Martine. « La comparaison entre dispositions conventionnelles : la position de la Cour de cassation ne fait pas école Outre-Rhin », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 1999, pp. 904-907.

106) GERNIGON Bernard, ODERO Alberto et GUIDO Horácio. « Les principes de l'OIT sur le droit de grève », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 137, n. 4. Genève, 1998, pp. 473-513.

107) GILLION Colin et BONILLA Alejandro. « L'analyse d'un régime national de retraite privé : Le cas du Chili », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 131, n. 2. Genève, 1992, pp.183-208.

108) GRÉVY, Manuela. « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », **in** *Droit Social*. Paris, avril 1995, pp. 329-332.

109) GRÉVISSE, Suzanne. « Le renouveau de la Charte sociale européenne », **in** *Droit Social.* Paris, septembre-octobre 2000, pp. 884-887.

110) GRINSNIR, Jacques. « L'effectivité des droits en matière d'institutions représentatives du personnel », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, mai 1991, pp. 159-163.

111) GRUMBACH, Tiennot. « Nouvelles technologies et relations collectives du travail syndicat et comité d'entreprise : une nouvelle répartition des rôles », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social.* Paris, juin 1992, pp. 544-555..

112) -- -- . « Citoyenneté, Entreprise et Contrat Social », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, juin 1995, pp. 235-257.

113) GUIOMARD, Frédéric. « Temps de travail et emploi, un objet conventionnel problématique (loi du 11 juin 1996 dite Robien) », colloque *La négociation collective. Nouveaux horizons, nouveaux problèmes,* organisé par l'IRERP et le Département de Droit social de l'Université de Paris X - Nanterre. Publication *Droit Social.* Paris, décembre 1997, pp. 1052-1060.

114) HAMON-CHOLET Sylvie et ROUGERIE. Catherine. « La charge mentale au travail : des enjeux complexes pour les salariés ». *Économie et statistique n. 339-340, 2000 – 9/*10, Cahier « Conditions de travail », pp. 243-255. Site www.insee.fr

115) HANSENNE, Michel. « La dimension sociale du commerce international », **in** *Droit Social*. Paris, novembre 1994, pp. 839-840.

116) HEGE, Adelheid. « Crise syndicale, renaissance européenne ? » **in** *Revue de l'IRES,* n. 25, automne 1997.

117) HENRY, Michel. « Pour des droits effectifs », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, mai 1991, pp. 155-158.

118) HEPPLE, Bob. "The Future of Labour Law", **in** *Industrial Law Journal*, *Oxford Journals,* décembre 1995, pp. 303-322.

119) -- -- . « Égalité et renforcement du pouvoir d'action pour un travail décent. », **in** *Revue internationale du Travail*, vol. 140, numéro 2001/1.

120) -- -- . *Rights at work.* Geneva: International Labour Organization (International Institute for Labour Studies), 2003, site www.ilo.org

121) HIDALGO, Anne. « Un nouveau rôle pour l'Administration du travail ? », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social.* Paris, juin 1992, pp.538-543.

122) -- -- . « Inspection du travail : crise d'identité et tranches de vie », **in** *Droit Social*. Paris, novembre 1992, pp. 849-854.

123) ICHINO, Pietro. « Marché du travail : regard d'un juriste sur les arguments des économistes », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 137, n. 3.* Genève, 1998, pp. 321-334.

124) JACQUES, Colette. « Travail et santé : le point de vue d'un médecin », **in** *Droit social.* Paris, mai 2002, pp. 479-484.

125) JAVILLIER, Jean-Claude. « Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération », **in** *Droit Social.* Paris, janvier 1988, pp. 68-88.

126) -- -- . « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 1975, pp. 375-393.

127) -- -- . « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : 'Normalisation' du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », **in** *Tendances du droit du travail français contemporain*, études offertes à G.H. CAMERLYNCK. Paris : Dalloz, 1978, pp. 101-145.

128) -- -- et AUVERGNON, Philippe. « Éléments pour un bilan sur la recherche en droit du travail », **in** *Droit Social.* Paris, mars 1985, pp. 211-217.

129) -- -- . « Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales », **in** *Droit Social*. Paris, janvier 1986, pp. 56-65.

130) -- -- . « Les transformations du droit du travail » Études offertes à Gérard LYON-CAEN. Paris : Dalloz, 1989.

131) -- -- . « Le droit international du travail entre pragmatisme et créativité », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 133, n. 4.* Genève, 1994, pp. 533-550.

132) -- -- et OLIVIER, Jean-Michel. « La part du droit du travail dans la performance de l'entreprise », actes du VII^{ème} Congrès de l'Association francophone de gestion des ressources humaines, organisé par le Centre Interdisciplinaire de Formation à la Fonction Personnel, sous le patronage de la Fondation nationale pour l'enseignement de la gestion des entreprises. Paris, octobre 1996, pp. 248-255.

133) -- -- . « Distinguished speaker : Labor relations and the law in a changing world », **in** *Arbitration 1996 at the crossroads.* Toronto: Ed. Joyce M. Najita, juin 1996, pp. 9-17.

134) -- -- . « La intervención normative del Estado en las relaciones de trabajo », **in** *El Nuevo Marco económico, Jurídico y Social de la Administración Laboral y de los Ministerios de Trabajo*. Genebra: Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, pp. 20-30.

135) -- -- . « A Flexibilização da Legislação trabalhista - A Experiência Francesa ». São Paulo: Conselho Superior de Orientação Jurídica e Legislativa da FIESP/CIESP, 1998, 22 p.

136) -- -- . « Entre Direito e Gestão : o contrato de trabalho na encruzilhada », **in** *Anais do Seminário Internacional Relações de Trabalho, aspectos jurídicos, sociais e econômicos*. Brasília, 1998, pp. 175-181.

137) -- -- . « Pour une contribution des universitaires à la dynamique des normes internationales du travail », **in** *Revista Trabalhista Direito e Processo*, volume VI. Rio de Janeiro : Forense, avril-juin 2003, pp. 69-83.

138) JEAMMAUD, Antoine. "Droit du travail 1988: des retournements, plus qu'une crise », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris juillet-août 1988, pp. 583-595.

139) -- -- . « Un code allégé ? », **in** *Droit Social*. Paris, juillet-août 1993, pp. 638-640.

140) -- -- . « La renonciation du salarié », colloque *Regards sur la contractualisation des relations du travail,* organisé par le Centre de recherche en Droit Social de l'Institut d'Études du Travail de Lyon (IETL), Université Lumière-Lyon 2 et l'Association Française de Droit du Travail. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, décembre 1997, pp. 535-543.

141) -- -- . « Le droit du travail en changement », **in** *Droit Social.* Paris, mars 1998, pp. 211-222.

142) -- -- . « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », colloque *Droit du Travail et Mondialisation*, organisé par l'ISERES et le Droit Ouvrier à Montreuil, les 5 et 6 février 1998. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, juin 1998, pp. 240-248.

143) -- -- . « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », **in** *Droit Social*. Paris, février 1999, pp. 115-124.

144) KAYSER, M. P.. « Nullités d'ordre public », **in** *Revue trimestrielle de droit civil*, v. 32, n. 3/4. Paris, 1933, p. 1115-1140.

145) KELLY, G.M. « L'emploi et l'idée de travail dans la nouvelle économie mondiale » **in** *Revue internationale du Travail*, vol. 139, numéro 2000/1.

146) KERGOAT Jacques et LINHART Danièle. « Transformations du syndicalisme en France », **in** *Revue Problèmes politiques et sociaux*, n° 801. Paris : La Documentation française, 10 avril 1998.

147) KIBLER, Franz. « Déréglementation à l'allemande ? », **in** *Semaine sociale Lamy n. 821.* Paris, 6/1/97.

148) KUHNMUNCH, Olivier. « Personnes, entreprises et relations de travail, éléments de jurisprudence », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris mai 1988, pp. 384-386.

149) LABBÉ, Daniel. « Nouvelles technologies, exclusion et insertion dans l'industrie automobile », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social*. Paris, juin 1992, pp.590-595.

150) LAMY SOCIAL. « La législation française du travail ». Paris, 2000, pp. 6, 18-20.

151) LANQUETIN, Pierre. « Les conflits collectifs », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, juillet-août 1988, pp. 577-579.

152) LEE, Eddy. « La Déclaration de Philadelphie : rétrospective et prospective », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 133, n. 4.* Genève, 1994, pp. 513-531.

153) -- -- . « Une vue d'ensemble », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 134, n. 4-5.* Genève, 1995, pp. 485-495.

154) -- -- . « La mondialisation et l'emploi : des craintes justifiées ? », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 135, n. 5.* Genève, 1996, pp. 531-543.

155) LANGLOIS, Philippe. « Droit civil et contrat collectif de travail », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, mai 1988, pp. 395-400.

156) -- -- . « Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé », **in** *Droit Social.* Paris, février 1999, pp. 125-128.

157) LE MIRE, Aude. « Garantie des salaires : une jurisprudence plus équitable », **in** *RPDS n. 647.* Paris, mars 1999, pp. 93-94.

158) LE ROUX, Dominique. « Notion d'avantages acquis », **in** *Semaine sociale Lamy n. 661.* Paris, 6/9/93.

159) LÉVY, Louis. « L'individualisme n'est pas le libéralisme (réponse à Guy Sorman), **in** *Droit Social.* Paris, mai 1986, pp. 369-371.

160) LIAISONS SOCIALES. Actes du colloque « Vers un nouveau droit du travail ». Paris, le 16 novembre 2000. – 25 p.

161) LIEMT, Gijsbert van. "La mondialisation de l'économie : options des travailleurs et stratégies des entreprises dans les pays à coûts salariaux élevés », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 131, n. 4-5. Ge*nève, 1992, pp. 485-504.

162) LOJKINE, Jean. « A propos du rapport Supiot », **in** *Droit Social*. Paris, juillet-août 1999, pp. 669-672.

163) LYON-CAEN, Antoine. « Actualité du contrat de travail - brefs propos », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, juillet-août 1988, pp. 540-543.

164) -- -- . « Le droit et la gestion des compétences », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social.* Paris, juin 1992, pp. 573-580.

165) -- -- . « La négociation collective : Nouveaux horizons ? Nouveaux problèmes ? », ouverture du colloque organisé par l'IRERP et le Département de Droit social de l'Université de Paris X - Nanterre. Publication *Droit Social.* Paris, décembre 1997, pp. 1004-1005.

166) -- -- . « L'emploi comme objet de la négociation collective », **in** *Droit Social.* Paris, avril 1998, pp. 316-320.

167) LYON-CAEN, Florence. « Restructurations et relations individuelles du travail : aspects pratiques », **in** *Droit Social.* Paris, janvier 1989, pp. 96-99.

168) LYON-CAEN, Gérard. « Les Fondements historiques et rationnels du Droit du Travail », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, janvier 1951, pp. 1-5.

169) -- -- . « Négociation collective et législation d'ordre public », **in** *Droit Social*. Paris, février 1973, pp. 89-101.

170) -- -- . « Les principes généraux du droit du travail », **in** *Tendances du droit du travail français contemporain. Études offertes à G. H. Camerlynck.* Paris : Dalloz, 1978, pp. 35-45.

171) -- -- . « Critique d'une critique (sur le livre d'Alain Supiot, 'Critique du droit du travail') », **in** *Droit Social*. Paris, juillet-août 1984, pp. 663-666.

172) -- -- . « La bataille truquée de la flexibilité », **in** *Droit Social*. Paris, décembre 1985, pp. 801-810.

173) -- -- . « La légitimité de l'action syndicale », **in** *Droit Social*. Paris, février-mars 1988, pp. 47-58.

174) -- -- . « Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris juillet-août 1988, pp. 548-553.

175) -- -- . « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », **in** *Droit Social*. Paris, mai 1995, pp. 489-494.

176) -- -- . « Où mènent les mauvais chemins », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 1995, pp. 647-650.

177) -- -- . « En guise de conclusion : La transition d'une situation à une autre en droit du travail », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 135, n. 6.* Genève, 1996, pp. 759-764.

178) -- -- . « Que penser des propositions de François Fillon pour réformer la négociation collective ? », **in** *Liaisons Sociales Magazine,* n. 40. Paris, mars 2003, p. 10.

179) -- -- . « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », **in** *Droit social.* Paris, avril 2003, p. 355-360.

180) LYON-CAEN, Pierre. « La solution du conflit de normes entre Code du travail et status des entreprises publiques par l'application de la règle la plus favorable aux salariés », **in** *Droit Social*. Paris, décembre 1996, pp. 1049-1057.

181) KENNER, Jeff. « The EC Employment Title and the Third Way : Making Soft Law Work ?", **in** *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15/1, printemps 1999, pp. 33-60.

182) MAcSHANE, Denis. « The Threat to Globalization », **in** Revue *Newsweek*. New York, novembre 1999, p. 4.

183) MAGAUD, Jacques. « L'éclatement juridique de la collectivité de travail », **in** *Droit Social.* Paris, décembre 1975, pp. 525-530.

184) MAGGI-GERMAIN, Nicole. « Travail et santé : le point de vue d'une juriste », *in Droit social.* Paris, mai 2002, pp. 485-493.

185) MAHAIM, Ernest. « Le droit international ouvrier », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 135, n. 3-4.* Genève, 1996, pp. 315-318.

186) MAINDRAULT, Marc. « Les aspects commerciaux des droits sociaux et des droits de l'homme au travail », **in** *Droit Social*. Paris, novembre 1994, pp. 850-855.

187) MAIRE, Edmond. « Du changement imposé aux adaptations négociées », **in** *Droit Social.* Paris, décembre 1986, pp. 834-836.

188) MALLET, Estêvão. "Discriminação e processo do trabalho", **in** *Discriminação.* Coord. M.T.VIANA et L.O.L. RENAULT. São Paulo: LTr, 2000, pp. 157-168.

189) MARCHAL, André. « L'Ordre Social. A propos du livre de M. Rueff », **in** *Droit Social.* Paris, 1945, pp. 379-384.

190) MESTRE, Jacques. « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, mai 1988, pp. 405-406.

191) MIALON, Marie-France. « L'émergence de nouvelles relations de travail dans l'entreprise éclatée du troisième millénaire », **in** *Clés pour le siècle.* Paris : Dalloz, 2000, pp. 1731-1747.

192) -- -- . "Flexible Rules or Rigid Labour Relations? Some Reflections on French Labour Law faced with Technological, Economic and Contemporary Social Changes", **in** *Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law, Liber amicorum in Honour of Professor Marco Biagi,* Kluwer Law International, 2003, pp. 277-286.

193) MOIZARD, Nicolas. « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 1999, pp. 916-927.

194) MOLE, Ariane. « Au delà de la loi informatique et libertés », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social. Paris,* juin 1992, pp. 603-611.

195) MOREAU, Marc. « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », **in** *Droit Social*. Paris, février 1995, pp. 171-177.

196) MOREAU, Marie-Ange. « Mobilité des entreprises dans l'Union européenne et protection conventionnelle des salariés », **in** Chronique RJS. Paris, mars 2002, pp. 207 et suivantes.

197) -- -- . « La délocalisation des entreprises à l'étranger », **in** *Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

198) MORIN, Marie-Laure. « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », **in** *Droit Social.* Paris, mai 1998, pp. 419-429.

199) -- -- . « Partage des risques et responsabilité de l'emploi. Contribution au débat sur la réforme du droit du travail », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 2000, pp. 730-738.

200) -- -- et VICENS Christine. « Licenciement économique, flexibilité des entreprises et sécurité des travailleurs : les enseignements d'une comparaison européenne », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 140, numéro 2001/1.

201) MOUSSERON, Jean Marc. « Nouvelles technologies et créations des salariés », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social.* Paris, juin 1992, pp.563-572.

202) MOUSSY, Pascal. « Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du 'renouveau' du contrat de travail) », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, janvier 1999, pp. 1-9.

203) MÜCKENBERGER, Ulrich. « Réflexions pour une redéfinition des relations de travail », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 135, n. 6.* Genève, 1996, pp. 745-758.

204) MURCIER, Jean-Paul. « Procédures et structures de la négociation collective aux niveaux de l'entreprise et de l'établissement », **in** *Droit Social.* Paris, février 1985, pp. 104-110.

205) OBSERVATOIRE DES RELATIONS INDUSTRIELLES EUROPÉENNES. "Moves to regulate freelance coordinated work through law and bargaining", site http://www.eiro.eurofound.ie/2000/11/feature/IT0011273F.html.

206) -- -- . "Trade unions seek to represent workers in news forms of employment", site http://www.eiro.eurofound.eu.int/1998/07/feature/IT9807327F.html.

207) -- -- . "Collective bargaining and continuing vocational training in Europe*", s*ite http://www.eurofound.ie/

208) -- -- . "Flexicurity Act makes major changes in labour law", site www.eiro.eurofound.int.eu

209) -- -- . « Travailleurs handicapés: législation, négociations collectives et partenaires sociaux », étude comparative de l'EIRO, février 2001, site http:/www./eiro.eurofound.eu.int//2001/02/study/TN01022335.html.

210) -- -- . ´The crisis of the 'new economy' and industrial relations", march 2002, site www.eiro.eurofound.ie

211) -- -- . "Social partners and government sign agreement on integration of immigrants", junhe 2002, site www.eiro.eurofound.ie

212) -- -- . « Travailleurs économiquement dépendants : droit du travail et relations industrielles », étude comparative de l'EIRO, mai 2002.

213) -- -- ." *Low-wage workers and the 'working poor", Comparative supplement, EIRObserver, 6/02,* site www.eiro.eurofound.eu.int

214) -- -- ."Social partners discuss 'good practices' for employment", *in "*Current Issue: July 2002", site www.eiro.eurofound.ie.

215) -- -- . « Emploi non permanent, qualité du travail et relations industrielles », étude comparative de l'EIRO, juillet 2002.

216) OIT. Organisation Internationale du Travail. « Perspectives. Le travail à temps partiel : liberté ou piège ? », **in** *Revue internationale du Travail* vol. 136, n. 4. Genève, 1997, site www.ilo.org.

217) -- . « La violence sur le lieu de travail – un problème mondial », communiqué de presse. Genève, juillet 1998.

218) -- . « La flexibilité du marché du travail dans la construction mécanique et l'électronique », **in** *Travail le magazine de l'OIT*. Genève : BIT, février 1999, pp. 24-25.

219) -- . « Une approche sectorielle au sein des structures extérieures de l'OIT. » Programme des activités sectorielles, site http://www.ilo.org

220) -- . « Le travail sectoriel et les normes internationales du travail (NIT) ». Programme des activités sectorielles. Site http://www.ilo.org

221) -- . « Les normes internationales du travail contribuent au développement », site Internet http://www.ilo.org/public/french/standards/norm/whyneed/dev.htm

222) -- . « Travailleurs sans frontières. Les 'laissés-pour-compte' de la mondialisation grossissent les rangs des migrants », **in** *Travail le magazine de l'OIT*. BIT, avril/mai 2000, site www.ilo.org

223) -- . « Avant-propos. Droits du travail, droits de l'homme », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 137, n. 2. Genève, 1998.

224) -- . « Avant-propos. Politiques sociales et protection sociale », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 139, n. 2. Genève, 2000.

225) -- . « Avant-propos », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 131, n. 1-2. Genève, 2002.

226) ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE. « La renaissance partielle de l'emploi indépendant », étude de l'OCDE. Site http://www.ocde.org/pdf/M00028000/M00028080.pdf

227) ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ. « La santé au travail, une question d'éthique et de rentabilité économique », Aide-mémoire n. 84, révision juin 1999. Site http://www.who.int/inf-fs/fr/am84.html

228) ORSONI, Gilbert. « Pour un droit public social », **in** *Droit Social*. Paris, janvier 1986, pp. 36-43.

229) PÉLISSIER, Jean. « Droit civil et contrat individuel de travail », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris mai 1988, pp. 387-394.

230) -- -- . « La loyauté dans la négociation collective », colloque *Regards sur la contractualisation des relations du travail,* organisé par le Centre de recherche en Droit Social de l'Institut d'Études du Travail de Lyon (IETL), Université Lumière-Lyon 2 et l'Association Française de Droit du Travail. Publication *Droit Ouvrier*. Paris, décembre 1997, pp. 496-502.

231) PEREIRA, José Luciano de Castilho. "Perspectivas do direito processual do trabalho no final do século XX", s*ite* http://www.solar.com.br/~amatra/jluc2.html.

232) -- -- . "A prevalência do convencionado sobre o legislado", **in** *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 67, numéro 2. Brasília, avril-juin/2001.

233) PÉRU-PIROTTE, Laurance. « Mutations technologiques et contrat de travail », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, janvier 1996, pp. 1-14.

234) PICCA, Georges. « Droit civil et droit du travail : contraintes et légitimité », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, mai 1988, pp. 426-427.

235) PINGEL, Isabelle. « La protection de la partie faible en droit international privé (du salarié au consommateur) », **in** *Droit Social*. Paris, février, 1986, pp. 133-139.

236) PIZZIO-DELAPORTE, Corinne. « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge », **in** *Droit social.* Paris, avril 2001, pp. 404-412.

237) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. « La protection de la vie privée du salarié : la situation dans les Amériques », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 134, n. 3. Genève, 1995, pp. 327-345.

238) POIRIER, Mireille. « La clause dérogatoire *in pejus* », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 1995, pp. 885-895.

239) POTOBSKY, Geraldo von. « Les petites et moyennes entreprises et le droit du travail », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 131, n. 6. Genève, 1992, pp. 647-680.

240) PRÉTOT, Xavier. « Le Conseil Constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective », **in** *Droit social*. Paris*,* mars 2003.

241) PREUSS, Susanne. « Ces entreprises qui vivent à crédit sur le dos de leurs salariés », **in** *Courrier international,* n. 455. Paris, juillet 1999, p. 36.

242) PRIESTLEY, Thierry. « À propos du 'contrat d'activité' proposé par le rapport Boissonnat », **in** *Droit Social.* Paris, décembre 1995, pp. 955-960.

243) QUINLAN, Michael. « Précarité de l'emploi : conséquences sur la santé et la sécurité au travail ». Sydney (Australie) : University of New South Wales, 2001.

244) RADÉ, Christophe. « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », **in** *Droit Social.* Paris, janvier 1999, pp. 3-7.

245) -- -- . « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », **in** *Droit Social.* Paris, avril 2000, pp. 381-383.

246) -- -- . « Les limites du 'tout contractuel », **in** *Droit Social,* Paris, septembre-octobre 2000, pp. 828-832.

247) RAMAUX, Christophe. « L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité ? », **in** *Droit Social.* Paris, janvier 2000, pp. 66-76.

248) RATOUIS, Annie. « Précarité et vie quotidienne des ménages actifs : de quoi parte-t-on ? », **in** *Droit Social.* Paris, juillet, août 2000, pp. 717-721.

249) RAY, Jean-Emmanuel. « Nouvelles technologies, nouveau droit du travail », avant-propos au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social.* Paris, juin 1992, pp. 519-521.

250) -- -- . « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », intervention au colloque *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies* organisé par la revue Droit social. Publication *Droit Social.* Paris, juin 1992, pp. 525-537.

251) -- -- . « Du droit du travail au droit de l'emploi », **in** *Semaine sociale Lamy n. 661.* Paris, 6/9/93, pp. 3-4.

252) -- -- . « De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 1995, pp. 634-637.

253) -- -- . « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur », **in** *Droit Social.* Paris, février 1996, pp. 121-127.

254) -- -- . « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Une nécessaire adaptation », **in** *Droit Social.* Paris, avril 1996, pp. 351-358.

255) -- -- . « Du tout-État au tout-contrat ? », **in** *Droit Social.* Paris, juin 2000, pp. 574-579.

256) -- -- . « Le droit du travail au XXI^{e} siècle », **in** *Liaisons Sociales magazine*. Paris, janvier 2000, pp. 54-55.

257) -- -- . « Courrier privé et courriel personnel », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 2001, pp. 915-920.

258) RÉMY, Patrick. « La décentralisation de la négociation collective en Allemagne sous l'angle de la représentation », colloque *La négociation collective. Nouveaux horizons, nouveaux problèmes,* organisé par l'IRERP et le Département de Droit social de l'Université de Paris X - Nanterre. Publication *Droit Social.* Paris, décembre 1997, pp. 1015-1022.

259) -- -- . « Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, juillet 1999, pp. 269-284.

260) RICHEVAUX, Marc. « Droits de l'Homme et protection des droits des travailleurs », **in** *Droit Social*. Paris, décembre 1988, pp. 854-856.

261) RICOCHON Michel, LENOIR Christian et DUGUERA Jacques. « En marge du centenaire de l'inspection du travail, regard sur l'évolution des services extérieurs du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle », **in** *Droit Social*. Paris, novembre 1992, pp. 855-858.

262) ROBIN-OLIVIER, Sophie. « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », **in** *Droit Social.* Paris, juin 1999, pp. 609-621.

263) ROMITA, Arion Sayão. "O poder normativo da Justiça do Trabalho: antinomias constitucionais", *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 67, numéro 2. Brasíila, avril/juin/2001.

264) ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. « O direito do trabalho e o ser humano », **in** *Revista da Femargs*, numéro 2. Porto Alegre, juillet 1999, pp. 27-31.

265) ROUAULT, Dominique. « Les revenus des indépendants et dirigeants : la valorisation du bagage personnel », **in** *Économie et Statistique n. 348, 2001-8.* Cahier « Revenus », pp. 35-59. Site www.insee.fr

266) ROUDIL, Albert. « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : 'la beauté du diable », **in** *Droit Social.* Paris, février 1985, pp. 84-94.

267) ROY-LOUSTAUNAU, Claude. « La convention collective ne peut déroger aux cas de recours au contrat de travail à durée déterminée », **in** *Droit Social.* Paris, février 1998, pp. 110-112.

268) ROZES, Louis. « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », **in** *Droit Social*. Paris, septembre-octobre 1977, pp. 311-326.

269) RUSH Howard et FERRAZ João Carlos. "Emploi et qualifications au Brésil : les incidences des nouvelles technologies et techniques d'organisation », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 132, n. 3.* Genève, 1993, pp.83-104.

270) SAGET, Catherine. *« Lutte contre la pauvreté et le chômage dans les pays en développement : l'utilité d'un salaire minimum. » Revue internationale du Travail,* vol. 140, numéro 3. Genève, 2001.

271) SAINT-JOURS, Yves. « La protection juridique des salariés contre les effets pervers de la sous-traitance », colloque *Droit du Travail et Mondialisation*, organisé par l'ISERES et le Droit Ouvrier à Montreuil, les 5 et 6 février 1998. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, juin 1998, pp. 257-260.

272) SARAMITO, Francis. « Le droit du travail en question », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, février 1986, pp. 39-44.

273) -- -- . « Les conflits collectifs », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris juillet-août 1988, pp. 580-582.

274) SAVATIER, Jean. « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », **in** *Recueil Dalloz Sirey.* Paris, 1977, pp. 43-48.

275) -- -- . « Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels », **in** *Droit Social*. Paris, février 1988, pp. 135-142.

276) -- -- . « L'accord de substitution à un accord collectif ayant fait l'objet d'une dénonciation », **in** *Droit Social*. Paris, février 1995, pp. 178-182.

277) -- -- . « Champ d'application du droit de retrait d'une situation dangereuse », **in** *Droit Social*. Paris, juillet-août 1996, pp. 684-686.

278) -- -- . « Sur l'application, par un organisme de Sécurité sociale, d'un usage plus avantageux que la convention collective agréée », **in** *Droit Social*. Paris, décembre 1996, pp. 1046-1048.

279) -- -- . « Les minima de salarie », **in** *Droit Social.* Paris, juin 1997, pp. 575-580.

280) -- -- . « Entre bénévolat et salariat : le statut des volontaires pour le développement », **in** *Droit Social.* Paris, février 2000, pp. 146-149.

281) SCHEIDT, Michel. « Le sérieux d'une délocalisation dont les conséquences ne sont supportées que par les salariés ne peut être retenu », **in** *RPDS n. 636.* Paris, avril 1998, pp. 125-127.

282) -- -- . « De nouvelles limites à l'usage des clauses de mobilité », **in** *RPDS n. 655.* Paris, novembre 1999, pp. 363-367.

283) SÉGUIN, Philippe. « L'adaptation du droit du travail », **in** *Droit Social.* Paris, décembre 1986, pp. 828-833.

284) SENGENBERGER, Werner. ” The role of labour standards in industrial restructuring: Participation, protection and promotion”. Geneva : ILO, International Institute for Labour Studies, 1990. Site www.ilo.org

285) -- -- . « Les relations professionnelles sous la pression de la concurrence et des restructurations », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 131, n. 2.* Genève, 1992, pp. 149-166.

286) -- -- . « Développement local et concurrence économique internationale », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 132, n. 3.* Genève, 1993, pp. 349-366.

287) SERVAIS, Jean-Michel. « Pluralité des formes d'emploi et normes de l'OIT », **in** *Droit Social.* Paris, pp. 136-143.

288) -- -- . *Travail et sécurité du lendemain : problématiques anciennes et nouveaux débats*. Article non publié.

289) SHARIF, Mohammed. « Le 'S' inversé – La fonction néoclassique complète de l'offre de main-d'œuvre », **in** *Revue internationale du Travail*, vol. 130, numéro 2000/4.

290) SHEEHAN, Glen. « L'administration du travail face à la crise », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 131, n. 2. Genève, 1992, pp. 167-182.

291) SILHOL, Bruno. « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 1997, pp. 931-936.

292) SIMITIS, Spiros. « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », **in** *Droit Social.* Paris, juillet/août 1997, pp. 655-667.

293) SINGH, Ajit. « Mutations de l'économie mondiale, qualifications et compétitivité internationale », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 133, n. 4.* Genève, 1994, pp. 181-199.

294) SIROËN, Jean-Marc. « A quoi sert l'OMC ? Le débat autour de la clause sociale », **in** *Revue de l'IRES,* n. 29, hiver 1998-99, pp. 165-194.

295) SOARES, Ronald. "Flexibilização – Um tema atual do Direito do Trabalho", **in** *Revista LTr* 55-4/405.

296) SORMAN, Guy. « La politique sociale libérale », **in** *Droit Social.* Paris, février 1986, pp. 83-84.

297) SOUBIE, Raymond. « Après les négociations sur la flexibilité », **in** *Droit Social.* Paris, février 1985, pp. 95-103 ; mars 1985, pp. 221-224 ; avril 1985, pp. 290-293.

298) -- -- . « Les conditions sociales du redressement économique », **in** *Droit Social*. Paris, janvier 1986, pp. 66-69.

299) SOURIAC-ROTSCHILD, Marie-Armelle. « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », colloque *La négociation collective. Nouveaux horizons, nouveaux problèmes,* organisé par l'IRERP et le Département de Droit social de l'Université de Paris X - Nanterre. Publication *Droit Social.* Paris, décembre 1997, pp. 1061-1069.

300) SPYROPOULOS, Georges. « Droit du travail et relations professionnelles dans l'Europe sociale de demain », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 129, n. 5. Genève, 1990, pp.805-824.

301) -- -- . « Encadrement social de la mondialisation de l'économie : bilan et perspectives d'avenir de l'action normative au niveau international dans le domaine du travail », **in** *Droit Social*. Paris, juin 1996, pp. 551-561.

302) -- -- . « Les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation », **in** *Droit Social.* Paris, mars 1999, pp. 230-237.

303) -- -- . « Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs », *Droit social.* Paris, avril 2002, pp. 391-402.

304) STORPER Michael et SCOTT Allen. « L'organisation du travail et les marchés locaux de l'emploi à l'ère de la production flexible », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 129, n. 5.* Genève, 1990, pp.633-654.

305) SUPIOT, Alain. « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », **in** *Droit Social.* Paris, mars 1989, pp. 195-205.

306) -- -- . « Pourquoi un droit du travail ? », **in** *Droit Social.* Paris, juin 1990, pp. 485-492.

307) -- -- . « Le travail, liberté partagée », **in** *Droit Social*. Paris, septembre-octobre 1993, pp. 715-724.

308) -- -- . « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale », **in** *Droit Social*. Paris, septembre-octobre 1995, pp. 823-831.

309) -- -- . « Malaise dans le social », **in** *Droit Social.* Paris, février 1996, pp. 115-120.

310) -- -- . « Le travail en perspectives. Introduction. », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 135, n. 6. Genève, 1996, pp. 663-674.

311) -- -- . « Le travail et l'opposition public/privé », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 135, n. 6. Genève, 1996, pp. 713-723.

312) -- -- . « Les nouveaux visages de la subordination », **in** *Droit Social.* Paris, février 2000, pp. 131-145.

313) SZUBERT, Vaclaw. « Rapports du droit du travail et de la politique sociale », **in** *Études de droit du travail,* offertes à André BRUN. Paris : Librairie sociale et économique, 1974, pp. 565-570.

314) TEYSSIÉ, Bernard. « La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise », **in** *Droit Social.* Paris, décembre 1986, pp. 852-866.

315) -- -- . « Personnes, entreprises et relations de travail », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, mai 1988, pp. 374-383.

316) -- -- . « La raison, la grève et le juge », intervention au colloque *Le droit du travail, un droit vivant*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, juillet-août 1988, pp. 562-572.

317) -- -- . « A propos de la négociation collective d'entreprise », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 1990, pp. 577-579.

318) -- -- (direction de). « Faut-il brûler le Code du travail ? », **in** *Droit Social.* Paris, juillet-août 1996, pp. 559-604.

319) -- -- . « Sur le droit pénal du travail », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 2000.

320) THIBAULT, Bernard. « Nouveau siècle, nouveaux droits », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, janvier 2000.

321) THOMAS, Albert. « L'Organisation internationale du Travail. Origine - Développement - Avenir », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 153, n. 3-4. Genève, pp. 284-299.

322) TILLIE, Patrick. « Le droit du travail à l'épreuve du libéralisme », **in** *Droit Ouvrier.* Paris, décembre 1986, pp. 431-433.

323) TISSANDIER, Hélène. « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », colloque *La négociation collective. Nouveaux horizons, nouveaux problèmes,* organisé par l'IRERP et le Département de Droit social de l'Université de Paris X - Nanterre. Publication *Droit Social.* Paris, décembre 1997, pp. 1045-1051.

324) TISSOT, Olivier. « Pour une analyse juridique du concept de 'dignité' du salarié », **in** *Droit Social.* Paris, décembre 1995, pp. 972-977.

325) TRENTIN, Bruno. « Un nouveau contrat de travail », **in** *Droit Social.* Paris, mai 1999, pp. 472-473.

326) TREU, Tiziano. « La flexibilité du travail en Europe », **in** *Revue internationale du Travail, vol. 132, n. 3.* Genève, 1993, pp.533-549.

327) TROPER, Michel. « Présentation Dossier Ronald Dworkin (1ère partie) », **in** Revue *Droit et Société*. Paris, 1-1985, pp. 29-33.

328) TURQUIN Jean-Louis, BOYER André, QUINTIN Odile *et al*.. Actes du colloque « Les réponses des États du G7 à la mondialisation des échanges. Flexibilité du travail. Précarité des emplois. Évolution des systèmes de retraite et de prévoyance », organisé par l'Ordre des Avocats au Barreau de Lyon. Publication *Semaine sociale Lamy* n. 835. Paris, 14/4/97.

329) VACARIE, Isabelle. « La renonciation du salarié », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 1990, pp. 757-768.

330) VATINET, Raymonde. « Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés : vers une 'contre-reforme' de l'entreprise ? », **in** *Droit Social.* Paris, juin 1997, pp. 608-615.

331) VEGA RUIZ, Luz. « Le travail à domicile : vers une nouvelle réglementation ? », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 131, n. 2. Genève, 1992, pp.209-227.

332) VERDIER, Jean-Maurice. « L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail », **in** *Revue internationale du Travail,* vol. 132, n. 5-6. Genève, 1993, pp.747-761.

333) -- -- « Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », colloque *La négociation collective. Nouveaux horizons, nouveaux problèmes,*

organisé par l'IRERP et le Département de Droit social de l'Université de Paris X - Nanterre. Publication *Droit Social.* Paris, décembre 1997, pp. 1040-1044.

334) -- -- « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », **in** *Droit social*. Paris, décembre 2001, pp. 1035-1038.

335) VÉRICEL, Marc. « Les substituts consensuels à l'accord collectif », colloque *Regards sur la contractualisation des relations du travail,* organisé par le Centre de recherche en Droit Social de l'Institut d'Études du Travail de Lyon (IETL), Université Lumière-Lyon 2 et l'Association Française de Droit du Travail. Publication *Droit Ouvrier.* Paris, décembre 1997, pp. 509-513.

336) -- -- . « La contractualisation des avantages nés des normes d'entreprise atypiques », **in** *Droit Social.* Paris, septembre-octobre 2000, pp. 833-837.

337) VERKINDT, Pierre-Yves. « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », **in** *Droit Social.* Paris, novembre 1995, pp. 870-876.

338) -- -- . « Un autre regard sur l'exclusion. À propos de la loi du 29 juillet 1998 », **in** *Droit Social.* Paris, mars 1999, pp. 211-214.

339) VIANA, Márcio Túlio. « A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - O direito do trabalho no limiar do século XXI », **in** *Revista Anamatra* n. 37. Brasília, août 1999, pp. 31-50.

340) VINEY, Geneviève. « Responsabilité civile et relations collectives de travail », intervention au colloque *Droit civil et droit du travail*, organisé par la revue Droit Social. Publication *Droit Social.* Paris, mai 1988, pp. 416-425.

341) WAQUET, Philippe. « Contrat de travail et statut collectif », **in** *RJS* 6/94. Paris : Éditions Francis Lefebvre, 1994. - pp. 399-403.

342) -- -- . « Le juge et l'entreprise », **in** *Droit Social.* Paris, mai 1996, pp. 472-477.

343) -- -- . « Le renouveau du contrat de travail », **in** *RJS* 5/99. Paris : Éditions Francis Lefebvre, 1999. - pp. 383-394.

344) WIERINK, Marie. « Pays-Bas. La flexibilité négociée », **in** *Chronique internationale de l'IRES.* Paris, janvier 1998.

345) ZACHERT, Ulrich. « A Change of Paradigm in German Labour Law - An Inspiration for Other Countries ? », **in** *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 15/1, printemps 1999, pp. 21-31.

III – Revues et journaux

1) Droit Social
2) Entreprises & Carrières
3) *Folha de São Paulo*
4) *Jornal do Brasil*
5) Jornal El País
6) *Jornal Estado de Minas*
7) L'express
8) Le Figaro économie
9) Le Monde
10) Le Monde Diplomatique
11) Le Monde syndical, revue de la Confédération Internationale des Syndicats Libres
12) Le nouvel économiste
13) Le Point
14) Liaisons Sociales Magazine
15) Liaisons Sociales Quotidien
16) LTr – Legislação do Trabalho
17) Revista CartaCapital
18) Revista da Anamatra. Editora Forense
19) Revista do Ministério Público do Trabalho – PRT 3ª Região
20) Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região
21) Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
22) *Revista Estado de Minas Economia*
23) Revista Exame
24) Revista Isto É
25) Revista LTr
26) Revista Primeira Leitura
27) Revista Trabalho e doutrina. Editora Savaira
28) Revista Veja
29) Revue internationale du travail. BIT, Genève
30) Revue de l'IRES
31) Revue RJS
32) Revue trimestrielle de droit européen
33) Travail, le magazine de l'OIT.

IV – Codes

1) Code du Travail. Paris : Dalloz, 2003.
2) Code de droit social européen. 4e édition, réalisée par Bernard TEYSSIÉ. Paris : Litec, 2002.
3) Consolidação das Leis do Trabalho. Valentin CARRION. São Paulo: Saraiva, 2001.
4) Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo, LTr, 2003.
5) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 2001.
6) Novo Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002.

V – Thèse et mémoire

1) MALAURIE, Philippe. « Les contrats contraires à l'ordre public », sous la direction de M. le Professeur Paul ESMEIN. Paris, 1951.
2) MORATO, João Marcos Castilho. *Livre negociação e contrato de trabalho: limites à flexibilização trabalhista*. Mémoire présenté à l'Université PUC Minas, Belo Horizonte, 2001

VI – Conférences :

1) « L'évolution des relations professionnelles et du droit du travail dans un monde en changement », par Jean-Claude JAVILLIER. Liège : Faculté de droit de l'Université de Liège et Institut international d'études sociales de l'OIT, 8-12 mars 1993. – 98 p.
2) « Globalização Econômica e o Direito do Trabalho », par José Eduardo FARIA. Curitiba, août 1997.
3) « Travail, droit et lien social », par Alain SUPIOT. Genève : BIT, Institut International d'études sociales, novembre 1999. Site www.ilo.org
4) Conférence du Professeur Gian-Carlo PERONE, de l'Université de Roma-Tor Vergata, au *Tribunal Regional do Trabalho.* Belo Horizonte, octobre 2002.

VII – Films :

1) « The Big One », réalisateur Micheal Moore, USA, 1999.
2) « A.I. Artificial Intelligence », réalisateur Steven Spielberg, USA, 2001.

VIII – Sites Internet :

1) Assedic et Unedic – Association (et Union) pour l'emploi dans l'industrie et le commerce: http://www.assedic.fr
3) *Associação dos Magistrados da 10ª Região*: http://www.solar.com.br/~amatra
4) Avenir des retraites (site d'information) : http://www.retraite.gouv.fr
5) *Central Geral dos Trabalhadores*: http://www.cgt.org.br
6) Confédération européenne des syndicats : http://www.etuc.org/FR
7) Déclaration de Madrid au sein de l'Organisation mondiale du commerce : http://www.madriddeclaration.org
8) Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail : http://www.eurofound.ie
9) Institut de recherches économiques et sociales : http://www.ires-fr.org
10) Institut national de la statistique et des études économiques – France : http://www.insee.fr
11) Le Monde : http://www.lemonde.fr
12) Le Monde diplomatique : http://www.monde-diplomatique.fr
13) Législation brésilienne : http://www.planalto.gov.br
14) Législation française : http://www.legifrance.gouv.fr
15) Liaisons sociales : http://www.liaisons-sociales.presse.fr/
16) Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées : http://www.sante.gouv.fr
17) Observatoire des relations industrielles européennes : http://www.eiro.eurofound.ie
18) Office statistiques des Communautés européennes : http://europa.eu.int/comm/eurostat
19) Organisation de coopération et de développement économique : http://www.ocde.org
20) Organisation internationale du travail : http://www.ilo.org
21) Organisation des Nations unies : http://www.un.org
22) Organisation mondiale de la santé : http://www.who.int
23) Sénat : http//www.senat.fr
24) Union européenne: http://www.europa.eu.int
25) Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região (Minas Gerais, Brésil): http://www.mg.trt.gov.br
26) Tribunal Superior do Trabalho (Brésil): http://www.tst.gov.br

IX - Dictionnaires :

1) Dictionnaire de la langue française. Lexis, Paris : Larousse, 76 000 mots, 1999, 2109 p.
2) Grand Dictionnaire de Pierre LAROUSSE, 17 tomes, 1e édition.

3) Minidicionário Francês-Português, Português-Francês, 6e édition. São Paulo: Ática, 2001, 557 p.
4) Petit Dictionnaire Française. Paris : Larousse, 38 000 mots, 1998, 1014 p.
5) RIPERT, Pierre. *Dictionnaire des synonymes de la langue française.* Paris : Maxi-Livres, 2000, 309 p.
6) Termes Juridiques Lexique, 10e édition. Paris : Dalloz, 1995, 583 p.

INDEX

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Accords dérogatoires : 34, 217, 254-255, 258, 267, 475-476
Accords majoritaires – v. principe majoritaire
Adaptabilité : 97, 235, 237, 413, 432, 436, 446
Automatisation, automation : 117, 125, 127, 129-131, 297
Articulation des sources: 8, 428, 430-431

C

Cadres : 116, 118 et s.
Capitalisme :37, 72-75, 81, 85, 91-92, 102, 107, 150, 310, 463
Charge mentale : 111 et s., 126, 130, 255, 364, 498
Charge de la preuve : 171, 387, 390 et s.
Charte Communautaire des droits sociaux fondamentaux : 197, 216, 338, 348
Charte sociale européenne : 348
Chômage : 181 et s.
Citoyenneté : 223, 269, 288, 293, 415, 484
Clause de dédit-formation : 370-371
Clause sociale : 267
Comité d'entreprise européen (CEE) : 490 et s.
Compétition – v. concurrence
Conception normative des principes : 26, 64
Concurrence : 40, 53, 64, 83, 88-89, 99, 106-107, 133-134, 137, 145, 208, 210, 245, 267, 286, 300, 309, 372, 483, 487, 489, 491-492, 499-500, 512
Constitution
  brésilienne :35, 204, 222, 244, 249, 253, 270, 320, 323, 329, 347, 390, 400, 408, 418, 423, 425, 453, 465
  française : 35, 344, 347, 417, 428, 479
  de l'OIT : 56, 276, 478
Contrat de travail
  à durée déterminée : 145, 147, 153-154, 238, 497
  à temps partiel : 156 et s.
  précaire : 145 et s.
Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et de Libertés fondamentales : 222, 398, 448

D

Déclaration de Philadelphie : 269, 416, 449
Déclaration universelle des Droits de l'Homme : 347
Délégué syndical : 419, 425-426, 479, 467, 521
Délocalisation : 205 et s.
Déréglementation – v. flexibilité
Dérégulation – v. flexibilité
Dialogue social
  intérêt : 409 et s.
  conditions : 423 et s.
  contenu : 433 et s.
Discrimination – v. égalité
Dumping social : 83, 205, 207-208, 261, 267, 309, 499
Droits et avantages acquis : 45, 55 et s.
Droits humains : 64, 76, 86, 271, 286,
Droit naturel : 19, 21-24, 27, 153, 252, 523
Droit privé – v. droit public
Droit positif : 20-24, 28, 33, 36, 153, 249
Droit public : 226 et s.
Dysfonctionnements : 110, 116, 124, 127

E

Égalité : 199 et s., 34-5, 150, 153
Employabilité : 155, 243, 366, 375
Enfants : 203, 312-313, 320 et s.
État de droit : 85, 269, 512
État-providence : 38, 72, 79, 83, 245, 257, 409
Éthique : 27, 103, 233, 261, 309, 407, 427, 514, 516, 523, 525
Exclusion (lutte contre l') – v. insertion sociale

F

Femmes : 203, 312 et s.
Flexibilité : 10, 64-65, 75, 77, 98, 155, 159, 229, 234 et s., 265, 278, 287, 301, 382, 435, 443, 445, 495, 512, 513, 521, 524
Fordisme : 36, 97, 218, 297
Formation professionnelle
  initiale : 362 et s.
  continue : 374 et s.

G

Grève : 32, 35, 127, 156, 217, 253, 257, 360-1, 427, 441, 453, 497, 506, 598, 602, 605, 607, 613-614

H

Handicapés : 302, 312, 322 et s.

Harcèlement
moral :337-338, 397, 498, 591, 593
sexuel : 316, 397, 498, 593

I

Inclusion – v. insertion sociale
Individualisme : 133 et s.
Inflation législative : 249-251
Internet : 96, 106, 463, 468, 619
Insertion sociale : 65, 89, 179-180, 184, 197, 217, 224, 265, 286, 302, 348, 352, 361, 386, 408
Inspection du travail : 196, 213, 222, 321, 329, 335, 404-405, 515
Isolement – 115, 133, 138, 180, 338, 449, 504

J

Juge : 22-23, 30-31, 34, 42, 45, 70, 119, 202-203, 251-252, 266, 308, 361, 387, 394-398, 598
Jus nature – v. droit naturel

L

Légitimité syndicale : 447 et s.
Libéralisme – v. néo-libéralisme
Liberté syndicale : 448 et s.
Lois Aubry : 62, 118, 474, 419
Lois Auroux : 247, 419, 519

M

Mandat syndical : 412, 419, 478-481, 484
Mondialisation : 71, 77, 79, 81, 84-86, 88-89, 91, 97, 101, 107, 140, 175, 197-198, 207, 209-210, 218, 223, 244, 277, 284, 287, 299, 461, 509, 512
Monopole syndical : 469, 472, 480-481, 601-602

N

Néo-économie – v. Internet
Néo-libéralisme : 72, 74, 76-77, 89, 102, 224, 241, 275, 285
Niveau de négociation – v. articulation des sources

O

Ordre public dérogatoire – v. accords dérogatoires

P

Paix sociale : 13, 76, 91, 229, 268, 286, 406, 414, 420, 515, 601
Partenaires sociaux (équilibre des) : 447 et s.
Pauvreté : 175 et s.
Présomption : 170, 246, 281, 392-393, 395, 399, 471, 478, 607
Principe de l'équivalence des contractants : 452
Principe majoritaire : 248, 470 et s.
Position commune : 428-429, 474-475
Post-positivisme : 22
Pouvoir normatif : 399 et s.
Procédure (protection dans la) : 387 et s.
Projet Fillon : 63, 258, 380, 428-429, 431, 471, 475-476
Précarité, précarisation : 89, 91, 146, 155, 235-236, 243, 275, 298, 300, 330, 404, 463, 513

R

Réduction du temps de travail (RTT) : 62-63, 239, 419, 497, 616
Règles supplétives – v. règles impératives
Règles impératives : 227-228, 231-232, 245, 247-248, 260 et s., 405, 412, 429, 510, 520-521
Responsabilité sociale (social responsibility) : 103, 291, 512
Revenu minimum – v. salaire minimum
Rôle de l'État : 38, 72 et s., 139, 213, 229-234, 242 et s., 291, 303, 322, 326, 349, 353, 357, 390, 412, 416

S

Salaire
bas : 188 et s.
minimum : 33, 84, 191 et s., 213, 247, 281, 307-308, 311, 345
Santé : 327 et s.
Secteur informel : 210 et s.
Sécurité sociale : 340 et s.
Solidarité : 84, 93, 139, 158, 189, 224, 244, 325, 343-347, 405, 423, 532, 434, 462-463, 468, 508, 517, 523
Source de droit : 29, 33
Subordination : 17, 43, 68, 84, 116, 119-122, 127, 129, 137, 143, 164-165, 167, 170-171, 246, 253, 262, 264, 281, 318, 389, 394, 558
Stress – v. charge mentale
Syndicats – v. partenaires sociaux

T

Taux de syndicalisation : 458 et s.
Technologie – v. automatisation
Télétravail : 114-115, 166, 441, 443-444, 497-498, 522, 617 et s.
Traité d'Amsterdam : 90, 186, 200, 299, 314, 318, 347, 439, 495
Traité de Rome : 347, 494
Transparence : 124-125, 424, 453, 518, 523

Travail décent : 8, 62, 80, 198, 222, 269-270, 276-277, 286, 294, 303, 348, 404, 511
Travail forcé : 221 et s.
Travailleurs économiquement dépendants (TED) : 119, 162, 164-167, 169-170, 443, 465
Travailleurs indépendants : 128-129, 142, 161 et s., 285, 293, 326, 339, 350, 435, 462, 483, 519

V

Vieillissement de la population : 137, 324, 351, 378, 498

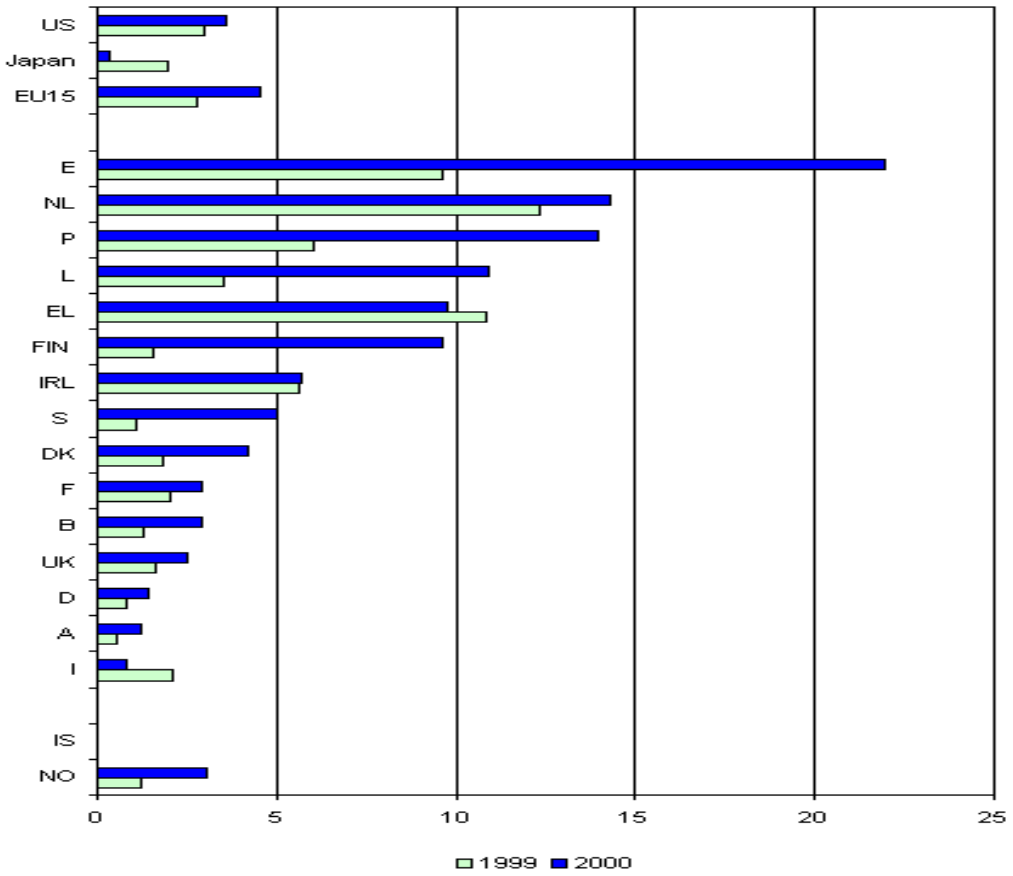
W

Welfare State – v. État-providence

ANNEXES

ANNEXE I

Capitaux levés sur les marchés boursiers (en pourcentage du PNB)
Source : http://europa.eu.int/comm/eurostat



ANNEXE II – Le Chant des Ouvriers, de Pierre DUPONT (1846)

(Apud LAROUSSE, Pierre. *Grand Dictionnaire Universel du XIX^e siècle*. Tome Treizième. Paris. Administration du Grand Dictionnaire Universel, 1975, t. 11, p. 1598. Sur le chant, voilà les paroles du Grand Dictionnaire Universel : « Ce beau chant, plutôt humanitaire que politique, est l'une des plus larges inspirations de P. Dupont ; les plaintes pénétrantes du prolétaire, de l'ouvrier 'artisan de merveilles' et pauvre au milieu des richesses qu'il crée, plaintes lamentables où il rappelle ses privations, ses souffrances et qu'il termine pourtant par un appel à la concorde, 'à la fraternité du monde', ont une mélancolie qui en adoucit l'amertume. L'inspiration musicale est à la hauteur de l'inspiration poétique ») :

Première Strophe

Nous dont la lampe, le matin,
Au clairon du coq se rallume ;
Nous tous, qu'un salaire incertain
Ramène, avant l'aube, à l'enclume ;
Nous qui, des bras, des pieds, des mains,
De tout le corps luttons sans cesse,
Sans abriter nos lendemains contre le froid de la vieillesse :

Aimons-nous, et, quand nous pouvons
Nous unir pour boire à la ronde,
Que le canon se taise ou gronde,
Buvons ! buvons ! buvons !
A l'indépendance du monde !

Deuxième Strophe

Nos bras, sans relâche tendus,
Aux flots jaloux, au sol avare,
Ravissent leurs trésors perdus,
Ce qui nourrit et ce qui pare :
Perles, diamants et métaux,
Fruits de coteaux, grain de la plaine !
Pauvres moutons ! quels bons manteaux
Il se tisse avec notre laine.
Aimons-nous, etc.

Troisième Strophe

Quel fruit tirons-nous des labeurs
Qui courbent nos maigres échines ?
Où vont les flots de nos sueurs ?
Nous ne sommes que des machines.
Nos Babels montent jusqu'au ciel ;
La terre nous doit ses merveilles.
Dès qu'elles ont fini le miel,
Le maître chasse les abeilles !
Aimons-nous, etc.

Quatrième Strophe

Au fils chétif d'un étranger
Nos femmes tendent leurs mamelles ;
Et lui, plus tard, croit déroger
En daignant s'asseoir auprès d'elles.
De nos jours, le droit du seigneur
Pèse sur nous plus despotique ;
Nos filles vendent leur honneur
Au dernier courtaud de boutique !
Aimons-nous, etc.

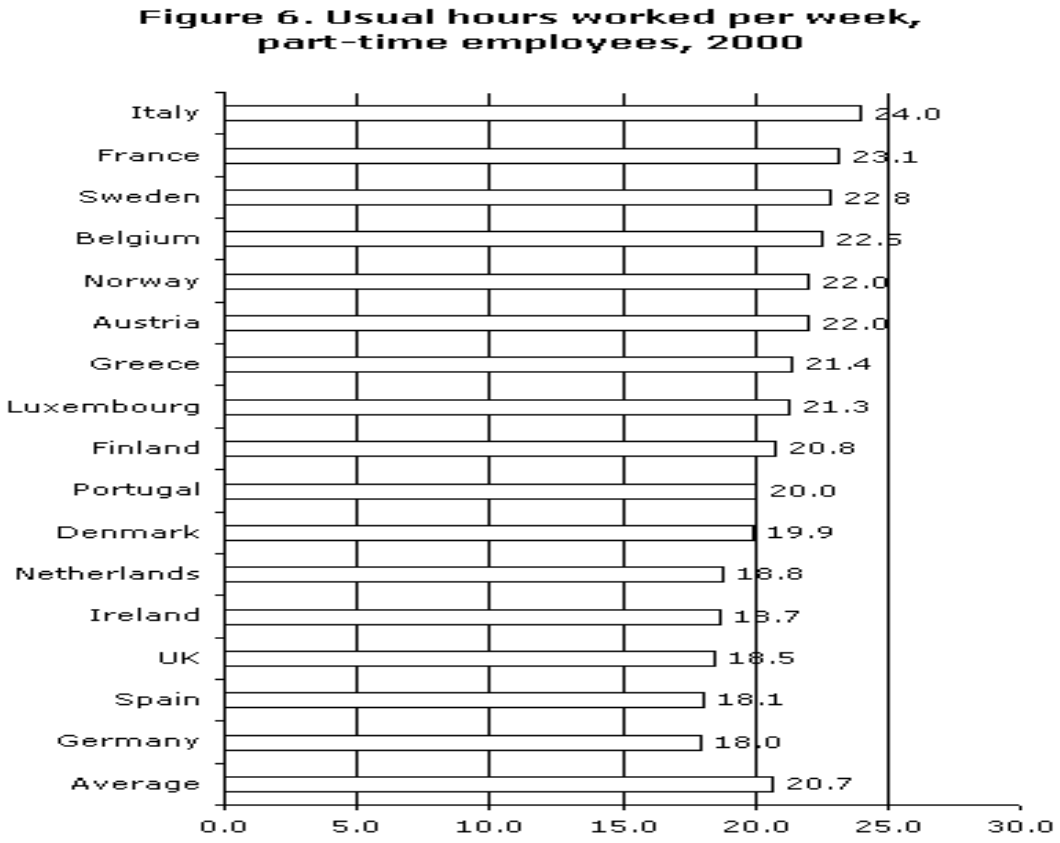
Cinquième Strophe

Mal vêtus, logés dans des trous,
Sous les combles, dans les décombres,
Nous vivons avec les hiboux
Et les larrons amis des ombres !
Cependant, notre sang vermeil
Coule impétueux dans nos veines ;
Nous nous plairions au grand soleil
Et sous les rameaux verts des chênes !
Aimons-nous, etc.

Sixième Strophe

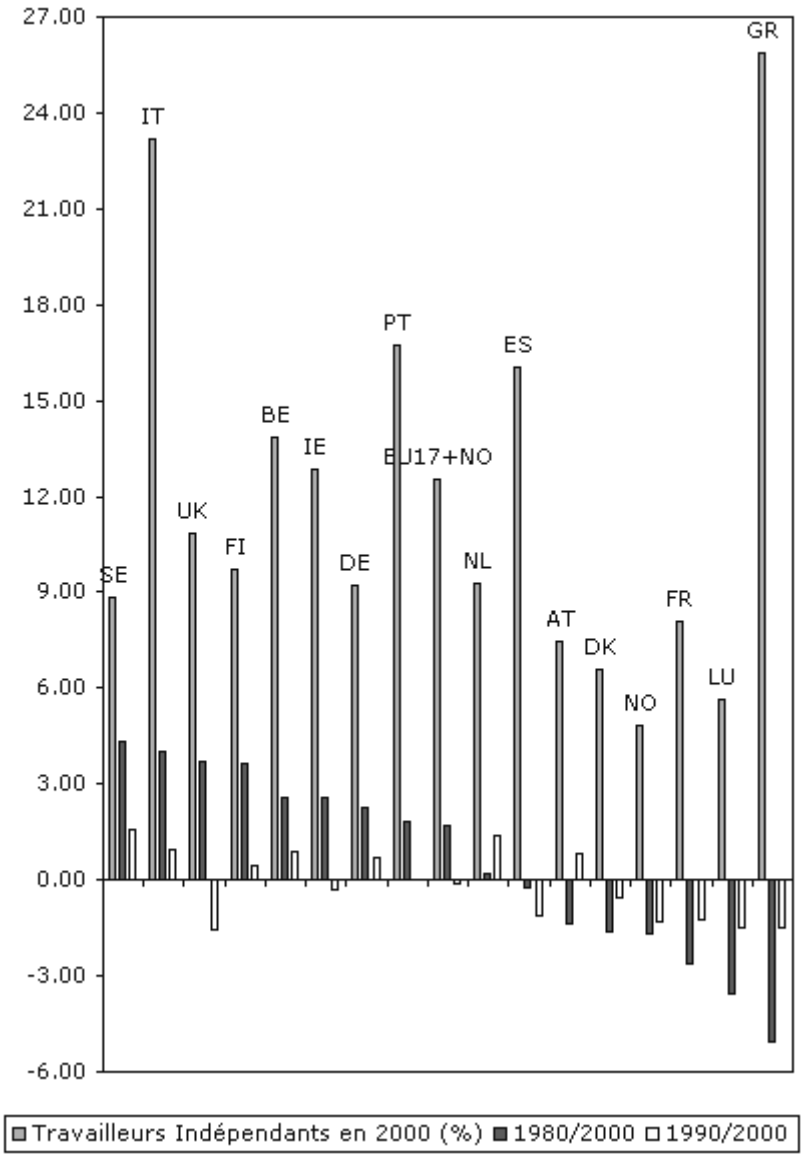
A chaque fois que, par torrent,
Notre sang coule sur le monde,
C'est toujours pour quelque tyran
Que cette rosée est féconde
Ménageons-le dorénavant,
L'amour est plus fort que la guerre.
En attendant qu'un meilleur vent
Souffle du ciel ou de la terre,
Aimons-nous, etc.

ANNEXE III – Temps de travail par semaine pour les salariés à temps partiel
(source: Eurostat labour force survey, *apud* EIRO, « Workind time developments – annual update 2001»).



ANNEXE IV – Le travail indépendant en tant que % de l'emploi civil non agricole en 2000 et modifications entre 1980 et 1990.

(source: calculs EURO sur la base des informations de l'OCDE concernant la population active - emploi civil non agricole).



Remarque : pour le Danemark, les données datant de 1981 ont été utilisées au lieu de celles de 1980; pour l'Autriche, le Luxembourg et les Pays-Bas, les données de 1999 ont été utilisées au lieu de celles de 2000; pour la Belgique, les données de 1998 ont été utilisées au lieu de celles de 2000.

ANNEXE V – Travailleurs à temps partiel involontaire

(Source : « Perspectives », *Revue Internationale du Travail,* volume 136, numéro 1997/4, *http*://www.ilo.org/public/french/support/publ/revue/persp/97-4.htm):

Tableau 4. Travailleurs à temps partiel involontaire (en pourcentage de la population active)[a]

Pays	1983	1993
Allemagne[d]	0,9	1,5
Australie	3,9	6,9
Belgique	2,4	3,8
Canada[b]	3,9	5,5
Danemark[c]	3,4	4,8
Espagne[i]	2	1
Etats-Unis	5,7	5
Finlande	2	2,9
France	–	4,8
Grèce	3,7	3,1
Irlande[e]	2,3	3,3
Italie[f]	2	2,3
Japon[d]	2,1	1,9
Mexique	–	5,2
Nouvelle-Zélande[h]	2,7	6,3
Pays-Bas[g]	5,7	5,6
Portugal[h]	1,8	1,8
Royaume-Uni	1,9	3,2
Suède[i,k]	4,7	6,2

[a] Les données se réfèrent aux personnes âgées de 16 à 64 ans, excepté en Australie, en Finlande, au Japon, au Mexique, en Norvège et en Nouvelle-Zélande où elles se réfèrent aux personnes âgées de 15 ans à 64 ans. Au Canada, les données concernent les personnes âgées de 15 ans et plus. [b] Le travail à temps partiel involontaire inclut uniquement les personnes qui ne trouvent pas d'emploi à temps complet. [c] 1984 et 1993. [d] 1985 et 1993. [e] 1983 et 1992. [f] 1983 et 1991. [g] 1987 et 1991. [h] 1986 et 1993. [i] 1987 et 1993. [j] 1987 et 1992. [k] Seules les personnes travaillant, pour raisons économiques, un quota d'heures inférieur à celui du temps partiel réglementaire sont comptées parmi les travailleurs à temps partiel involontaire.

Sources: OCDE, 1995, tableau 2-18, pp. 78-79.

ANNEXE VI – **Secteurs et types d'activités susceptibles de connaître une forte proportion de travail impliquant une dépendance économique**

(source : « Travailleurs économiquement dépendants : droit du travail et relations industrielles », étude comparative de l'EIRO, mai 2002).

Pays	*Activités*	*Secteurs*
Autriche	Journalistes, chercheurs, chauffeurs de camions, agents TIC.	Médias, transport routier, recherche scientifique, TIC.
Belgique	Cuisiniers, chauffeurs, vendeurs, personnel d'entretien, surveillants et gardes, personnel de secrétariat.	Hôtellerie et restauration, nettoyage et entretien, services de secrétariat.
Danemark	Recherche et développement, gestion et comptabilité, interprétation, emplois dans le domaine du journalisme, vente, emplois à caractère technique (photographie, montage sonore), gestion de projets et services de conseil, emplois dans le domaine de la création (illustration, rédaction de scripts, réalisation de films, etc.) et emplois dans le domaine des TIC.	Médias, publication, enseignement, TIC.
Finlande	Traducteurs, psychologues, orthophonistes, consultants, ouvriers en bâtiment.	Construction, services et métallurgie.
France	Ouvriers en bâtiment, chauffeurs de camions, travailleurs du secteur privé, agents immobiliers.	Construction et travaux publics, transport routier, métallurgie (industrie automobile), services privés (services de messagerie, sécurité, nettoyage, formation et enseignement, hôtellerie et restauration), agences immobilières, vente au détail et commerce, agriculture.
Allemagne	-	Vente au détail, transformation de la viande, transports et services privés tels que soins infirmiers et formations.
Grèce	Travailleurs à domicile.	Confection et maroquinerie, fabrication de bijoux de fantaisie, d'objets en caoutchouc ou en plastic et de jouets.
Italie	Catégories d'emploi : vente en porte-à-porte; formation et enseignement; services de gestion et de comptabilité; marketing, télémarketing et publicité; collaboration à la rédaction de journaux, de magazines, etc.; mode, art, sport et industrie du spectacle; soins de santé; assistance	Vente au détail et commerce, services privés, médias, soins de santé.

	technique.	
Pays-Bas	Artistes, reporters, ouvriers en bâtiment.	Médias, construction, services aux entreprises.
Norvège	Chauffeurs de camions, employés de services de messagerie et ouvriers en bâtiment.	Transport routier, services de messagerie et bâtiment/construction.
Portugal	Agents TIC, ouvriers en bâtiment, chauffeurs de camions, artistes, reporters et travailleurs relevant des catégories d'emploi suivantes: vente en porte-à-porte; formation et enseignement; marketing, télémarketing et publicité; collaboration à la rédaction de journaux, de magazines, etc.; mode, art, sport et divertissement; soins de santé et assistance technique.	TIC, construction et travaux publics, transport routier, services privés (services de messagerie, sécurité, nettoyage, formation et enseignement, hôtellerie et restauration), agences immobilières, vente au détail et commerce.
Espagne	-	Construction, hôtellerie et restauration, transport routier, informatique, services sanitaires et sociaux.
Royaume-Uni	-	Construction, transports et communications, finances, services aux entreprises, distribution, hôtellerie et restauration, médias et divertissement.

ANNEXE VII

(tableau réalisé par l'auteur d'après « Le plein-emploi d'ici à dix ans ? Ce n'est pas gagné », *Liaisons sociales magazine,* janvier 2000, pp. 18-19).

ORDRE	**CATÉGORIES DE PERSONNES EXCLUES DU CALCUL DU TAUX DE CHÔMAGE**	**NOMBRE**
01	immédiatement disponibles à la recherche d'un emploi précaire (temporaire ou à temps partiel)	616.000
02	demandeurs d'emploi en activité réduite	640.000
03	chômeurs de plus de 55 ans dispensés de la recherche d'emploi, parce que leur espoir de retrouver un poste est jugé trop infime	314.000
04	Bénéficiaires de contrats emploi solidarité	346.000
05	embauchés en emplois jeunes	211.000
06	chômeurs en stage d'insertion ou de réinsertion	42.000
07	licenciés économiques en convention de conversion	42.000
08	personnes prises en charge par une association intermédiaire ou une entreprise d'insertion	50.000
09	RMIstes non inscrits à l'ANPE, parce que découragés	450.000
10	sans domicile fixe	200.000

ANNEXE VIII – Taux de chômage (total) hommes et femmes

(Source : http://europa.eu.int/comm/eurostat/Public/datashop/print-product/FR?catalogue=Eurostat&product=1-em071-FR&mode=download)

	1993	*1994*	*1995*	*1996*	*1997*	*1998*	*1999*	*2000*	*2001*	*2002*
US	6.8	6.1	5.6	5.4	4.9	4.5	4.2	4	4.8	5.8
Japon	2.5	2.9	3.1	3.4	3.4	4.1	4.7	4.7	5	5.4
EU15	10.1	10.5	10.1	10.2	10	9.4	8.7	7.8	7.3	7.6
ACC	:	:	:	:	:	:	:	13.6	14.5	14.8
Belgique	8.6	9.8	9.7	9.5	9.2	9.3	8.6	6.9	6.7	7.3
Danemark	9.6	7.7	6.7	6.3	5.2	4.9	4.8	4.4	4.3	4.5
Allemagne	7.7	8.2	8	8.7	9.7	9.1	8.4	7.8	7.7	8.2
Grèce	8.6	8.9	9.2	9.6	9.8	10.9	11.8	11	10.4	10.3
Espagne	18.6	19.8	18.8	18.1	17	15.2	12.8	11.3	10.6	11.4
France	11.3	11.8	11.3	11.9	11.8	11.4	10.7	9.3	8.5	8.7
Irlande	15.6	14.3	12.3	11.7	9.9	7.5	5.6	4.3	3.9	4.4
Italie	10.1	11	11.5	11.5	11.6	11.7	11.3	10.4	9.4	9.1
Luxembourg	2.6	3.2	2.9	2.9	2.7	2.7	2.4	2.3	2	2.4
Pays-Bas	6.2	6.8	6.6	6	4.9	3.8	3.2	2.8	2.4	2.7
Autriche	4	3.8	3.9	4.4	4.4	4.5	3.9	3.7	3.6	4.3
Portugal	5.6	6.9	7.3	7.3	6.8	5.1	4.5	4.1	4.1	5
Finlande	16.3	16.6	15.4	14.6	12.7	11.4	10.2	9.8	9.1	9.1
Suède	9.1	9.4	8.8	9.6	9.9	8.2	6.7	5.6	4.9	4.9
Royaume-Uni	10	9.3	8.5	8	6.9	6.2	5.9	5.4	5	5.1
Bulgarie	:	:	:	:	:	:	:	16.4	19.2	18.1
Chypre	:	:	:	:	:	:	:	5.2	4.4	3.8
République tchèque	:	:	:	:	:	6.5	8.8	8.8	8.2	7.3
Estonie	:	:	:	:	9.6	9.2	11.3	12.5	11.8	9.1
Hongrie	:	:	:	9.6	9	8.4	6.9	6.3	5.6	5.6
Lituanie	:	:	:	:	:	11.8	11.2	15.7	16.1	13.1
Lettonie	:	:	:	:	:	14.3	14	13.7	12.8	12.8
Malte	:	:	:	:	:	:	:	7	6.7	7.4
Pologne	:	:	:	:	10.9	10.2	13.4	16.4	18.5	19.9
Roumanie	:	:	:	:	5.3	5.4	6.2	6.8	6.6	7
Slovénie	:	:	:	6.9	6.9	7.4	7.2	6.6	5.8	6
République slovaque	:	:	:	:	:	:	16.7	18.7	19.4	18.6
Turquie	:	:	:	:	:	:	:	6.6	8.5	10.4
Islande	:	:	:	:	:	:	:	:	:	:
Norvège	6.0 b	5.4 b	4.9 b	4.8	4	3.2	3.2	3.4	3.6	3.9

Chômage (nombre absolu de chômeurs)

(source : POCHMAN, Márcio. *Globalização e Desemprego : Breve Balanço da Inserção Brasileira.*[950]et *Jornal do Brasil*, le 29 mai 2002)

	1980	*1990*	*2000*
1er	Inde	Inde	Inde = 41,3 millions
2e	USA	USA	Brésil = 11,5 millions
3e	Chine	Chine	Russie = 7,4 millions
4e	Italie	Italie	Chine = 5,9 millions
5e	Royaume-Uni	France	Indonésie = 5,9 millions
6e	Espagne	Brésil (2,3 millions)	USA = 5,7 millions
7e	France	Espagne	Allemagne = 3,7 millions
8e	Japon	Philippines	Japon = 3,2 millions
9e	Brésil (964 200)		

[950] *Apud Journal Estado de Minas*, le 29 mai 2002, p. 12.

ANNEXE IX – Incidence des bas salaires dans la Communauté européenne et en Norvège (statistiques nationales)

(sources: EIRO and Eurostat - Statistics in focus, Population and social conditions No.11/2000).

Pays (année)	*% de salariés à bas revenus*	*Définition*	*Autre*	*Statistique d'Eurostat* (2000)*
Autriche (1993)	13,2%	Au-dessous de 2/3 du revenu moyen des salariés à temps plein	Le nombre indiqué ne concerne que les salariés à temps plein. Le niveau le plus élevé (19,5%) touche les personnes de moins de 25 ans.	16%
Belgique	-	-	-	9%
Danemark	-	-	-	7%
France (2001)	16,6%	Tous les salariés percevant moins de 2/3 du revenu mensuel moyen	79% de tous ces salariés sont femmes. Les niveaux les plus élevés touchent les salariés à temps partiel et ceux âgés de 16-20 ans.	13%
(2001)	9,4%	Revenus très bas, ie., percevant moins de la moitié du revenu mensuel moyen	80% de tous ces salariés sont femmes. Les niveaux les plus élevés touchent les salariés à temps partiel et ceux âgés de 16-20 ans.	
Allemagne de l'Ouest (1997)	35,5%	Au-dessous de 75% du revenu moyen d'un salarié à temps complet	Le nombre indiqué ne concerne que les salariés à temps plein.	17% (toute l'Allemagne)
(1997)	11,5%	Au-dessous de 50% du revenu moyen d'un salarié à temps complet	Le nombre indiqué ne concerne que les salariés à temps plein	
Allemagne de l'Est (1997)	35,6%	Au-dessous de 75% du revenu moyen d'un salarié à temps complet	Le nombre indiqué ne concerne que les salariés à temps plein	
(1997)	9,5%	Au-dessous de 50% du revenu moyen d'un salarié à temps complet	Le nombre indiqué ne concerne que les salariés à temps plein	
Grèce (1995)	16,1%	Revenu au-dessous de 2/3 du revenu mensuel moyen	-	17%
Irlande (1997)	22%	Revenu au-dessous de 2/3 du revenu mensuel moyen	-	18%
(1997)	11%	Revenus très bas, ie., percevant moins de la moitié du revenu mensuel moyen	-	
Italie (1998)	18,3%	Au-dessous de 2/3 du revenu moyen des salariés à temps plein	Le nombre concerne tous les salariés. Le niveau le plus élevé touche les personnes de moins de 30 ans.	10%
Luxembourg	-	-	-	16%
Pays-Bas	-	-	-	16%
Norvège (1999)	22%	Au-dessous de 85% du revenu moyen des cadres dans la manufacture	-	-
Portugal (1998)	11,6%	Au-dessous de 2/3 du revenu moyen des salariés à temps plein	-	6%
Espagne (date inconnue)	22%	Au-dessous de 75% du revenu moyen	-	13%
Grande-	1,3%	Revenu inférieur au salaire minimum	-	21%

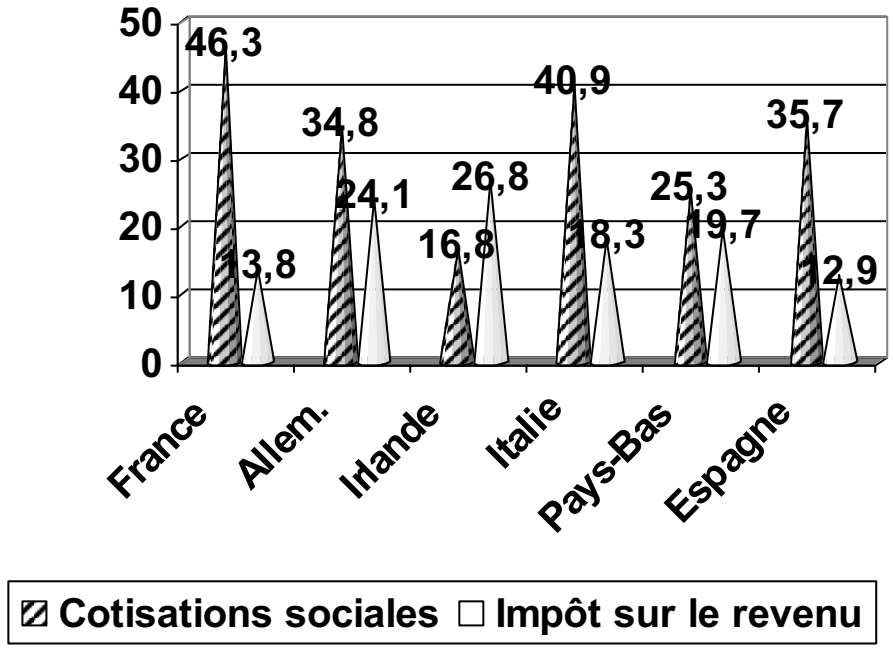
Bretagne		
(2001)	17,3%	Au-dessous de la moitié du revenu - moyen d'un salarié masculin (*Low Pay Commission definition*)
(2001)	27,6%	Au-dessous de la moitié du revenu - moyen d'un salarié masculin (*Low Pay Unit definition*)

* Revenu inférieur à 60% de la moyenne salariale nationale.

ANNEXE X

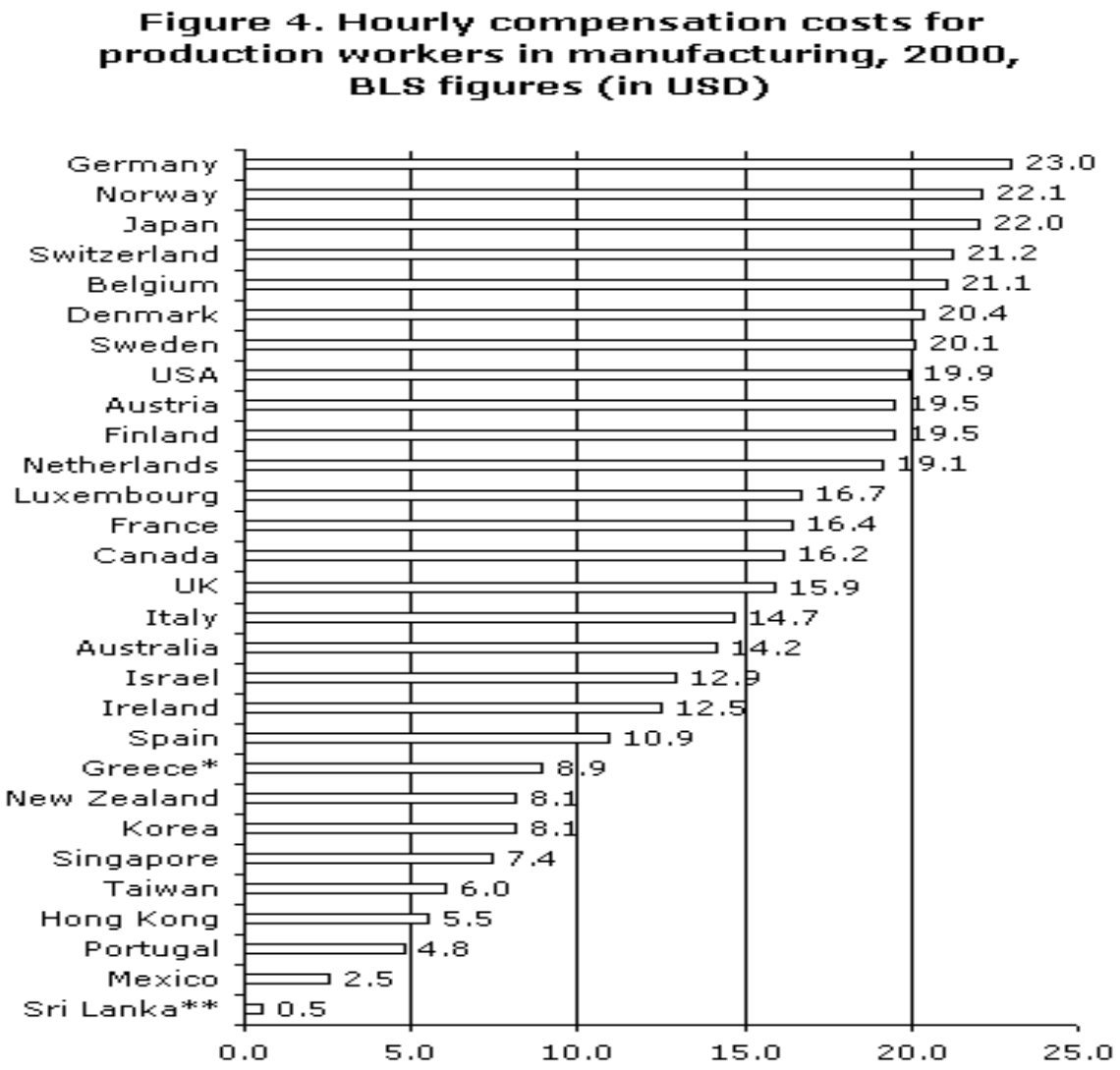
Taux de cotisations sociales (patronales et salariales) et impôt sur le revenu (en % du coût salarial)

(source : OCDE, 2000, *apud Liaisons sociales Magazine,* mai 2002, p. 14, graphique de l'auteur).



ANNEXE XI - Coût horaire du travail dans la manufacture en 2000 dans divers pays au monde (en dollar américain) :

(source: US Bureau of Labor Statistics (BLS), *apud EIRO – "Labour costs – annual updates 2001").*



ANNEXE XII – Principaux déterminants de la fixation des salaires dans les États membres de l'UE (Source : Mermet, 2001, *Wage Formation in Europe*, *apud* Rapport annuel sur la coordination des négociations collectives en Europe. Comité exécutif de la CES, décembre 2001*)*

Pays	*Croissance économique*	*Inflation*	*Productivité*	*Autres déterminants*
Autriche	Facteur utilisé	Facteur utilisé	Facteur utilisé	
Belgique	Facteur utilisé	Facteur déterminant	Engagement (Initiative Doorn)	Comparaisons internationales imposées par l'État
Danemark	Facteur utilisé	Facteur utilisé	Facteur utilisé	
Finlande	--	Facteur déterminant	Facteur déterminant	
France	Facteur utilisé	Facteur déterminant	--	Augmentations du SMIC Profits des entreprises
Allemagne	--	Facteur déterminant	Facteur déterminant	Composante de la redistribution
Grèce		Facteur déterminant	Facteur utilisé	Comparaison avec la moyenne européenne
Irlande	Facteur déterminant	Facteur utilisé	Facteur utilisé	Promotion de l'emploi Allégements fiscaux et modération salariale
Italie	--	Facteur déterminant (niveau sectoriel)	Facteur déterminant (niveau de l'entreprise)	
Luxembourg	--	Facteur déterminant Indexation		
Pays-Bas	--	Facteur déterminant Prix à la production	Facteur déterminant	Évaluation des effets externes
Norvège	Facteur utilisé	--	--	Comparaisons internationales, approche compétitive
Portugal	Facteur déterminant	Facteur déterminant	Facteur déterminant	Comparaison avec la moyenne européenne
Espagne	Facteur utilisé	Facteur utilisé	Facteur utilisé	
Suède	--	Facteur déterminant	--	Moyenne UE ciblée et taux d'inflation réels
Royaume-Uni	--	Facteur déterminant	--	

-- : non précisé dans les réponses fournies au questionnaire
Facteur utilisé : facteur cité parmi d'autres, mais pas en tant que facteur déterminant
Facteur déterminant : facteur identifié comme prépondérant dans la fixation des salaires, soit sur le plan interne, soit à l'issue des négociations

ANNEXE XIII – Initiatives sur les bas salaires et le salaire minimum

(Initiatives : réponses des confédérations nationales. Source : Rapport annuel sur la coordination des négociations collectives en Europe. Comité exécutif de la CES, décembre 2001).

Pays	Existence	Niveau en euro	% des travailleurs	% du revenu moyen	Initiatives 2000/2001
AU	✗				1000 EUR minimum pour la restauration, les services d'entretien et le commerce
BE	✓ négo.	1148	N/A	39%	Augmentation de 4-5% via des allégements fiscaux en 2001
DE	✗				Discussions sur l'introduction d'un salaire minimum
DK	✗				
EL	✓ négo.	458	N/A	41%	
ES	✓ jurid.	506	2,6%	34%	2,0 % en 2000 & 2001 (sans prendre l'inflation en compte)
FIN	✗				Pas de réponse
FR	✓ jurid.	1083	12,8%	49%	+2,2% moyenne annuelle
IRL	✓ jurid.	983	N/A	N/A	Introduction en avril 2000 +6,8% en juillet 2001
IT	✗				
LU	✓ jurid.	1259	17%	42%	01/07/2000 : +2,5% 01/01/2001 : +3,3% 01/04/2001 : +2,5%
NL	✓ jurid.	1154	2,2%	44%	2000 : +3,3 2001 : +4,2
PT	✓ jurid.	390	7,5%	57%	2000 : +4,1% 2001 : +5,0% soit 67000 PTE = 334,2 EUR
SV	✗				
GB	✓ jurid.	1062	6,9%	37%	01/10/2001 : £4,10 (augmentation de 10,8%) taux jeunes £3,50 (augmentation de 9,4%) Plaintes syndicales en justice pour l'application du salaire minimum
Norvège	✗				

- ✓ : existence d'un salaire minimum officiel, soit par le biais de négociations (négo.) ou d'actions juridiques (jurid.)
- % des travailleurs et du revenu moyen (Eurostat) 2000
- Initiatives : réponses des confédérations nationales
- N/A : non disponible

ANNEXE XIV – Initiatives portant sur l'égalité de rémunération hommes-femmes

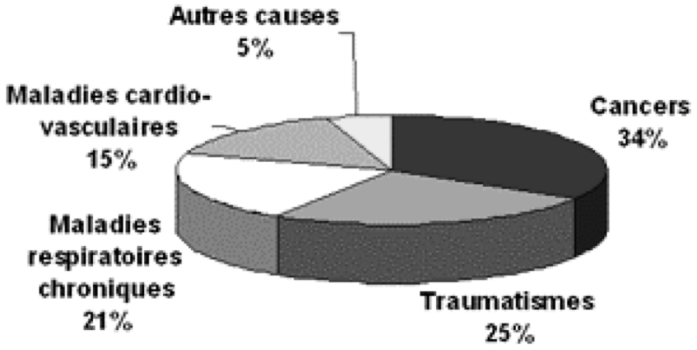
(Initiatives : réponses des confédérations nationales. Source : Rapport annuel sur la coordination des négociations collectives en Europe. Comité exécutif de la CES, décembre 2001).

Pays	Initiatives portant sur l'égalité de rémunération/les bas salaires
AU	Efforts permanents Pas d'exemples précis
BE	La Convention interprofessionnelle prévoit de nouvelles classifications d'emploi, les secteurs les mettent actuellement en application
DE	Gouvernement : rapport sur la distribution des revenus Syndicats : réflexions sur l'introduction d'un salaire minimum
DK	Pas d'initiatives
EL	Pas de réponse
ES	Demande d'un salaire minimum négocié de 601 EUR nets par mois, soit 60% du salaire moyen, au lieu du salaire minimum légal de 40%
FIN	Pas de réponse
FR	2000 conventions de branche réduisent les différences salariales entre les plus hauts et les plus bas salaires Initiatives prises en compte dans les négociations au niveau de l'entreprise
IRL	Légers avantages pour le salaire minimum dans les conventions Révision tripartite des différentiels salariaux hommes-femmes avec des recommandations en 2001
IT	Pas de réponse
LU	Pas de réponse
NL	Accord central pour diminuer la différence de rémunération hommes-femmes
PT	Congé de paternité dans le secteur public Clauses spécifiques pour l'égalité salariale (pour un travail et des qualifications similaires) dans les conventions d'entreprise Prime de 2200 PTE pour les travailleurs gagnant le salaire minimum dans certains secteurs
SV	Initiative : « maintenant, au tour des femmes » pour la revalorisation des salaires féminins, inclus dans le paquet général sur les salaires Secteur public : objectif d'augmenter les bas salaires et de combler l'écart avec les salaires du secteur privé pour 2005
GB	Extension du congé maternité de 14 à 26 semaines en 2003 avec augmentation du taux de paiement légal et introduction du congé paternité de deux semaines Campagne pour promouvoir les audits salariaux avec le soutien d'un Projet Pilote Egalité salariale pour former 500 représentants syndicaux sur le sujet
Norvège	Augmentation salariale centrale par montants fixes Rémunération supplémentaire pour les salaires inférieurs à un certain pourcentage de la moyenne

ANNEXE XV

Estimation de la mortalité mondiale liée au travail

1,1 million de décès annuels (sur la base de données de 1990-1995)

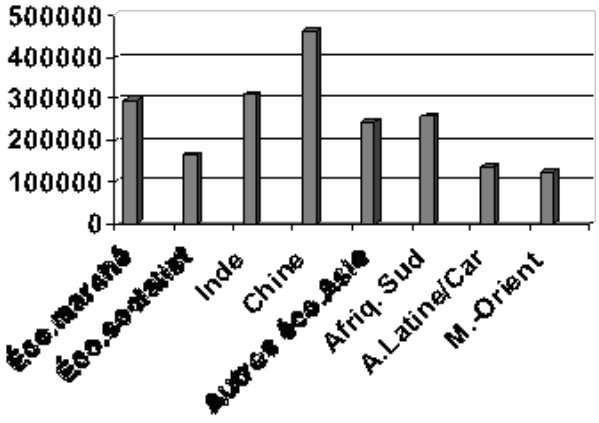


Parmi les autres maladies, on peut mentionner les pneumoconioses, les troubles du système nerveux et les troubles rénaux.

Source: BIT, 1999

Estimation de la mortalité mondiale liée au travail (2002) :

(source: *Global Estimates of Fatalities Caused by Work Related Diseases and Occupational Accidents, 2002*, site http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/accidis/globest_2002/dis_world.htm).



ANNEXE XVI – Article L. 230-2 du Code du travail français

« I. - Le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. Il veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

Sans préjudice des autres dispositions du présent code, lorsque dans un même lieu de travail les travailleurs de plusieurs entreprises sont présents, les employeurs doivent coopérer à la mise en oeuvre des dispositions relatives à la sécurité, à l'hygiène et à la santé selon des conditions et des modalités définies par décret en Conseil d'État.

II. - Le chef d'établissement met en oeuvre les mesures prévues au I ci-dessus sur la base des principes généraux de prévention suivants :

a) Éviter les risques ;
b) Évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;
c) Combattre les risques à la source ;
d) Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;
e) Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;
f) Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;
g) Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment en ce qui concerne les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L. 122-49 ;
h) Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;
i) Donner les instructions appropriées aux travailleurs.

III. - Sans préjudice des autres dispositions du présent code, le chef d'établissement doit, compte tenu de la nature des activités de l'établissement :

a) Évaluer les risques pour la sécurité et la santé des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail ; à la suite de cette évaluation et en tant que de besoin, les actions de prévention ainsi que les méthodes de travail et de production mises en oeuvre par l'employeur doivent garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et être intégrées dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement ;
b) Lorsqu'il confie des tâches à un travailleur, prendre en considération les capacités de l'intéressé à mettre en oeuvre les précautions nécessaires pour la sécurité et la santé ;
c) Consulter les travailleurs ou leurs représentants sur le projet d'introduction et l'introduction de nouvelles technologies mentionnées à l'article L. 432-2, en ce qui concerne leurs conséquences sur la sécurité et la santé des travailleurs. »

ANNEXE XVII

Article 13 de la Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989
Concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail

Section III – Obligations des travailleurs

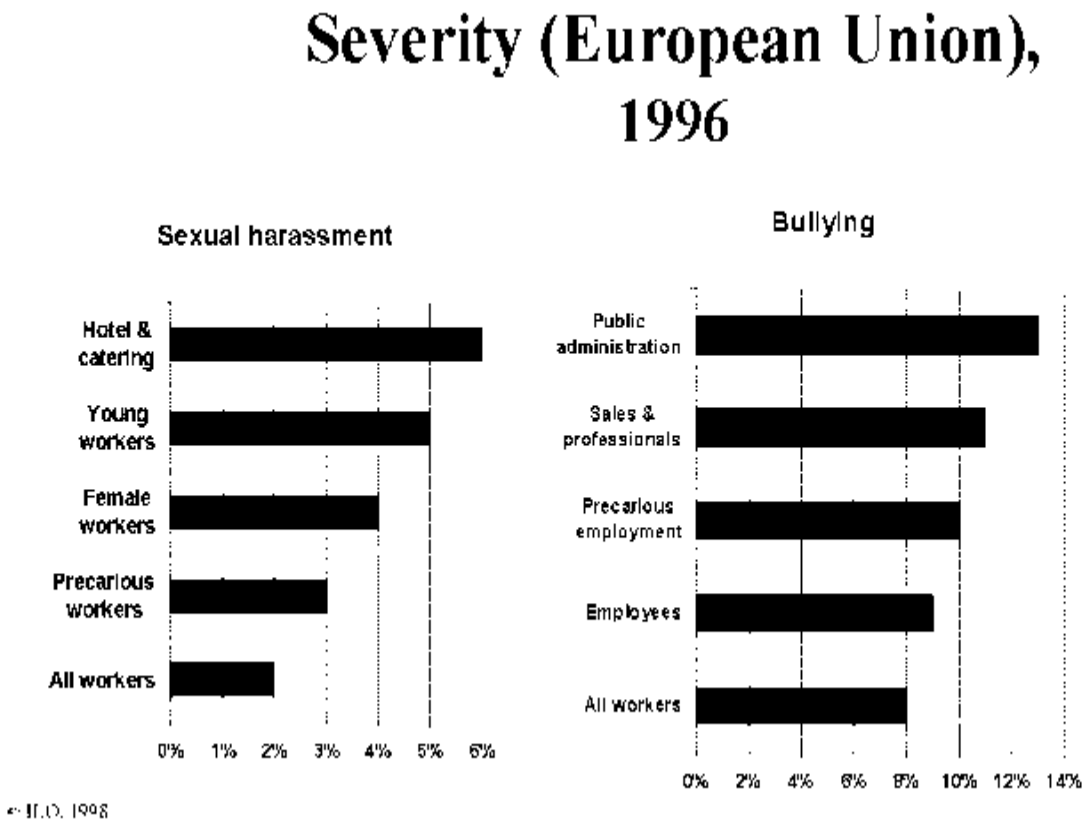
« Article 13. - 1. Il incombe à chaque travailleur de prendre soin, selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail, conformément à sa formation et aux instructions de son employeur.
2. Afin de réaliser ces objectifs, les travailleurs doivent en particulier, conformément à leur formation et aux instructions de leur employeur:

a) utiliser correctement les machines, appareils, outils, substances dangereuses, équipements de transport et autres moyens;
b) utiliser correctement l'équipement de protection individuelle mis à leur disposition et, après utilisation, le ranger à sa place;
c) ne pas mettre hors service, changer ou déplacer arbitrairement les dispositifs de sécurité propres notamment aux machines, appareils, outils, installations et bâtiments, et utiliser de tels dispositifs de sécurité correctement;
d) signaler immédiatement, à l'employeur et/ou aux travailleurs ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, toute situation de travail dont ils ont un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et immédiat pour la sécurité et la santé ainsi que toute défectuosité constatée dans les systèmes de protection;
e) concourir, conformément aux pratiques nationales, avec l'employeur et/ou les travailleurs ayant une onction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, aussi longtemps que nécessaire, pour permettre l'accomplissement de toutes les tâches ou exigences imposées par l'autorité compétente afin de protéger la sécurité et la santé des travailleurs au travail;
f) concourir, conformément aux pratiques nationales, avec l'employeur et/ou les travailleurs ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, aussi longtemps que nécessaire, pour permettre à l'employeur d'assurer que le milieu et les conditions de travail sont sûrs et sans risques pour la sécurité et la santé à l'intérieur de leur champ d'activité. »

ANNEXE XVIII

Tableau comparatif entre le harcèlement sexuel et le harcèlement moral (bullying), en différentes professions (restauration, administration, etc.) et en diverses catégories de travailleurs (jeunes, hommes, femmes, travailleurs sous contrats précaires).
Source : OIT, 1998

Le pourcentage du harcèlement sexuel se borne à 6%, tandis que celui du harcèlement moral va au-delà des 12%.



ANNEXE XIX

Dépenses en Ressources Humaines

Dépenses publiques d'éducation - innovation et recherche

Dépenses publiques totales consacrées à l'éducation en pourcentage du PNB.

(source: http://europa.eu.int/comm/eurostat, mise à jour le 17 mai 2002)

	1992	*1993*	*1994*	*1995*	*1996*	*1997*	*1998*	*1999*	*2000*	*2001*
Belgique	:	:	:	5.0	5.0	4.9	5.2	5.5	:	
Danemark	:	:	:	7.7	8.1	7.9	8.2	8.0	:	:
Allemagne	:	:	:	4.7	4.8	4.7	4.7	4.7	:	:
Grèce	:	2.7	3	2.9	3.1	3.4	3.5	3.7	3.5	3.5
Espagne	4.8	4.9	4.7	4.7	4.7	4.5	4.5	4.5	4.5	4.4
Finlande	5.6	5.9	5.9	6.0	5.9	6.0	5.9	5.9	5.8	5.7
Irlande	5.6	5.9	5.9	5.5	5.3	5.2	4.9	4.6	4.5	:
Italie	5.4	5.4	5	4.9	4.9	4.6	4.6	4.5	4.6	4.5
Luxembourg	:	:	:	4.3	4	4.1	:	:	:	:
Pays-Bas	5.4	5.2	5.1	5	5	4.8	4.9	4.8	4.9	4.9
Autriche	:	:	:	6.5	6.4	6.3	6.3	6.3	:	:
Portugal	:	:	:	5.4	5.5	5.6	5.6	5.7	:	:
Finlande	7.3	6.9	6.7	6.9	7	6.5	6.2	6.2	6.0	:
Suède	:	7.6	7.5	7.5	7.6	7.9	8	7.7	8.4	8.3
Grande-Bretagne	5.2	5.2	5.2	5.0	4.8	4.7	4.6	4.6	4.9	:
USA	4.9	4.9	4.6	4.9	:	5.2	5	:	:	:
Japon	3.4	3.5	3.7	3.5	:	3.5	3.5	:	:	:
EU15	:	5.5	5.3	5.2	5.2	5.1	5.0	5.0	5.1	:
Islande	:	:	:	4.9	5.3	5.4	5.9	:	:	:
Norvège	8	8	7.8	7.5	7	7.7	7.7	7.4	6.6	:

ANNEXE XX

Jeunes ayant quitté prématurément l'école et ne poursuivant ni études ni formation

(source: http://europa.eu.int/comm/eurostat, mise à jour le 17 mai 2002)

	1992	*1993*	*1994*	*1995*	*1996*	*1997*	*1998*	*1999*	*2000*	*2001*
Belgique	18.1	17.4	16.1	15.1	12.9	12.7	14.5	15.2	12.5	13.6
Danemark	15.2	8.5	8.6	6.1	12.1	10.7	9.8	11.5	11.6	16.8
Allemagne	:	:	:	:	13.3	12.9	:	14.9	14.9	12.5
Grèce	25.2	25	23.2	22.4	20.7	19.9	19.8	17.8	17.1	16.5
Espagne	40.2	37.5	35.9	33.3	30.9	29.8	29.2	28.9	28.1	28.3
France	:	17.3	16.5	15.5	15.3	14.2	14.9	14.7	13.3	13.5
Irlande	27.1	24	22.9	21.4	18.9	18.9	:	:	:	:
Italie	37.7	36.9	35.1	32.4	31.3	29.9	28.4	27.2	25.3	26.4
Luxembourg	42.2	36.8	34.4	33.4	35.3	30.7	:	19.1	16.8	18.1
Pays-Bas	:	:	:	:	17.6	16	15.5	16.2	15.5	15.3
Autriche	:	:	:	13.6	12.1	10.8	:	10.7	10.2	10.2
Portugal	50	46.7	44.3	41.4	40.1	40.6	46.8	45.5	43.1	45.2
Finlande	:	:	:	:	11.1	8.1	7.9	9.9	8.9	10.3
Suède	:	:	:	:	7.5	6.8	:	6.9	7.7	7.7
EU15	:	:	:	:	21.6	20.7	:	20.6	19.6	19.3
Islande	:	:	:	:	:	:	:	29.8	28.6	30
Norvège	:	:	:	:	10.9	:	:	:	13.3	9.2

ANNEXE XXI

Initiatives portant sur la formation et l'apprentissage tout au long de la vie

(Initiatives : réponses des confédérations nationales. Source : Rapport annuel sur la coordination des négociations collectives en Europe. Comité exécutif de la CES, décembre 2001)

Pays	Initiatives
AU	Conventions collectives sur le congé payé (jusqu'à une semaine) de formation complémentaire (électricité, pétrole, télécommunications, industries du papier) Formation pour les travailleurs du secteur de la construction durant les mois d'hiver Recommandation sur la mise en œuvre du droit légal au congé de formation au niveau de l'entreprise
BE	Efforts supplémentaires de 0,1% par an, et 0,10 supplémentaires pour les groupes en difficulté Cible d'atteindre la moyenne des trois pays voisins (FR, DE, NL) Bonnes pratiques : crédits de formation, primes accrues pour les personnes formées…
DE	2001 Formation complémentaire dans l'industrie métallurgique du sud-ouest de l'Allemagne
DK	Efforts supplémentaires de 0,1% en 2000 (politique syndicale : coût assumé par les employeurs, pas de conventions collectives dans le secteur public) Convention sur le congé de formation (1993 & 99) pour le paiement complémentaire allant jusqu'au salaire ordinaire pour les employés du secteur public Convention sur le développement systématique des compétences (1999) en tant qu'obligation d'instaurer des cibles stratégique d'épanouissement personnel et professionnel (employés du secteur public ?)
EL	Pas de réponse
ES	Troisième accord avec les entreprises et le gouvernement sur la formation continue, mis en place avec des plans d'entreprises
FIN	Pas de réponse
FR	113 conventions de branche à ce sujet, plus conventions d'entreprise
IRL	Convention cadre sur la formation dans le Partenariat tripartite (PPF)
IT	Pas de réponse
LU	2000 : conventions dans la construction d'immeubles et d'hôpitaux 2001 : convention dans les garages
NL	Pas de réponse
PT	Intérêt accru pour la formation, certaines conventions d'entreprise lient productivité et formation, création de comités consultatifs bipartites pour la formation…
SV	Pas de réponse Réponse du secteur public : négociations en cours sur la convention relative à la formation tout au long de la vie
GB	Mise en place d'un Fonds d'apprentissage Syndical (financement gouvernemental et projet de Service d'Apprentissage TUC (financé par ADAPT, le TUC, des syndicats individuels et d'autres partenaires). Ils fournissent un cadre pour le développement d'initiatives syndicales en formation de base, apprentissage en ligne, formation de représentants et l'Université pour l'Industrie.
Norvège	Réforme tripartite en cours, envisageant des bourses, le droit à des congés spéciaux…

ANNEXE XXII

Formation permanente
La participation des adultes entre 25-64 ans à une formation permanente

(source : http://europa.eu.int/comm/eurostat)

	1992	*1993*	*1994*	*1995*	*1996*	*1997*	*1998*	*1999*	*2000*	*2001*
Belgique	2.3	2.7	2.7	2.8	2.9	3	4.4	6.9	6.8	7.3
Danemark	16.2	15.6	15.1	16.8	18	18.9	19.8	19.8	20.8	17.8
Allemagne	:	:	:	:	5.7	5.4	5.3	5.5	5.2	5.2
Grèce	1.2	1.1	1	0.9	0.9	0.9	1	1.2	1.1	1.4
Espagne	3.3	3.3	3.7	4.1	4.2	4.2	4.1	4.9	4.9	4.7
France	2.9	3	2.9	2.9	2.7	2.9	2.7	2.6	2.8	2.7
Irlande	3.4	3.5	3.9	4.3	4.8	5.2	:	:	:	:
Italie	2.9	3.4	3.7	4	4.4	4.9	4.8	5.5	5.5	5.1
Luxembourg	2.9	2.6	3.3	2.9	2.9	2.8	5.1	5.3	4.8	5.3
Pays-Bas	15.1	14.3	13.6	13.1	12.5	12.6	12.9	13.6	15.6	16.3
Autriche	:	:	:	7.7	7.9	7.8	:	:	:	:
Portugal	3.6	3.2	3.5	3.3	3.4	3.5	3.0	3.2	3.3	3.3
Finlande	:	:	:	:	16.3	15.8	16.1	17.6	19.6	19.3
Suède	:	:	:	:	26.5	25	:	25.8	21.6	21.6
Grande-Bretagne	12.5	10.8	11.5	:	:	:	:	19.2	21	21.7
EU15	:	:	:	:	5.7	5.8	:	8.2	8.4	8.4
Islande	:	:	:	14.1	15.7	16.5	19.3	20.2	23.5	23.5
Norvège	:	:	:	:	16.5	16.4	:	:	13.3	14.2

ANNEXE XXIII – Le déroulement de la procédure collective brésilienne
(texte de l'auteur)

a) La requête - les conditions

En principe, les parties légitimes à l'engagement d'une procédure collective sont les organisations syndicales, priorité étant donnée d'abord aux syndicats, ensuite aux fédérations en cas d'inexistence de ces derniers. Cependant, l'employeur pourra aussi l'intenter, en l'absence d'organisation syndicale ou lorsque les intérêts visés sont limités à l'entreprise. En cas de grève et à défaut d'action des parties, le Parquet peut aussi saisir le Tribunal pour menace à l'ordre juridique ou à l'intérêt public.

Quelques conditions doivent cependant être remplies pour le dépôt de la requête. Le TST avait uniformisé la procédure et les exigences légales, à travers une « instruction normative » publiée en 1993 et abrogée le 20 mars 2003. Cette disparition, qui ouvre la possibilité aux tribunaux d'assouplir et de simplifier la procédure collective, est due à l'excessive rigueur de cet acte, qui débouchait souvent sur des fins de non-recevoir, contribuant, selon le Président du TST, à la diminution du pouvoir d'achat des salariés brésiliens, souvent partie demanderesse.[951] Désormais, les tribunaux seront libres d'interpréter les articles concernés de la CLT. De plus, la saisine doit être approuvée par l'assemblée générale du syndicat, selon l'article 859 da CLT qui stipule le *quorum* minimum. Cette exigence est confirmée par la jurisprudence réitérée du TST, qui a même énoncé un « Enunciado » à cet égard (numéro 177).

La compétence d'appréciation d'une procédure collective relève du TST en premier ressort pour les litiges dépassant la sphère de juridiction des tribunaux régionaux (les TRT) et des TRT en premier ressort pour les litiges relevant du ressort territorial, les juges du 1er degré n'étant pas compétents pour juger les procédures collectives. Il convient de souligner par ailleurs que l'appel de la décision prononcée reste disponible, même au sein du TST.

b) La phase de conciliation

Une fois la requête déposée, le Président du Tribunal compétent désigne une séance de conciliation, à laquelle les parties doivent comparaître munies d'une proposition de conciliation. Si la conciliation aboutit, un procès-verbal est établi pour constater la teneur de l'accord intervenu.

Si, au contraire, aucune des propositions des parties n'est acceptée, le Président de la séance, qui est normalement le Président du Tribunal ou un autre juge désigné par celui-ci, présente une suggestion de solution. Si de nouveau celle-ci n'est pas acceptée, l'affaire est d'abord instruite pour réunir les éléments d'informations utiles à la décision, et ensuite portée devant le bureau de jugement.

c) La phase de jugement

Un conseiller rapporteur est nommé pour examiner l'affaire dans un maximum de 10 jours, après quoi un conseiller réviseur émettra son avis dans un délai de 5 jours. Ensuite, l'affaire sera portée devant le Tribunal réuni en assemblée plénière. L'appréciation du litige est faite clause par clause. En cas de grève, des mesures peuvent être prises pour assurer la sauvegarde des besoins urgents de la population, le Tribunal statuant sur la légalité de la grève. Après la décision, le conseiller rapporteur rédigera l'arrêt dans un délai de 10 jours.

---

[951] Source : http://www.tst.gov.br/noticias. La requête devait, p. ex., contenir la qualification des parties, la présentation détaillée de toutes les clauses revendiquées et leurs fondements correspondants, mais surtout être accompagnée de la preuve de la tentative de conciliation et des négociations réalisées, ainsi que des causes possibles pour un tel échec.

Les conditions de travail reconnues par la décision ont une durée limitée dans le temps, n'intégrant pas définitivement les contrats de travail (« Enunciado » numéro 277 du TST).

d) L'effet dévolutif

L'appel d'une telle décision n'a qu'un effet dévolutif. C'est dire que, dès lors que le jugement est rendu, les parties sont obligées de le respecter, d'après la jurisprudence du TST en son « Enunciado » 246. Toutefois, ce principe peut être amoindri, à la demande de l'intéressé, par une décision du Président du TST, au cas où la décision normative aurait reconnu un avantage contraire à la loi ou souvent refusé par la jurisprudence.

e) L'extension de la décision

Le Tribunal, lors du jugement résultant du procès collectif, peut *ex officio* étendre la décision à l'ensemble des salariés de la même entreprise ou encore, avec l'accord des intéressés, à l'ensemble des salariés de la même catégorie professionnelle travaillant dans le ressort de la juridiction. C'est ce qui découle des articles 868 et suivants de la CLT. La durée de cette décision d'extension ne pourra dépasser 4 ans.

Les actions possibles après le jugement de la procédure collective

a) en révision

Un an après l'entrée en vigueur d'une décision normative, les parties peuvent en demander la révision, sur le fondement du changement des circonstances qui avaient motivé le jugement. Cette requête en révision sera appréciée par le même Tribunal antérieurement compétent, selon les mêmes règles de procédure que la procédure collective.

b) en accomplissement

Si l'employeur n'accomplit pas ses obligations légales ou conventionnelles, le salarié, personne physique, peut l'assigner devant le juge. Jusque-là, il s'agit de la règle générale qui mène à la procédure devant l'équivalent brésilien du Conseil de prud'hommes.

Mais, au Brésil, en ce qui concerne les obligations résultant d'une décision normative ou même d'une convention ou d'un accord collectif[952], le syndicat, en qualité de représentant des salariés, peut demander à la juridiction du travail la condamnation de l'employeur défaillant, sans que soit nécessaire l'autorisation de chaque salarié. C'est ce que la loi appelle une action en accomplissement (art. 872 de la CLT).

On pourrait toutefois se demander la raison pour laquelle il faut une saisine du Tribunal, alors que celui-ci s'est déjà manifesté lors de la décision de la procédure collective. Cette nouvelle démarche se justifie dans la mesure où la décision normative crée la norme juridique, mais ne s'assimile pas au titre exécutif. Aussi, en cas de non respect de ce qui avait été décidé par la décision normative, convient-il d'obtenir d'abord la condamnation de l'employeur, à travers cette nouvelle procédure contentieuse.

[952] La loi nº 8.984/95 a élargi la possibilité pour les obligations découlant d'une convention collective ou d'un accord collectif de travail.

ANNEXE XXIV – Histoire (résumée) de la négociation collective au Brésil
(texte de l'auteur)

La première loi en la matière a suivi la tradition de la législation sociale brésilienne : elle traduit le résultat d'une *anticipation* de l'État, plutôt qu'une *conquête* des salariés. C'est dire que la loi est considérée non comme le produit naturel d'une coutume ou d'une revendication, mais un fruit artificiel de l'intervention législative. Par conséquent, comme il n'y avait pas d'expérience pratique des parties en la matière, le législateur s'est inspiré du droit français pour faire la première loi brésilienne. Ainsi surgit le Décret nº 21.761, de 23.8.32, qui permettait au Ministre du travail, à l'époque Lindolfo Collor, d'étendre la convention collective à d'autres parties dans le même état de la fédération. La convention collective fut reconnue par la Constitution brésilienne de 1934, dont l'article 121, paragraphe 1er, « j », mentionnait la « *reconnaissance des conventions collectives de travail* », consacrant l'utilisation de la dénomination *convention*.

Peu de temps après, avec la Constitution de 1937, issue du coup d'État qui a mené à la Présidence Gétulio Vargas, l'ordre juridique a été modifié et l'article 137 énonçait désormais que « *les contrats collectifs de travail conclus par les associations légalement reconnues d'employeurs, de travailleurs, d'artisans et de spécialistes seront appliqués à tous les employeurs, travailleurs, artisans et spécialistes qu'elles représentent ; b) les contrats collectifs de travail devront stipuler obligatoirement leur durée, l'importance et les modalités des salaires, la discipline intérieure et l'horaire de travail*. » Malgré la contradiction existante entre le Décret nº 21. 761 et la nouvelle Constitution, la question n'a pas suscité plus de manifestations des autorités, parce que les conventions collectives étaient encore étrangères à la réalité sociale des parties. La preuve en est que les décrets-loi nº 1.237 de 1939 et nº 1.402 de 1939 n'ont fait référence à la négociation collective qu'« en passant ».

Finalement, le 1er mai 1943, la *Consolidação das Leis do Trabalho* - la CLT, décret-loi nº 5.452, de 1er mai 1943. - y a fait référence, encore qu'en utilisant la dénomination « contrat collectif ». La notion de « convention collective » apparaît dans la Constitution de 1946 et est réutilisée dans les Constitutions de 1967 et 1969.

D'ailleurs, c'est le Président Getúlio Vargas qui a le plus contribué à l'évolution initiale du droit du travail brésilien. Il est resté au pouvoir pendant une large période qui s'étend de 1930 à 1945, dont 8 ans de dictature. Dans une de ses œuvres publiées, disait le Président de la République : « L'État ne veut, ne reconnaît pas la lutte des classes. Les lois sociales sont lois d'harmonie sociale. (…) Quand l'État s'érige arbitre des conflits de la vie sociale et harmonise les droits et obligations du travail et du capital, quand il vient en aide aux forces économiques et les impulse de manière convenable, il réalise, sans doute, les exigences de l'organisme national lui-même, lequel a besoin de se maintenir en équilibre pour progresser sûrement et rapidement. ». L'État est alors le gardien de l'ordre : « l'État se pose comme suprême régulateur et, sous son égide, sont assurés les droits et imposés les devoirs dans les relations entre les classes. »[953]

Les lois créées dans les années 30 et 40 et qui n'assimilaient pas les notions de liberté syndicale se sont conservées pratiquement jusqu'à aujourd'hui. Parler de droit collectif de travail ne signifiait que curiosité ou incursion dans le domaine de la recherche sans conséquences pratiques.

---

[953] VARGAS, Getúlio. *As diretrizes da nova política do Brasil*. José Olympio, Rio de Janeiro, 1943, pp. 214, 215, 224 et 228, *apud* ROMITA, Arion Sayão. "O poder normativo da Justiça do Trabalho: antinomias constitucionais", *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* v. 67, numéro 2, avril/juin/2001, pp. 47/48.

Bref, la tradition autoritaire de l'histoire brésilienne au long du siècle dernier a laissé peu de place au développement de la négociation collective. Le système privilégiait le modèle centralisé autour de l'intervention de l'État, soit à travers une intense activité législative, soit à travers la solution judiciaire des conflits collectifs.

C'est dans ce contexte que le développement du droit du travail au Brésil s'est initialement déroulé. L'action interventionniste de l'État se fondait sur la conception d'inhiber ou d'éviter la lutte entre les classes de travailleurs et d'employeurs. Plus l'État régule des relations, plus il harmonise la société, rendant dispensable l'action syndicale et proportionnant la paix sociale .

Avec l'apparition de la Constitution de 1988, le droit collectif a gagné un nouveau statut, quelques dispositions étant insérées dans le texte adopté. La Constitution de la République du 5 octobre 1988 encore en vigueur a en effet disposé expressément en la matière, dans son article 7, XXVI : *« Art. 7. Constituent des droits des travailleurs urbains et ruraux, outre ceux qui visent à l'amélioration de leur condition sociale : (...)XXVI - reconnaissance des conventions et des accords collectifs de travail. »* [954]

Il convient toutefois de regretter que la Constitution ait gardé des dispositions archaïques, propres au régime fasciste-dictatorial originaire : « base territoriale » pour les syndicats, « pouvoir normatif » de la Justice du travail, « monopole syndical » pour la négociation collective (art. 8), « catégories professionnelle et économique » pour l'encadrement syndical.

Quoique la loi brésilienne ne dispose pas d'une obligation annuelle de négocier, l'article 616 de la CLT énonce que les organisations syndicales et les groupements d'employeurs ou les entreprises ne peuvent pas refuser de négocier, chaque fois qu'ils sont appelés à le faire.

Malgré la tradition latino-américaine de droit hétéronome, il est possible de constater quelques avancées. Par exemple, la codification de certains droits coutumiers, tels que la prime de Noël (1960) et la prime des congés payés (1988). D'autre part, quelques accords collectifs jusqu'alors inédits sont conclus. Par exemple, en décembre 1998, un accord a été signé entre l'usine Volkswagen et le Syndicat des travailleurs dans l'industrie de la métallurgie de São Paulo, prévoyant la réduction du nombre d'heures de travail hebdomadaires de 42 à 35 heures, avec réduction proportionnelle des salaires. La contrepartie était d'éviter le licenciement immédiat de 7 500 salariés.

D'autre part, la Constitution de 1988 prévoit la possibilité de déroger à certains droits par la voie de la négociation collective. (réduction des salaires, travail en cycles, etc.). Enfin, la loi du 12 janvier 2000, dispose sur l'installation, par la négociation collective, des conseils de conciliation dans l'entreprise ou dans les syndicats.

---

[954] Encore faut-il se demander si ces questions relèvent de la Constitution, car il est en thèse souhaitable que la Constitution ne s'occupe que des matières générales, relevant de l'organisation étatique et des principes fondamentaux des droits. Les minuties ne doivent pas intégrer la *Lex Mater*, mais les lois ordinaires, où elles seront plus adaptables aux transformations indispensables à l'évolution de la vie sociale. Du reste, il n'est pas nouveau qu'en droit du travail – comme dans n'importe quelle branche de droit – , l'accomplissement des droits dépend plus de l'état de développement des institutions démocratiques que de l'affirmation dans la Constitution. En ce sens, ROMITA, Arion Sayão, op. cit., p 49.

ANNEXE XXV – Les conventions et les accords collectifs au Brésil
(texte de l'auteur)

1) Les conventions collectives et les accords collectifs de travail

Les principaux acteurs de la négociation collective au Brésil sont les organisations syndicales et les groupements d'employeurs ou les employeurs eux-mêmes. Pour que la négociation collective soit légale, l'organisation syndicale doit être enregistrée auprès du Ministère du Travail. Il existe une distinction entre la définition de *convention collective* et celle d'*accord collectif*. À la différence du droit français qui distingue les *conventions* des *accords* selon l'étendue des matières visées par les parties[955], la *CLT* brésilienne appelle *convention collective du travail*

> *« l'accord à caractère normatif à travers lequel au moins deux syndicats représentatifs de catégories économiques et professionnelles fixent les conditions de travail applicables, au sein des représentations correspondantes, aux relations individuelles de travail. »* (art. 611, *caput*).

En revanche, les *accords collectifs de travail* sont considérés comme tels quand ils sont conclus entre, d'un côté, les syndicats représentatifs des salariés, et de l'autre,

> *« une ou plusieurs entreprises du secteur économique correspondant, pour la mise en place des conditions de travail applicables au sein de l'entreprise ou des entreprises signataires. » (art. 611, paragraphe 1er).*

Le schéma en ce qui concerne les parties signataires, selon l'article 611 de la CLT est donc le suivant :

Convention Collective de Travail - CCT	**Accord Collectif de Travail – ACT**
les parties côté salarié et côté employeur sont toujours des organismes syndicaux	les parties sont un syndicat du côté salarié et une entreprise du côté employeur
les fédérations ou les confédérations peuvent la signer, en cas d'inexistence de syndicat. Il s'agit donc d'une **préférence** en faveur des syndicats.	du côté salarié, seul le syndicat peut le signer. Il s'agit donc d'un **monopole** des syndicats.

Le mot « entreprise » peut être assimilé au mot « employeur » du droit français, en application de l'article 2 de la CLT brésilienne, qui assimile l'employeur et l'entreprise.

Auparavant, il existait un *quorum* minimum prévu par la loi (art. 612), mais cette disposition légale n'a pas été reprise par la Constitution de la République de 1988, qui, en son article 8, I, interdit l'intervention et l'ingérence de la puissance publique dans l'organisation syndicale. Ce raisonnement a été aussi adopté par la Loi nº 7783/89, relative au droit de grève.[956] Désormais, ce sont les propres organisations syndicales qui prévoient les conditions dans lesquelles une convention collective ou un accord collectif peuvent être conclus.

---

[955] L'article L. 132-1 du code du travail français dispose que « La convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières visées à l'article L. 131-1, pour toutes les catégories professionnelles intéressées. L'accord collectif traite un ou des sujets déterminés dans cet ensemble. »

[956] L'article 4, paragraphe 1er de cette loi dispose que « L'entité syndicale doit prévoir les formalités de convocation et le *quorum* pour la délibération aussi bien de la déflagration que de la cessation de la grève. »

2) Contenu, formalités, durée, champ d'application

L'article 613 de la CLT brésilienne énonce un contenu obligatoire pour la conclusion des conventions et des accords collectifs :

> *« I - la désignation des syndicats signataires ou des syndicats et des employeurs signataires ;*
> *II - la durée ;*
> *III - les catégories ou les classes de travailleurs couvertes par les dispositions ;*
> *IV - les conditions fixées pour régir les relations individuelles de travail pendant sa durée ;*
> *V - les normes de conciliation des divergences surgissant entre les parties et relatives à l'application de ses dispositions ;*
> *VI - les dispositions sur le processus de prorogation et de révision totale ou partielle de ses dispositions ;* [957]
> *VII - les droits et les obligations des salariés et des employeurs ;*
> *VIII - les sanctions applicables aux syndicats signataires, aux salariés et aux employeurs, en cas de violation de ses dispositions ; »*

Ce contenu impératif n'empêche pourtant pas la conclusion de clauses autres que celles stipulées par l'article 613. Toutefois, ces autres stipulations ne sauraient déroger à l'ordre public absolu. C'est ce que dispose l'article 623 de la CLT :

> *« Art. 623 - Sera nulle de plein droit la clause de Convention ou d'accord qui directement ou indirectement contrarie la prohibition ou la norme de la politique économique ou financière du Gouvernement ou concernant la politique salariale en vigueur. Cette disposition ne produira aucun effet devant les autorités publiques, y compris à des fins de révision de prix et de tarifs de marchandises et services.*
> *Paragraphe unique - Dans l'hypothèse prévue à cet article, la nullité sera déclarée d'office ou sur requête, par le Ministre du Travail ou par la Justice du Travail. »*

En ce qui concerne les conditions des contrats individuels, elles doivent s'adapter à la nouvelle Convention ou au nouvel Accord, encore que le principe de l'ordre public social demeure appliqué à toutes les sources du droit du travail brésilien :

> *« Art. 619 - Aucune disposition de contrat individuel de travail contraire aux normes des Convention ou Accord Collectifs de Travail ne pourra prévaloir pour l'exécution de celui-ci, ce type de disposition étant considérée nulle de plein droit. »*
> *« Art. 620 - Les conditions prévues dans une Convention, quand elle sont plus favorables, prévaudront sur celles stipulées dans des Accords. »*

De même, pendant l'application de la CCT ou de l'ACT, les parties ne peuvent, en dehors de l'ordre public social, établir des conditions individuelles de travail qui contrarieraient celles stipulées par l'instrument collectif.

Pour revêtir la force exécutoire, la CCT ou l'ACT doivent être enregistrés auprès du Ministère du Travail dans un délai de 8 jours à compter de leur signature. Leur entrée en vigueur aura lieu 3 jours à compter de la date de leur dépôt. Les CCT ou les ACT ne dépendent toutefois ni d'une homologation ou d'une approbation par l'autorité ministérielle, ni d'une publication dans le Journal Officiel.

---

[957] Malgré cet alinéa, c'est la propre loi qui fixe quelques règles pour la prorogation et la révision de la CCT ou de l'ACT. Ainsi, l'article 615 de la CLT dispose sur le dépôt de l'écrit de la prorogation ou de la révision auprès du Ministère du Travail.

D'autre part, selon l'article 614 de la CLT, les syndicats et les entreprises doivent afficher visiblement des copies des Conventions ou des Accords Collectifs au sein de leurs sièges respectifs, pour répondre aux conditions de publicité des clauses adoptées.

C'est le principe d'autonomie de la volonté qui régit la durée d'application d'une CCT ou d'un ACT, mais, en tout état de cause, cette durée ne saurait dépasser un délai de 2 ans (art. 614, paragraphe 3). À cet égard, le Tribunal Supérieur du Travail (TST) a énoncé le « Enunciado » nº 227 qui dispose que « *les conditions de travail établies par la force de la décision normative demeurent en vigueur dans les délais signés, mais n'intègrent pas, de manière définitive, les contrats.* »

En revanche, c'est le ressort territorial des syndicats signataires qui définit le champ d'application territoriale d'une CCT ou d'un ACT. Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où il existerait deux communes limitrophes ayant chacune un syndicat pour la même catégorie professionnelle, toutes les normes conventionnelles fixées par ces syndicats auront leur application restreinte à la limite de chaque base territoriale.

Il convient de signaler, par ailleurs, que la compétence d'appréciation des litiges résultant de l'application d'une CCT ou d'un ACT relève de la Justice du Travail, selon l'article 625 de la CLT.

Enfin, il est important de souligner le caractère obligatoire de la négociation collective quand les partenaires sociaux sont appelés à le faire. La sanction dans ce cas consiste en la saisine du Tribunal du Travail pour la décision d'un procès collectif. C'est ce qui découle de l'article 616 de la CLT : [958]

> *« Art. 616 - Les syndicats représentatifs des secteurs économiques ou professionnels et les entreprises, y compris celles qui n'ont pas de représentants syndicaux, ne peuvent pas renoncer à la négociation collective, quand ils sont appelés à le faire.*
> Paragraphe 1er - S'il y a refus à la négociation collective, il incombe aux syndicats ou aux entreprises de le *notifier* aux organismes locaux du Ministère du Travail, pour une convocation obligatoire des syndicats ou des entreprises récalcitrantes.
> *Paragraphe 2 - Au cas où le refus à la négociation collective persisterait, par la non-comparution aux convocations des organismes locaux du Ministère du Travail, ou encore si la négociation entamée n'aboutit pas, il est permis aux syndicats ou aux entreprises intéressés d'instaurer le procès collectif . »*

[958] Cet article est l'unique dans la CLT qui fait référence expresse à la négociation collective, car les autres se contentent de disposer sur la convention collective ou sur l'accord collectif.

ANNEXE XXVI – Bref historique du syndicalisme brésilien
(texte de l'auteur)

On peut considérer que le début du syndicalisme au Brésil remonte aux anciens « grêmios » qui étaient de véritables corporations d'office, à l'instar de celles existantes au Portugal et en Espagne, à l'époque de la domination arabe. Toutefois, les « grêmios » brésiliens n'avaient pas le même niveau de développement qu'en Europe. Ayant une existence déterminée par l'autorité temporelle brésilienne (l'équivalent du Préfet français), leur rôle était surtout borné à l'organisation des fêtes religieuses. Des exemples de ce genre de groupement existaient en l'an 1693, à Rio de Janeiro, ou en l'an 1704, au Nord-est du pays.

La manifestation la plus importante lors de cette période coloniale résulte néanmoins de quelques expériences liées au rassemblement des esclaves noirs au Nord-est (Recife, en 1776) et dans le Minas Gerais (Vila Rica, actuelle Ouro Preto, au début du XVII siècle), ainsi que dans d'autres régions précises du pays. Cette union est importante car elle est la conséquence d'un esprit de lutte et de résistance. Certaines « fraternités » sont allées jusqu'à rassembler des fonds pour acheter la liberté de certains esclaves. Cependant, cet esprit de lutte n'a malheureusement pas été conservé. Au contraire, l'histoire du syndicalisme brésilien est marquée par une absence presque totale de solidarité entre les syndiqués.

En effet, après l'indépendance du pays proclamée en 1822, certaines sociétés ont été fondées à Rio de Janeiro, alors la capitale fédérale du pays. Malgré les dénominations de « Ligue Ouvrière » ou d'« Union Ouvrière », elles ne défendaient pas les intérêts des salariés, d'autant que des personnes étrangères au métier pouvaient s'inscrire et participer à leurs activités. En 1824, surgit la première allusion à la matière dans un texte constitutionnel. L'article 179, paragraphe 25 était ainsi rédigé : *« Sont abolis les corporations d'office, ses juges, greffiers et maîtres. »* S'en est suivie la création de certaines associations de classes au début du XX^{e} siècle, sans que la situation s'améliore. Résultant d'une action isolée menée à *Pernambuco*, naît en 1902 la Fédération Ouvrière Chrétienne, présidée par Carlos Alberto de Menezes, qui se préoccupait d'assurer l'assistance matérielle à ses salariés et qui organisait des réunions où pouvaient s'exprimer ses salariés.

La première réglementation légale des syndicats date du 6 janvier 1903 (Décret n^{o} 979) et se réfère aux syndicats agricoles. Toutefois, son objectif était le rassemblement des personnes travaillant dans l'activité agricole pour qu'il y ait un meilleur partage de crédit. Jusqu'alors, les syndicats brésiliens n'existaient qu'en théorie, encore qu'à Rio de Janeiro ait été fondée la Fédération ouvrière régionale en 1903, qui a réalisé son premier congrès en 1906, conseillant la création des syndicats, unions et résistances. Un autre congrès a été organisé en 1912, avec la présence de plusieurs associations. Ainsi, à *Pernambuco* naissait la Fédération régionale du travail, en 1914.

Le principal motif de toute cette lenteur était l'extrême domination des « seigneurs », propriétaires de grandes parcelles de terrain, qui n'hésitaient pas à éliminer toute résistance à leur domination, d'autant plus qu'aucun droit n'était à l'époque assuré par des lois. Donc, organiser un syndicat, inciter les personnes à revendiquer des droits élémentaires, discuter un seuil de salaires ou requérir une diminution de la durée du travail faisaient encourir le risque d'être renvoyé. En outre, si le licenciement provoquait une réaction par la grève, l'État intervenait avec toute sa puissance, arrêtant les audacieux et contraignant les autres à reprendre

leur travail. Les grandes entreprises, y compris celles de services publics, réagissaient de manière hostile à tout mouvement associatif. Cet état de choses a perduré aussi bien dans le milieu rural que dans les centres urbains, jusqu'à la Révolution de 1930.

Après la Révolution de 1930, un gouvernement provisoire a été constitué sous les ordres de Getúlio Vargas, alors Président de la République. Il a nommé Lindolpho Collor pour le Ministère du travail créé en 1931, car ils partageaient les mêmes conceptions politiques. Après cela, une série de mesures légales ont été entreprises en vue de mettre la législation brésilienne en accord avec l'état de développement socio-économique et avec le niveau de protection accordée aux travailleurs dans d'autres pays.

L'avancée depuis a été tellement significative que certains auteurs, dont le Professeur Cesarino Júnior, ont même dit que la législation sociale au Brésil est née après la création du Ministère du travail (la réglementation du travail a été plus tard codifiée sous la forme de la « Consolidation des lois du travail », la CLT brésilienne du 1er mai 1943, en vigueur encore aujourd'hui, ainsi que ses modifications successives). Dans l'exposition de motifs qui a accompagné le projet de loi syndicale de 1931 (Décret nº 19.770, de 19 mars 1931), le Ministre s'est ainsi manifesté au Président G. Vargas :

« Je n'ai aucune hésitation à affirmer à Votre Excellence que ce projet représente, après de longues controverses, la première tentative systématique dans le sens de l'organisation rationnelle du travail dans notre pays. Mon expérience de trois mois dans le Ministère est suffisante pour me donner la conviction que, sans l'organisation professionnelle, il sera impossible d'obtenir quelque résultat que ce soit dans la juste et nécessaire conjugaison des intérêts patronaux et ouvriers. (...) La Révolution d'octobre a trouvé le travail brésilien dans la plus complète et douloureuse anarchie. De manière générale, il n'y a pas d'exagération à affirmer que, dans la situation actuelle du Brésil, le travail est encore considéré comme une marchandise, assujettie aux fluctuations de l'offre et de la demande. Inutile serait la démonstration de ce que cette conception utilitariste et rétrograde n'est pas à la hauteur non seulement des tendances sociales contemporaines, mais aussi du niveau des conquêtes et des contraintes économiques acceptées de manière définitive dans presque tous les pays du Vieux monde et du Nouveau monde. Mais, au Brésil, le peu d'attention portée par le pouvoir public aux questions du travail s'aggrave encore quand on considère que le pays se voit obligé, par des accords et conventions internationaux, de reconnaître ces nouvelles directives de la politique sociale. »

Ce décret imposait l'unicité syndicale, dressait une liste des conditions pour la reconnaissance des syndicats, permettait l'organisation des fédérations régionales, prévoyait une sanction sous forme d'amende en cas de licenciement dû à l'action syndicale. Il convient de signaler que ce décret est un exemple concret de la manière dont généralement les problèmes sociaux étaient résolus au Brésil : par la voie « descendante » des concessions accordées aux travailleurs par le pouvoir exécutif.

La Constitution de la République de 1934 apporterait la pluralité syndicale, son article 120 étant ainsi rédigé : « Art. 120. Les syndicats et les associations professionnelles seront reconnus en conformité avec la loi. Paragraphe unique - La loi garantira la pluralité syndicale et la complète autonomie des syndicats. » Mais le décret réglementaire nº 24.694 a diminué considérablement sa portée, telles étaient les conditions imposées pour la création d'un deuxième syndicat. Ce décret exigeait un minimum d'un tiers du groupe de travailleurs pour la constitution du syndicat.

Dès le début, les organisations syndicales jouaient un rôle d'assistance plutôt qu'un rôle de revendication. Les conditions de travail étaient toujours établies par voie « descendante », c'est-à-dire que les droits des salariés étaient octroyés indépendamment d'action de la part des syndicats. Cet état de choses faisait écho à la stratégie mise en œuvre par le gouvernement, dans son modèle corporatiste qui cherchait à éviter la lutte entre les classes sociales. L'idéal corporatiste est la domination des moyens de production, à travers la négation de la lutte entre les classes sociales et entre le capital et le travail. Ainsi, l'État se positionnait-il au sommet de l'organisation sociale, comme modérateur en vue d'assurer l'équilibre entre les salariés et les employeurs.[959]

Le système confédéral était donc créé, avec les syndicats à la base de l'organisation, suivis ensuite par les fédérations et enfin par les confédérations, tous subordonnés au Ministère du travail. Pour obtenir existence juridique, les organisations syndicales devaient être formellement reconnues par l'État, qui s'immisçait dans leur organisation interne et surveillait leur fonctionnement. En résumé, les organisations syndicales étaient comme une « répartition » du pouvoir public, exerçant des activités déléguées par l'État.[960] Plus les organisations syndicales étaient unies, plus les bénéfices se faisaient sentir : le principe de l'unicité syndicale était né. Désormais, seule une organisation syndicale pourrait représenter les intérêts des salariés, à chaque niveau du système confédéral.

D'autre part, mais toujours dans le même esprit, les grèves à cette période ont été prohibées et la Justice du travail a été instaurée, avec une compétence étendue à la sphère normative en cas de conflit collectif du travail. Toute cette conjoncture nuisait au dialogue social qui n'existait pratiquement pas. La présomption était qu'il n'existait pas de fondement à la lutte de classes, dans la mesure où tous les intérêts convergeaient vers le même but de coordination de la production.[961]

---

[959] La Constitution du 10 novembre 1937, issue du coup d'État de Getúlio Vargas, a reculé de nouveau instaurant l'unicité syndicale. La grève et le « lock-out » ont été expressément interdits, car considérés comme des « recours antisociaux, nuisibles au travail et au capital et incompatibles avec les intérêts supérieurs de la production nationale » (art. 139, *in fine*). En effet, la Constitution de 1937 a été fortement influencée par des idées corporatistes. Et par conséquent, la CLT - Consolidation des lois de travail - de 1943, l'équivalent du Code du travail français, s'est beaucoup inspirée de la « *Carta del Lavoro* » italienne.

[960] À titre d'exemple, l'article 592 de la CLT encore en vigueur dispose qu'il appartient aux syndicats d'accorder aux salariés une assistance juridique, médicale, dentaire, hospitalière et pharmaceutique, aussi bien qu'une assistance à la maternité. Il incombe aussi aux syndicats de maintenir des agences d'emploi, des coopératives de travail, des bibliothèques, des crèches, des colonies de vacances, etc. , ainsi que le développement des programmes d'éducation et de formation professionnelle. De même, l'article 514 de la CLT impose quelques obligations similaires aux syndicats.

[961] Les Constitutions de 1946 et de 1967, cette dernière modifiée par le coup d'État militaire de 1969, ont adopté la pluralité syndicale, mais les avancées ont duré peu de temps. La Constitution de 1969 a institué la « contribution syndicale ».

ANNEXE XXVII

Brèves considérations sur la relativité de la liberté syndicale au Brésil
(texte de l'auteur)

1) **Le respect de l'autonomie syndicale**

Certains principes de la liberté syndicale, telle qu'elle est conçue par l'OIT, sont respectés au Brésil. En effet, en ce qui concerne l'autonomie syndicale, l'article 8 de la Constitution du 5 octobre 1988 dispose que : *« La formation d'associations syndicales ou professionnelles est libre, dans les conditions qui suivent :I - la loi ne peut exiger d'autorisation de l'État pour la fondation d'un syndicat, sauf l'enregistrement auprès de l'organe compétent ; l'intervention et l'interférence de la puissance publique dans l'organisation syndicale sont interdites ; (...) VII - l'adhérent en retraite est électeur et éligible dans les organisations syndicales ; »*

Ce qui veut dire que plusieurs articles de CLT n'ont pas été repris par le texte constitutionnel. À cet égard ont disparu les dispositions légales concernant l'approbation des statuts des syndicats ou la surveillance des élections ou encore le contrôle budgétaire des organisations syndicales, tâches qui étaient auparavant sous la responsabilité du Ministère du travail.

Cependant, il ne faut pas confondre autonomie avec souveraineté. Celle-ci appartient exclusivement à l'État. En effet, l'OIT a déjà décidé que « *ce n'est pas l'existence d'une législation syndicale en soi qui constitue une atteinte aux droits syndicaux puisque l'État peut vouloir veiller à ce que les statuts des syndicats se maintiennent dans la légalité. En revanche, aucune législation adoptée dans ce domaine ne doit porter atteinte aux droits des travailleurs définis dans les principes de la liberté syndicale. »*[962]

C'est peut-être à cause de cela que certains auteurs brésiliens considèrent que l'article 522 de la CLT, qui prévoit une limitation de 6 à 10 administrateurs dans chaque syndicat, est encore en vigueur, malgré l'adoption du principe de l'autonomie syndicale. Pour ces auteurs, cette limitation se justifie pour éliminer les risques d'abus des syndicats qui pourraient élire un nombre déraisonnable de dirigeants syndicaux bénéficiaires d'un statut protecteur légal.

D'autre part, le *caput* de l'article 543 de la CLT dispose que le dirigeant syndical ne pourra être empêché de l'exercice de ses fonctions, ni détaché vers un endroit où il serait difficile ou impossible d'exercer ses obligations syndicales.

---

[962] BIT, *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT.* Quatrième édition, 1996, p. 77, cas n. 1704.

2) **Le respect de la liberté d'affiliation**

Elle est assurée par le même article 8, alinéa V de la Constitution de la République : *« V - nul ne peut être obligé à adhérer ou à maintenir son adhésion à un syndicat ; »*

Ainsi, l'article 543, paragraphe 6 de la CLT a été repris par le texte constitutionnel. Cet article de loi énonce que « *L'entreprise qui, par quelque moyen que ce soit, cherche à empêcher que le salarié adhère à un syndicat, organise une association professionnelle ou syndicale ou exerce les droits inhérents à la condition de syndiqué, sera sanctionnée » par* une amande, « *sans préjudice de la réparation à laquelle le salarié a droit* ». Cette disposition légale fait écho à l'orientation émanant de la Convention nº 98 de l'OIT, ratifiée par le Brésil.

Si certains principes de la liberté syndicale sont respectés, l'article 8 de la Constitution en vigueur établit, d'une part, l'unicité syndicale par catégorie (Section IV) et autorise, d'autre part, les contributions obligatoires en faveur des associations que forment le système confédéral de représentation syndicale (Section III).

3) **La cotisation syndicale obligatoire**

Il existe quatre sources de financement des organisations syndicales brésiliennes : la contribution syndicale légale, la contribution statutaire, la cote de solidarité et la contribution confédérale. Certaines contributions incombent exclusivement aux adhérents, tandis que d'autres incombent aussi bien aux adhérents qu'aux non-adhérents, pourvu qu'ils appartiennent à la même catégorie professionnelle. En tout état de cause, la compétence d'imposition des contributions appartient aux syndicats, selon ce que dispose l'article 513, « e », de la CLT.

D'abord, la contribution syndicale légale est prévue par l'article 548, « a » et réglementée par les articles 578 jusqu'à 610 de la CLT. Elle est obligatoire pour tous les membres de la catégorie, qu'ils soient ou non adhérents à un syndicat. C'est pourquoi elle est aussi appelée « impôt syndical », d'autant plus que la doctrine estime que sa nature juridique est celle d'un impôt. Son montant équivaut à la rémunération d'une journée de travail pour les salariés, tandis que pour les entreprises il est équivalent à une somme proportionnelle au montant du capital social (taux dégressif), dans la limite d'un plancher et d'un plafond (art. 580).

C'est l'employeur qui déduit d'abord le montant dû par le salarié de son bulletin de salaire tous les mois de mars de chaque année, pour ensuite repasser l'argent aux organisations syndicales. La loi, dans son article 589, fixe une proportion pour le partage de cette contribution entre les organisations syndicales. Ainsi, 60% est destiné au syndicat, 15% à la fédération, 5% à la confédération et 20% au « compte spécial emploi et salaire ». La contribution syndicale légale est considérée comme un crédit privilégié des organisations syndicales, ayant les mêmes bénéfices que les crédits fiscaux. La preuve de son complet payement constitue une condition *sine qua non* pour la participation des entreprises à des licitations publiques (art. 607).

Ensuite, la loi prévoit l'existence possible d'une contribution statutaire dans l'article 548, « b ». De périodicité en général mensuelle, elle est fixée soit par les statuts

constitutifs, soit par l'assemblée plénière de l'organisation syndicale. En tout état de cause, cette contribution n'est due que par les personnes syndiquées.

Puis, la cote de solidarité, aussi appelée « canon de participation », n'est due que par les personnes non adhérentes aux organisations syndicales, mais qui ont tout de même bénéficié des avantages stipulés à travers ces dernières. Par exemple, elle est due par un salarié qui n'a pas adhéré à son syndicat, mais qui a bénéficié des conditions plus favorables de travail établies par une convention collective.

Enfin, la contribution dite confédérale, est la plus controversée des contributions syndicales. Elle a été instaurée par la Constitution de la République de 1988, qui, dans son article 8, stipule ce qui suit : « *IV - l'assemblée générale fixe la contribution concernant la catégorie professionnelle, qui est prélevée sur le salaire pour le financement du système confédéral de la représentation syndicale intéressée, sans préjudice de la contribution prévue par la loi ».*

Ce qui a beaucoup étonné les juristes, lorsque la Constitution à été promulguée est le fait qu'elle ait créé une nouvelle contribution pour le financement du système confédéral classique (en donnant encore un peu de souffle à la tradition corporatiste) et, en même temps, ait maintenu la contribution prévue par la loi, c'est-à-dire « l'impôt syndical ». On a même pu dire qu'il s'agissait là d'une double imposition fiscale.

Après quelques hésitations de la jurisprudence, une position a été prise par le STF, suivi par le TST en ce qui concerne cette contribution : pour qu'elle s'applique, elle doit être réglementée par une loi jusqu'à maintenant inexistante ; et, d'autre part, elle ne pourra être imposée qu'à l'égard des salariés adhérents à une organisation syndicale, en vertu du principe de la liberté d'affiliation.

Cette position n'est toutefois pas suffisante au regard du BIT, dont le Comité de la liberté syndicale a émis un avis défavorable à la situation actuelle des contributions syndicales brésiliennes. La décision rendue dans le cas nº 1487 concernant le Brésil montre bien cette désapprobation : *« Les questions relatives au financement des organisations syndicales, tant en ce qui concerne leurs propres budgets que les budgets des fédérations ou des confédérations, devraient être réglées par les statuts des syndicats, des fédérations et des confédérations eux-mêmes, et donc l'imposition de cotisations par la Constitution ou par la loi n'est pas conforme aux principes de la liberté syndicale. »*[963]

4) **Le principe de l'unicité syndicale**

L'existence de ce principe représente un affront au principe de la liberté syndicale, tel qu'il est accepté par les organismes internationaux.

En effet, le Brésil n'a pas ratifié la Convention nº 87 de l'OIT, sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, approuvée par la conférence générale de l'OIT en 1948 et dont l'article 2 garantit aux travailleurs le droit de constituer les organisations de leur choix, y compris des organisations regroupant des travailleurs de différents lieux de travail et localités. Cette convention est contraire aux principes de l'unicité syndicale et de la contribution syndicale obligatoire contenus dans l'article 8 de la Constitution, principes maintenus à cause de la vieille tradition corporatiste.

[963] BIT, op. cité, p. 98.

Le Brésil a d'ailleurs été condamné par une décision du Comité de la liberté syndicale du BIT, synthétisée dans les termes suivants dans le cas nº 1487 : *« Les dispositions d'une Constitution nationale relatives à l'interdiction de créer plus d'un syndicat par catégorie professionnelle ou économique, quel que soit le degré de l'organisation dans un ressort territorial donné qui ne pourra être inférieur à la zone d'une municipalité, ne sont pas en conformité avec les principes de la liberté syndicale. »*[964]

Effectivement, l'alinéa II de l'article 8 de la Constitution de la République est ainsi présenté : *« II - il est interdit de créer plus d'une organisation professionnelle, à quelque niveau que ce soit, pour représenter une même catégorie professionnelle ou économique dans la même base territoriale ; celle-ci, définie par les travailleurs et employeurs intéressés, ne peut être inférieure au territoire de la Commune ; »*

De même, l'article 516 de la CLT dispose que *« Dans la même zone territoriale, il ne peut être reconnu plus d'un syndicat représentatif de la même catégorie économique ou professionnelle ou profession libérale. »*

Tandis que l'expression « catégorie économique » se réfère aux groupements d'employeurs, l'expression « catégorie professionnelle » fait allusion aux syndicats de salariés. Ces dispositions prévoient, en d'autres mots, qu'il ne peut y avoir plus d'un syndicat pour la même catégorie économique ou professionnelle dans la même base territoriale. Ce syndicat peut être communal, intercommunal, régional, inter-régional ou national, mais sa zone territoriale sera au moins équivalente à celle de la Commune.

C'est la CLT - la Consolidation des lois du travail - l'équivalent du Code du travail français, qui réglemente la matière. Étant donné le principe de l'unicité syndicale, il fallait trouver une voie possible pour l'encadrement syndical des salariés. C'est pour cela que quelques dispositifs « consolidés » ont été repris par la Constitution de la République de 1988 : « *Art. 511. Est licite l'association ayant pour finalité l'étude, la défense et la coordination des intérêts économiques ou professionnels de tous ceux qui, en tant qu'employeurs, salariés, agents ou travailleurs indépendants, exercent la même activité ou profession ou activités similaires ou connexes. » « Art. 570. Les syndicats se constitueront généralement par catégories économiques et professionnelles spécifiques. »*

Le salarié est donc représenté par la catégorie professionnelle spécifique correspondante à la catégorie économique à laquelle l'employeur appartient, peu important le poste qu'il occupe. Le critère dominant pour trouver la catégorie économique de l'entreprise est celui de l'activité prépondérante de celle-ci. La loi apporte la solution pour la définition d'activité prépondérante dans l'article 581, paragraphe 2 : l'activité qui « *caractérise l'unité de l'ensemble, de l'opération ou de l'objectif final* » et vers laquelle « *toutes les autres activités convergent exclusivement ou en régime de connexion fonctionnelle* ».

En réalité, pour trouver l'encadrement syndical d'un salarié, il faut raisonner en deux temps :1) d'abord, il faut identifier la catégorie économique de l'employeur, à travers son activité prépondérante ; 2) ensuite, en général, cette catégorie est aussi la catégorie professionnelle du salarié.

Ainsi, l'organisation syndicale est faite selon l'activité économique prépondérante de l'entreprise, quel que soit le métier des salariés (système similaire à celui des États-Unis). Par exemple, un cadre et un ouvrier d'une usine dont l'activité prépondérante est la

[964] BIT, op. cité, p. 64.

métallurgie sont métallurgistes et, donc, relèvent de la même organisation syndicale. De même, pour le secteur bancaire, industriel, commercial, etc. Exemple : Syndicat des travailleurs dans le secteur de la banque de la ville de Belo Horizonte. Ce type d'encadrement syndical est un peu différent de celui qui est fait exclusivement par métier (ex : cadres).

Cependant, il y a des exceptions strictes à cette règle, restreintes aux travailleurs qui exercent des métiers spéciaux ou dont les conditions de vie sont particulières. C'est ce que la loi appelle des « catégories professionnelles différenciées ». Dans ce cas, l'encadrement syndical est fait par profession ou métier. La loi a établi exhaustivement un tableau des « catégories professionnelles différenciées » , dont on tire quelques exemples: aéronautes, acteurs théâtraux, auxiliaires de théâtre, techniciens d'ascenseur, conducteurs, infirmiers, pharmaciens, mannequins, journalistes professionnels, musiciens professionnels, sages-femmes, professeurs, publicitaires, secrétaires.

Voici un tableau qui résume l'organisation syndicale au Brésil :

	Mode d'identification de la catégorie professionnelle du salarié	*Exemple*
Règle générale	selon l'activité économique prépondérante de l'employeur, peu important le poste occupé par le salarié.	Le cadre et l'ouvrier d'une usine dont l'activité prépondérante est la métallurgie sont métallurgistes et, donc, relèvent de la même organisation syndicale.
Exception	s'il s'agit d'une catégorie professionnelle différenciée, c'est le métier qui commande (il existe un tableau exhaustif établi par le Ministère du travail)	conducteurs, professeurs, acteurs de théâtre, journalistes professionnels, musiciens, mannequins, etc.

Ainsi qu'on vient de le dire, le principe de l'unicité syndicale impose une double limitation à la constitution des syndicats : 1) d'abord une limitation territoriale ; 2) ensuite, une limitation par catégorie. Cette catégorie sera la catégorie prépondérante dans l'entreprise ou une catégorie différenciée.

Bien entendu, les organisations syndicales qui ont été organisées selon le critère d'activités similaires ou connexes pourront plus tard se dissocier et former plus d'une organisation syndicale, à la condition, toutefois, que chacune d'entre elles puisse offrir « *la possibilité d'une vie associative régulière et d'action syndicale efficace »* (art. 571 da CLT). En tout état de cause, le principe de l'unicité syndicale sera respecté.

Une fois constituée, les organisations syndicales doivent être enregistrées auprès du Ministère du travail, l'unique organisme compétent pour contrôler le respect du principe de l'unicité. Cependant, le Ministère du travail ne pourra pas modifier les statuts constitutifs des organisations syndicales, en vertu du principe de l'autonomie syndicale à valeur constitutionnelle. D'après les derniers chiffres, 15 972 syndicats se sont inscrits auprès du Ministère du travail entre 1942 et 1996.

L'étendue de la représentation des syndicats atteint non seulement les salariés adhérents au syndicat, mais tous les salariés appartenant à la catégorie, qu'ils en soient membres ou non.

En cas de divergence concernant l'enregistrement et la représentativité des syndicats, la compétence pour trancher le litige entre syndicats appartient à la Justice commune des États fédéraux.

ANNEXE XXVIII – Le système confédéral brésilien et les centrales syndicales
(texte de l'auteur)

La structure du système confédéral brésilien est pyramidale, avec à la base, les syndicats, au milieu les fédérations et au sommet les confédérations.

Pour former une fédération, la loi exige un minimum de 5 syndicats représentatifs de la majorité absolue d'un groupe d'activités connexes, similaires ou identiques. En général, la circonscription d'une fédération est régionale. Pour les confédérations, toutefois, il faut un minimum de 3 fédérations du même secteur d'activité et la circonscription sera toujours nationale.

Il existe cependant d'autres organisations syndicales qui, même reconnues par la loi en tant que personnes morales, n'intègrent pas le système confédéral. C'est à dire qu'il existe des « centrales syndicales » à niveau national mais qui, étant donné le principe de l'unicité syndicale, ne peuvent être reconnues comme faisant partie du système confédéral, puisque la place au niveau national est déjà prise par les autres organisations syndicales.

Par conséquent, elles sont considérées comme simples associations civiles, ne pouvant pas participer aux négociations collectives, ni aux délibérations sur des grèves. Elles ne peuvent pas non plus saisir les Tribunaux en tant qu'organisations syndicales, puisqu'elles n'ont pas ce statut-là.

Le système confédéral brésilien

Les Centrales Syndicales	Sont de simples associations civiles. Pluralité de fait. Ne peuvent ni mener de grèves, ni négocier, ni exercer l'action de procès collectif en justice
Les Confédérations	Sont formées par un minimum de 3 fédérations du même secteur d'activité ; détiennent une circonscription nationale
Les Fédérations	Sont formées par un minimum de 5 syndicats représentatifs d'activités connexes ou similaires ; détiennent une circonscription régionale
Les Syndicats	15 972 inscrits au Ministère du Travail, entre 1942 et 1996

L'historique de la création de ces centrales syndicales est intéressant, dans la mesure où il représente la naissance d'une lutte contre le principe de l'unicité syndicale, en même temps qu'un déclenchement d'une pluralité de courants idéologiques au sein du mouvement syndical brésilien. Cela peut être le début d'une nouvelle ère, où l'unicité sera abandonnée et cédera la place au pluralisme syndical.

En effet, en 1977, un document de la Banque Mondiale a constaté que l'inflation au Brésil était deux fois plus importante qu'un chiffre présenté par le gouvernement et qui servirait de base pour les recompositions salariales. Une série de manifestations s'est donc déroulée visant la récupération des pertes salariales. Ce mouvement, un clair affront au pouvoir dictatorial de l'époque, fut connu comme la « lutte pour la recomposition salariale ».

Au cours de cette même année, lors d'une visite au Président de la République avec un groupe de 200 syndicalistes, un dirigeant syndical a revendiqué le droit de réaliser un congrès national de la classe des travailleurs, dénommé CONCLAT.

En janvier 1978, a lieu le premier congrès des femmes travaillant dans le secteur de la métallurgie de São Bernardo do Campo et de Diadema, villes situées dans l'Etat de São Paulo. Après cela, une série de grèves éclatent à São Paulo, plus précisément dans la région de l'« ABC paulista »[965], déjà très fortement industrialisée. Ce mouvement de grèves s'étend à d'autres villes et régions. Le mouvement syndical était sur le devant de la scène, d'autant plus qu'il ne respectait plus les ordres de la dictature militaire.

En dépit de cette subite expansion, une nouvelle vague de stagnation gagne les syndicats à la suite des prises de positions fermes du gouvernement.

Finalement, après quelques années d'attente et malgré les oppositions au sein même de la structure syndicale, le premier CONCLAT a lieu en août 1981, avec la participation de 1091 syndicats urbains et ruraux. Les divergences politiques réapparaissent lors de ce sommet, ce qui entraîne une scission : en août 1983, après 3 jours de discussions entre 5 000 délégués syndicaux représentant 900 syndicats, la CUT - Centrale unique des travailleurs - était née.

Mais les divergences continuaient et, donc, en mars 1986 une nouvelle scission s'est produite lors d'un nouveau CONCLAT, donnant lieu à la création de la CGT - Centrale générale des travailleurs. C'est de la CGT qu'est née en mars 1991, à la suite d'une dernière scission, la troisième plus grande centrale syndicale du pays : la Force syndicale.

Aujourd'hui il existe 3 principales centrales syndicales : *Central Única dos Trabalhadores* (CUT), *Confederação Geral dos Trabalhadores* (CGT), *Força Sindical* (FS). Selon les donnés de l'*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE –* , même si 62% des syndicats ne se sont affiliés à aucune centrale, une progression d'affiliation a pu être constatée entre 1991 et 2001, augmentant le pourcentage de 30 à 38%. Sur ce total, 66% des syndicats sont affiliés à CUT et 19% à FS.[966] La situation de représentativité de la CGT en décembre 1999 était la suivante [967]:

CATÉGORIE	*NOMBRE DE SYNDICATS AFFILIÉS*	*NOMBRE DE SALARIÉS REPRÉSENTÉS*
Industrie	165	1.153.697
Commerce	138	1.071.600
Transport	161	1.069.250
Services	198	1.564.353
Ruraux	59	335.000
Construction civile	140	958.932
Autres	183	855.697
TOTAL	1044	7.008.562

Il convient de signaler que la plupart des organisations syndicales intégrant le système confédéral sont adhérentes à l'une des centrales syndicales et suivent leurs orientations. Cela révèle davantage l'identité de ces organisations syndicales, dans la mesure où les Centrales adoptent des postures idéologiques variées. En revanche, cela montre bien le paradoxe existant au sein du mouvement syndical brésilien. **Les Centrales ne sont pas reconnues en tant qu'organisations syndicales, mais elles commandent le mouvement syndical ... à partir du pluralisme existant de fait !**

[965] Cette sigle fait allusion à 3 villes : Santo André, São Bernardo et São Caetano.
[966] Source : http://www.fne.org.br/noticias/outras/not-56.htm
[967] Source : http ://www.cgt.org.br/conjuntura/balanco.htm

Cette dérive peut même déboucher sur une violation des libertés individuelles lorsque, par exemple, un salarié syndiqué n'est pas d'accord avec l'orientation idéologique de la Centrale à laquelle son syndicat s'est affilié...

ANNEXE XXIX

Exemples de comparaisons transnationales utilisées dans la négociation collective

(source : « L'européanisation de la négociation collective ». étude de l'EIRO, http://www.eiro.eurofound.eu.int/1999/07/study/TN9907233S.html)

Danemark	Les évolutions de salaires en Allemagne et en Suède occupent une place importante au stade de la pré-négociation et dans les négociations elles-mêmes dans les secteurs danois orientés à l'export.
France	Le recours à des comparaisons transnationales est très courant tant au niveau des associations patronales que des syndicats. En particulier, les résultats de la convention allemande de la métallurgie sont amplement commentés par les médias français et les partenaires sociaux. À l'heure actuelle, les négociations portant sur la mise en place de la semaine de 35 heures sont empreintes de références constantes, de la part des deux parties, aux expériences étrangères en matière de réduction du temps de travail.
Pays-Bas	Les parties aux négociations de niveau sectoriel (en particulier dans la métallurgie) se réfèrent régulièrement aux évolutions sectorielles en Belgique et en Allemagne.
Espagne	La teneur des lignes d'orientation communes des syndicats pour la négociation de 1999 dans la métallurgie a, dans une certaine mesure, été influencée par le résultat de récentes négociations conduites en Allemagne. L'étroite relation qui existe entre les syndicalistes espagnols et allemands dans l'industrie automobile joue ici un rôle crucial, notamment au travers de la coopération des syndicats de Volkswagen et de SEAT qui est venue renforcer la coopération sectorielle.

ANNEXE XXX – Accord-cadre sur le télétravail[968]

Le 16 juillet 2002

1. Considérations générales

Dans le cadre de la Stratégie Européenne pour l'Emploi, le Conseil européen a invité les partenaires sociaux à négocier des accords en vue de moderniser l'organisation du travail, incluant des arrangements de travail flexibles, dans le but d'améliorer la productivité et la compétitivité des entreprises et de réaliser l'équilibre nécessaire entre la flexibilité et la sécurité.

La Commission européenne, dans la seconde phase de consultation des partenaires sociaux sur la modernisation et l'amélioration des relations de travail, a invité les partenaires sociaux à engager des négociations sur le télétravail. Le 20 septembre 2001, la CES (et le comité de liaison EUROCADRES/CEC), l'UNICE/UEAPME et le CEEP ont annoncé leur intention d'ouvrir des négociations en vue d'un accord à mettre en oeuvre par les organisations membre des parties signataires dans les Etats membres et dans les pays de l'Espace Economique Européen. Par ces négociations, ils ont souhaité contribuer à préparer le passage vers l'économie et la société de la connaissance comme décidé par le Conseil européen de Lisbonne.

Le télétravail couvre un large éventail de situations et de pratiques sujettes à des évolutions rapides. Pour cette raison, les partenaires sociaux ont choisi une définition du télétravail qui permette de couvrir différentes formes de télétravail régulier.

Les partenaires sociaux considèrent le télétravail à la fois comme un moyen pour les entreprises et les organisations de services publics de moderniser l'organisation du travail, et comme un moyen pour les travailleurs de concilier vie professionnelle et vie sociale et de leur donner une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches. Si l'Europe désire tirer le meilleur parti de la société de l'information, elle doit encourager cette nouvelle forme d'organisation du travail, de façon à ce que la flexibilité et la sécurité aillent de pair, que la qualité des emplois soit accrue et que les chances des personnes handicapées sur le marché du travail soient améliorées.

Cet accord volontaire a pour objet d'établir un cadre général au niveau européen, à mettre en oeuvre par les organisations membres des parties signataires, conformément aux procédures et aux pratiques nationales spécifiques aux partenaires sociaux. Les parties signataires invitent aussi leurs organisations membres des pays candidats à mettre en oeuvre cet accord.

La mise en oeuvre de cet accord ne constitue pas une raison valable pour réduire le niveau général de protection accordée aux travailleurs dans le champ du présent accord. Lors de la mise en oeuvre de cet accord, les membres des organisations signataires évitent d'imposer des charges inutiles aux PME.

Cet accord ne porte pas préjudice au droit des partenaires sociaux de conclure, au niveau approprié, y compris au niveau européen, des accords adaptant et/ou complétant le présent accord d'une manière qui prenne en compte les besoins spécifiques des partenaires sociaux concernés.

---

[968] Source: http://212.3.246.118/1/BINHOHADAILEKHJGPMECPFDFPDBY9DGD2N9LI71KM/UNICE/docs/DLS/2002-04056-EN.pdf. Seul le texte anglais fait foi, la version anglaise étant fournie par la suite.

2. Définition et champ d'application

Le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière.

Le présent accord couvre les télétravailleurs. On entend par télétravailleur toute personne qui effectue du télétravail tel que défini ci-dessus.

3. Caractère volontaire

Le télétravail est volontaire pour le travailleur et l'employeur concernés. Le télétravail peut faire partie du descriptif initial du poste du travailleur, ou on peut s'y engager volontairement par la suite.

Dans les deux cas, l'employeur fournit au télétravailleur les informations écrites pertinentes conformément à la directive 91/533/CEE, en ce compris des informations relatives aux conventions collectives applicables, une description du travail à réaliser, etc. Les spécificités du télétravail demandent normalement des informations écrites complémentaires sur des questions telles que le département de l'entreprise auquel le télétravailleur est rattaché, son supérieur immédiat ou autres personnes auxquelles le télétravailleur peut adresser des questions de nature professionnelle ou personnelle, les modalités pour faire rapport, etc.

Si le télétravail ne fait partie du descriptif initial du poste, et si l'employeur fait une offre de télétravail, le travailleur peut accepter ou refuser cette offre. Si un travailleur exprime le désir d'opter pour un télétravail, l'employeur peut accepter ou refuser cette demande.

Le passage au télétravail, en tant que tel, parce qu'il modifie uniquement la manière dont le travail est effectué, n'affecte pas le statut d'emploi du télétravailleur. Le refus d'un travailleur d'opter pour un télétravail n'est pas, en soi, un motif de résiliation de la relation d'emploi ni de modification des conditions d'emploi de ce travailleur.

Si le télétravail ne fait pas partie du descriptif initial du poste, la décision de passer au télétravail est réversible par accord individuel et/ou collectif. La réversibilité peut impliquer un retour au travail dans les locaux de l'employeur à la demande du travailleur ou à celle de l'employeur. Les modalités de cette réversibilité sont établies par accord individuel et/ou collectif.

4. Conditions d'emploi

En ce qui concerne les conditions d'emploi, les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits, garantis par la législation et les conventions collectives applicables, que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise. Cependant, pour tenir compte des particularités du télétravail, des accords spécifiques complémentaires collectifs et/ou individuels peuvent être nécessaires.

5. Protection des données

Il incombe à l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent, notamment d'ordre logiciel, pour assurer la protection des données utilisées et traitées par le télétravailleur à des fins professionnelles.

L'employeur informe le télétravailleur de toutes législations et règles de l'entreprise pertinentes pour la protection des données.

Il incombe au télétravailleur de se conformer à ces règles.

L'employeur informe le télétravailleur, en particulier:

· de toute restriction à l'usage des équipements ou outils informatiques comme l'Internet;
· des sanctions en cas de non-respect.

6. Vie privée

L'employeur respecte la vie privée du télétravailleur.

Si un moyen de surveillance est mis en place, il doit être proportionné à l'objectif et introduit conformément à la directive 90/270 relative aux écrans de visualisation.

7. Équipements

Toutes les questions relatives aux équipements de travail, à la responsabilité et aux coûts sont définies clairement avant le début du télétravail.

En règle générale, l'employeur est chargé de fournir, d'installer et d'entretenir les équipements nécessaires au télétravail régulier, sauf si le télé-travailleur utilise son propre équipement.

Si le télétravail est réalisé régulièrement, l'employeur couvre les coûts directement causés par ce travail, en particulier ceux liés aux communications.

L'employeur fournit au télétravailleur un service approprié d'appui technique.

L'employeur a la responsabilité conformément à la législation nationale et aux conventions collectives en ce qui concerne les coûts liés à la perte ou à l'endommagement des équipements et des données utilisés par le télétravailleur.

Le télétravailleur prend dûment soin des équipements qui lui sont confiés; il ne rassemble ni ne diffuse de matériel illicite via l'Internet.

8. Santé et sécurité

L'employeur est responsable de la protection de la santé et de la sécurité professionnelles du télétravailleur conformément à la directive 89/391, ainsi qu'aux directives particulières, législations nationales et conventions collectives pertinentes.

L'employeur informe le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de santé et de sécurité au travail, en particulier des exigences relatives aux écrans de visualisation. Le télétravailleur applique correctement ces politiques de sécurité.

Afin de vérifier l'application correcte des dispositions applicables en matière de santé et de sécurité, l'employeur, les représentants des travailleurs et/ou les autorités compétentes ont accès au lieu du télétravail, dans les limites des législations et conventions collectives nationales. Si le télétravailleur travaille à domicile, cet accès est soumis à une notification préalable et à son accord. Le télétravailleur est autorisé à demander une visite d'inspection.

9. Organisation du travail

Dans le cadre de la législation, des conventions collectives et règles d'entreprise applicables, le télétravailleur gère l'organisation de son temps de travail.

La charge de travail et les critères de résultats du télétravailleur sont équivalents à ceux de travailleurs comparables dans les locaux de l'employeur.

L'employeur s'assure que des mesures sont prises pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs de l'entreprise, telles que lui donner la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues et d'avoir accès aux informations de l'entreprise.

10. Formation

Les télétravailleurs ont le même accès à la formation et aux possibilités de carrière que des travailleurs comparables qui travaillent dans les locaux de l'employeur et sont soumis aux mêmes politiques d'évaluation que ces autres travailleurs.

Les télétravailleurs reçoivent une formation appropriée, ciblée sur les équipements techniques à leur disposition et sur les caractéristiques de cette forme d'organisation du travail. Le superviseur et les collègues directs des télétravailleurs peuvent également avoir besoin d'une formation à cette forme de travail et à sa gestion.

11. Droits collectifs

Les télétravailleurs ont les mêmes droits collectifs que les travailleurs dans les locaux de l'entreprise. Il n'est pas fait obstacle à la communication avec les représentants des travailleurs.

Les télétravailleurs sont soumis aux mêmes conditions de participation et d'éligibilité aux élections pour les instances représentatives des travailleurs ou prévoyant une représentation des travailleurs. Les télétravailleurs sont inclus dans le calcul déterminant les seuils nécessaires pour les instances de représentation des travailleurs, conformément aux législations européennes et nationales ainsi qu'aux conventions collectives et pratiques nationales. L'établissement auquel le télétravailleur sera rattaché afin d'exercer ses droits collectifs est précisé au départ.

Les représentants des travailleurs sont informés et consultés sur l'introduction du télétravail conformément aux législations européennes et nationales ainsi qu'aux conventions collectives et pratiques nationales.

12. Mise en oeuvre et suivi

Dans le cadre de l'article 139 du Traité, cet accord-cadre européen sera mis en oeuvre par les membres de l'UNICE/UEAPME, du CEEP et de la CES (et du Comité de Liaison EUROCADRES/CEC), conformément aux procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux dans les Etats membres.

Cette mise en oeuvre sera effectuée dans les trois ans suivant la date de signature de cet accord.

Les organisations membres feront rapport sur la mise en oeuvre de cet accord à un groupe ad hoc créé par les parties signataires sous la responsabilité du comité du dialogue social. Ce groupe ad hoc préparera un rapport conjoint sur les actions de mise en oeuvre prises. Ce rapport sera préparé dans les quatre ans suivant la date de signature de cet accord.

En cas de questions sur le contenu de l'accord, les organisations membres pourront en référer conjointement ou séparément aux parties signataires.

Les parties signataires passeront en revue l'accord cinq ans après la signature si l'une des parties signataires le demande.

Accord-cadre sur le télétravail – version anglaise
(Framework agreement on telework)

1. GENERAL CONSIDERATIONS

IN THE CONTEXT of the European employment strategy, the European Council invited the social partners to negotiate agreements modernising the organisation of work, including flexible working arrangements, with the aim of making undertakings productive and competitive and achieving the necessary balance between flexibility and security.

The European Commission, in its second stage consultation of social partners on modernising and improving employment relations, invited the social partners to start negotiations on telework. On 20 September 2001, ETUC (and the liaison committee EUROCADRES/CEC), UNICE/UEAPME and CEEP announced their intention to start negotiations aimed at an agreement to be implemented by the members of the signatory parties in the Member States and in the countries of the European Economic Area. Through them, they wished to contribute to preparing the transition to a knowledge-based economy and society as agreed by the European Council in Lisbon.

Telework covers a wide and fast evolving spectrum of circumstances and practices.

For that reason, social partners have chosen a definition of telework that permits to cover various forms of regular telework.

The social partners see telework both as a way for companies and public service organisations to modernise work organisation, and as a way for workers to reconcile work and social life and giving them greater autonomy in the accomplishment of their tasks. If Europe wants to make the most out of the information society, it must encourage this new form of work organisation in such a way, that flexibility and security go together and the quality of jobs is enhanced, and that the chances of disabled people on the labour market are increased.

This voluntary agreement aims at establishing a general framework at the European level to be implemented by the members of the signatory parties in accordance with the national procedures and practices specific to management and labour. The signatory parties also invite their member organisations in candidate countries to implement this agreement.

Implementation of this agreement does not constitute valid grounds to reduce the general level of protection afforded to workers in the field of this agreement. When implementing this agreement, the members of the signatory parties avoid unnecessary burdens on SMEs.

This agreement does not prejudice the right of social partners to conclude, at the appropriate level, including European level, agreements adapting and/or complementing this agreement in a manner which will take note of the specific needs of the social partners concerned.

2. DEFINITION AND SCOPE

TELEWORK is a form of organising and/or performing work, using information technology, in the context of an employment contract/relationship, where work, which could also be performed at the employers premises, is carried out away from those premises on a regular basis. This agreement covers teleworkers. A teleworker is any person carrying out telework as defined above.

3. VOLUNTARY CHARACTER

TELEWORK is voluntary for the worker and the employer concerned. Teleworking may be required as part of a worker's initial job description or it may be engaged in as a voluntary arrangement subsequently.
In both cases, the employer provides the teleworker with relevant written information in accordance with directive 91/533/EEC, including information on applicable collective agreements, description of the work to be performed, etc. The specificities of telework normally require additional written information on matters such as the department of the undertaking to which the teleworker is attached, his/her immediate superior or other persons to whom she or he can address questions of professional or personal nature, reporting arrangements, etc.
If telework is not part of the initial job description, and the employer makes an offer of telework, the worker may accept or refuse this offer. If a worker expresses the wish to opt for telework, the employer may accept or refuse this request.
The passage to telework as such, because it only modifies the way in which work is performed, does not affect the teleworker's employment status. A worker refusal to opt for telework is not, as such, a reason for terminating the employment relationship or changing the terms and conditions of employment of that worker.
If telework is not part of the initial job description, the decision to pass to telework is reversible by individual and/or collective agreement. The reversibility could imply returning to work at the employer's premises at the worker's or at the employer's request. The modalities of this reversibility are established by individual and/or collective agreement.

4. EMPLOYMENT CONDITIONS

REGARDING employment conditions, teleworkers benefit from the same rights, guaranteed by applicable legislation and collective agreements, as comparable workers at the employers premises. However, in order to take into account the particularities of tele-work, specific complementary collective and/or individual agreements may be necessary.

5. DATA PROTECTION

THE EMPLOYER is responsible for taking the appropriate measures, notably with regard to software, to ensure the protection of data used and processed by the teleworker for professional purposes. The employer informs the teleworker of all relevant legislation and company rules concerning data protection. It is the teleworker's responsibility to comply with these rules. The employer informs the teleworker in particular of: any restrictions on the use of IT equipment or tools such as the internet, sanctions in the case of non-compliance.

6. PRIVACY

THE EMPLOYER respects the privacy of the teleworker. If any kind of monitoring system is put in place, it needs to be proportionate to the objective and introduced in accordance with Directive 90/270 on visual display units.

7. EQUIPMENT

ALL QUESTIONS concerning work equipment, liability and costs are clearly defined before starting telework. As a general rule, the employer is responsible for providing, installing and maintaining the equipment necessary for regular telework unless the teleworker uses his/her own equipment. If telework is performed on a regular basis, the employer compensates or covers the costs directly caused by the work, in particular those relating to communication.
The employer provides the teleworker with an appropriate technical support facility.
The employer has the liability, in accordance with national legislation and collective agreements, regarding costs for loss and damage to the equipment and data used by the teleworker .
The teleworker takes good care of the equipment provided to him/her and does not collect or distribute illegal material via the internet.

8. HEALTH AND SAFETY

THE EMPLOYER is responsible for the protection of the occupational health and safety of the teleworker in accordance with Directive 89/391 and relevant daughter directives, national legislation and collective agreements.

The employer informs the teleworker of the company's policy on occupational health and safety, in particular requirements on visual display units. The teleworker applies these safety policies correctly.

In order to verify that the applicable health and safety provisions are correctly applied, the employer, workers' representatives and/or relevant authorities have access to the telework place, within the limits of national legislation and collective agreements. If the teleworker is working at home, such access is subject to prior notification and his/her agreement.

The teleworker is entitled to request inspection visits.

9. ORGANISATION OF WORK

WITHIN the framework of applicable legislation, collective agreements and company rules, the teleworker manages the organisation of his/her working time.

The workload and performance standards of the teleworker are equivalent to those of comparable workers at the employers premises.

The employer ensures that measures are taken preventing the teleworker from being isolated from the rest of the working community in the company, such as giving him/her the opportunity to meet with colleagues on a regular basis and access to company information.

10. TRAINING

TELEWORKERS have the same access to training and career development opportunities as comparable workers at the employer's premises and are subject to the same appraisal policies as these other workers.

Teleworkers receive appropriate training targeted at the technical equipment at their disposal and at the characteristics of this form of work organisation. The teleworker's supervisor and his/her direct colleagues may also need training for this form of work and its management.

11. COLLECTIVE RIGHTS ISSUES

TELEWORKERS have the same collective rights as workers at the employers premises. No obstacles are put to communicating with workers representatives. The same conditions for participating in and standing for elections to bodies representing workers or providing worker representation apply to them.

Teleworkers are included in calculations for determining thresholds for bodies with worker representation in accordance with European and national law, collective agreements or practices. The establishment to which the teleworker will be attached for the purpose of exercising his/her collective rights is specified from the outset. Worker representatives are informed and consulted on the introduction of telework in accordance with European and national legislations, collective agreements and practices.

12. IMPLEMENTATION AND FOLLOW-UP

I N THE CONTEXT of article 139 of the Treaty, this European framework agreement shall be implemented by the members of UNICE/UEAPME, CEEP and ETUC (and the liaison committee EUROCADRES/CEC) in accordance with the procedures and practices specific to management and labour in the Member States.

This implementation will be carried out within three years after the date of signature of this agreement.

Member organisations will report on the implementation of this agreement to an ad hoc group set up by the signatory parties, under the responsibility of the social dialogue committee. This ad hoc group will prepare a joint report on the actions of implementation taken. This report will be prepared within four years after the date of signature of this agreement .

In case of questions on the content of this agreement, member organisations involved can separately or jointly refer to the signatory parties.

The signatory parties shall review the agreement five years after the date of signature if requested by one of the signatory parties.
BRUSSELS, 16 JULY 2002
Emilio GABAGLIO, General Secretary of the ETUC *(On behalf of the trade union delegation)*
Georges JACOBS, President of UNICE
Andrea BONETTI, President of UEAPME
Rainer PLASSMANN, General Secretary of CEEP

ABSTRACT

Since their emergence, labour laws and the protective principal regarding employees have undergone important changes, due either to ongoing sophistication of systems of production or increasing competitiveness. Capitalism has imposed itself as a system, resulting in a new line of thought which dominates labour law. It is sustained by some sectors that non-interference by the state in the law-making process is necessary to give the parties involved a renewed liberty to create contractural rules. However, there is a disparity between the negotiators' strengths in the employer-employee relationship, mainly in times of economic crisis and high unemployment. An epistemological crisis in labour law is the inevitable result. The solution to this contingency probably lies in the ongoing evolution of the law and jurisprudence, more specifically by a new concept of labour protection and a new approach to its application to the field of labour law. The establishment of minimal rules for each of the new forms of working is, therefore, extremely necessary. Obviously, this does not exclude the complementary role of collective bargaining, providing that certain guidelines are followed. Moreover, this stance makes the importance of both the articulation of labour law sources and the mechanisms of long-term gearing even more crucial. Concurrently, it is vitally important to question our own priorities, in order to strengthen a philosophy founded on common human values such as decent work, health and true freedom.

RESUMO

Desde seu surgimento, o direito do trabalho e o princípio protetor do empregado sofreram grandes modificações, motivadas seja pela sofisticação do sistema de produção, seja pelo desenvolvimento da concorrência. O capitalismo se impôs como modelo e, pois, uma nova filosofia domina o direito do trabalho. Atualmente, prega-se o afastamento do Estado, para que as partes tenham nova liberdade para criar as regras aplicáveis ao contrato de trabalho. Todavia, existe uma disparidade entre as forças que negociam o direito aplicável à relação empregado-empregador, principalmente quando se leva em consideração o desemprego e a crise econômica. O resultado é o aparecimento de uma crise epistemológica do direito do trabalho. A solução para essa crise supõe certamente a evolução contínua do direito, mas sobretudo a adoção de um novo conceito de trabalho protegido e de uma nova abordagem do campo de aplicação do direito do trabalho, com o estabelecimento de regras mínimas para cada uma das novas formas de trabalho. Evidentemente, isso não impede o reconhecimento da função complementar da negociação coletiva, desde que determinadas condições sejam respeitadas, o que aliás demonstra a importância da articulação das fontes do direito do trabalho e dos mecanismos de engrenagem a longo prazo. Antes de tudo, todavia, é necessário o questionamento das próprias prioridades das partes interessadas, a fim de melhor desenvolver uma filosofia baseada nos valores humanos comuns do trabalho decente, da saúde e da liberdade real.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS……..p. 4
LISTE DES ANNEXES……..p. 6
LISTE DES ABRÉVIATIONS…….……..…p. 7
RÉSUMÉ…….…….…….….p. 8

TITRE INTRODUCTIF…….p. 10

Les principes en droit…….…….…….p. 11
Les principes dans la philosophie du droit…….…….p. 20
La relation entre principe, norme et règle…….…….…….p. 24
L'origine et la pertinence du principe protecteur…….……...p. 36
Les « sous-principes »…….……..…….…….p. 44
A – « In dubio pro operario »..... p. 45
B – L'ordre public social.....…….....…….p. 47
C – Le maintien des droits acquis…….…….……..p. 55

TITRE PREMIER
LA REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE PROTECTEUR…..p. 68

CHAPITRE PREMIER – **L'effectivité du principe**…….…….p. 70

Section 1 : **Une protection limitée dans la nouvelle organisation du travail**…….p. 71

§ 1er. La protection des travailleurs dans un monde en changement……p. 72
§ 2. La protection des travailleurs dans l'entreprise moderne……p. 94

Section 2 : **Une protection réduite dans les nouvelles relations de travail**……..p. 108
§ 1er. Le principe protecteur et le nouveau travailleur……...p. 108
A – Les dirigeants et les exécutants…….……p. 116
B – L'individualisation des rapports…….……..……..…p. 133
§ 2. Le principe protecteur et les nouveaux contrats…….p. 140
A – Les contrats de travail précaires typiques…….....…….p. 145
B – Le contrat de travail à temps partiel.....……...p. 156
C – Les travailleurs indépendants…….……p. 161

CHAPITRE II – **Les limites du principe**…….p. 174

Section 1 : **La protection des travailleurs et l'(in)justice social**……..p. 175
§ 1er. Le principe protecteur face à la pauvreté……..……p. 175
A – La pauvreté résultant du chômage…….…..…p. 181
B – La pauvreté résultant des bas salaires…….….p. 188

§ 2. Le principe protecteur face à l'inégalité…….p. 199
A – Les discriminations résultant des délocalisations……..….p. 205
B – Le secteur informel…….…….……...p. 210
C – La discrimination contre les étrangers…….…..……..p. 216
D – Le travail forcé au Brésil……...……..….p. 221

Section 2 : **La protection des travailleurs et l'ordre public**……..p. 226
§ 1er. Le principe protecteur et l'évolution de l'ordre public…….p. 226
§ 2. Le principe protecteur et la nécessité d'un ordre public…….p. 256

TITRE II
L'ADAPTATION DU PRINCIPE PROTECTEUR…..p. 290

CHAPITRE PREMIER – **Le domaine de la protection**……p. 292

Section 1 : **Les normes essentielles à la protection**…….…….p. 294
§ 1er. La protection tenant à l'exercice de la profession……p. 295
A – Le travail…….……p. 295
B – Le revenu……...…….....p. 304
C – La protection spéciale à certains travailleurs……..….p. 312
§ 2. La protection tenant à la lutte contre certains risques...….……p. 326
A – La santé physique et mentale…….……..….p. 327
B – La sécurité sociale……...…p. 340

Section 2 : **Les instruments techniques de la protection**……..p. 360

§ 1er. Les formations professionnelles……p. 360
A – La formation initiale..……...……...……...p. 362
B – La formation continue…….……p. 374
§ 2. Les outils judiciaires……..…….……p. 386
A – La protection procédurale.……..p. 387
B – Le « pouvoir normatif »……...p. 399

CHAPITRE II – **La négociation de la protection**…..……..…….……...p. 406

Section 1 : **L'enjeu de la négociation : la recomposition de la protection**…..….p. 407

§ 1er. – L'importance protectrice du dialogue social……..p. 408
A – L'intérêt d'un dialogue social de qualité……..….p. 409
B – Quelques conditions du dialogue social de qualité…….p. 423

§ 2. Le contenu protecteur du dialogue social……..….p. 433

Section 2 : **Le défi de la négociation : l'équilibre des parties**…….…….p. 447

§ 1er. La protection face à la légitimité syndicale…….…….p. 447
A – Le respect de la liberté syndicale…….……..p. 448
B – Le faible taux de syndicalisation.…..……...p. 458
1. Une réalité…….……...p. 458
2. Des solutions…….……p. 462
C – La question du monopole syndical……..p. 469
1. Quel critère pour la légitimité ?……..……p. 469
2. Vers d'autres acteurs……..p. 478

§ 2. La protection face à la négociation transfrontalière..…….……p. 485
A – Une perspective……...……...p. 485
B – Des difficultés…….……p. 504

CONCLUSIONS……...….p. 510
BIBLIOGRAPHIE…….....p. 527
INDEX……..…….….p. 570
ANNEXES……..…….…….p. 573
ABSTRACT……..……..p. 625
RESUMO……..……..……p. 626

VU : Le Président du Jury de la Thèse :

VU : Les membres du jury :

VU et permis d'imprimer : Le Président de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Droit-Économie-Sciences sociales

Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE