

Lettre d'information du site dialogue-social.fr

Editorial

Le monde du travail fait l'objet de nombreuses mutations, résultant notamment de l'internationalisation des échanges, du recours à de nouvelles technologies ou encore de l'évolution des méthodes managériales. En parallèle, le droit du travail est lui-même objet de grandes transformations, concernant tant ses finalités que son contenu. Les récentes réformes législatives en sont l'illustration.

Quelles sont les lignes directrices de cette évolution ? Quelles perspectives se dessinent pour le droit du travail ?

La réflexion autour de ces questions a été nourrie par l'intervention d'Antoine Lyon-Caen dans le cadre des Rendez-vous du dialogue social, demi-journées d'information et d'échanges sur l'actualité sociale organisées par l'Institut du travail avec le soutien de la DIRECCTE Grand Est.

Nous vous proposons dans cette lettre un compte-rendu de cette conférence, rédigé par l'équipe de l'Institut et publié avec l'accord de l'intervenant.

Bonne lecture,

Tiphaine Garat



Rédaction

Evdokia Liakopoulou et Tiphaine Garat

Sous la responsabilité de Michèle Forté, Institut du travail de Strasbourg.

Contact

Institut du Travail de Strasbourg
39 avenue de la Forêt Noire
67000 STRASBOURG

Tél : 03 68 85 87 00

mél : tiphaine.garat@unistra.fr

<http://www.dialogue-social.fr>

Cette action est réalisée dans le cadre d'une convention d'appui au dialogue social territorial signée avec la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence et de la Consommation, du Travail et de l'Emploi du Grand Est (DIRECCTE Grand Est).

Dans ce numéro

P3 Les brèves

P.5 Les Rendez-vous du dialogue social « Quel avenir pour le droit du travail ? »

24 avril 2019

Compte rendu de la conférence d'Antoine Lyon-Caen

Annexes : Invitations

Les Rendez-vous du dialogue social

A Strasbourg :

Conférence-cocktail

Négocié dans les TPE-PME - 24 juin 2019

A Reims :

Regards croisés sur le CSE et la BDES - 28 juin 2019



Les brèves

Rapport du CSEP « Egalité entre les femmes et les hommes dans les procédures RH »

Le troisième volet des travaux conduits par le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (CSEP) sur le sexisme, à la fois dans les relations interpersonnelles entre les femmes et les hommes et dans les systèmes de classification des emplois porte sur le sexisme dans le monde du travail et s'intitule « L'Egalité entre les femmes et les hommes dans les procédures RH ».

Ce rapport se propose de réaliser un état des lieux des facteurs pouvant induire des discriminations entre les femmes et les hommes dans les procédures RH (recrutement et gestion de carrière) et aborde les questions soulevées par les nouvelles technologies, recourant, notamment, à l'intelligence artificielle.

<https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/egalite-entres-les-femmes-et-les-hommes-dans-les-procedures-rh-le-reflexe-egalite-a-chaque-etape/>

Egalité de traitement : la généralisation de la présomption de justification est exclue

La cour de cassation met un frein au développement de sa jurisprudence relative à la présomption de justification des différences de traitement opérées par accord collectif.

Pour la Haute juridiction, « la généralisation d'une présomption de justification de toutes différences de traitement ne peut qu'être écartée ».

Il est en effet rappelé que :

- « le principe d'égalité de traitement constitue également un principe général du droit de l'Union, désormais consacré aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Ce principe s'applique conformément à l'article 51 de la charte « dès lors qu'est mis en œuvre le droit de l'Union ».
- « Le contrôle du respect du principe d'égalité de traitement au sens du droit de l'Union repose sur un mécanisme probatoire tel que lorsqu'un employé fait valoir que ce principe a été violé et établit 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 dudit principe (CUEJ, 10 mars 2005, affC196-02)
- Il résulte de la jurisprudence de la CUEJ qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement (CUUE, 13 septembre 2007, aff. C307-05)

Au vu de ces considérations, la Cour explique que « la reconnaissance d'une présomption générale de justification de toutes différences de traitement envers les salariés opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer que celle-ci sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, serait, dans les domaines où est mis en œuvre le droit de l'union, contraire à celui-ci en ce qu'elle ferait reposer sur le seul salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité et en ce qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement. D'autre part, dans ces domaines, une telle présomption se

trouverait privée d'effet dans la mesure où les règles de preuve propres au droit de l'Union viendraient s'appliquer.

Ainsi, comme l'explique la note jointe à l'arrêt, la présomption de justification subsiste dans les cas admis depuis 2015 par la jurisprudence. En dehors de ces cas, il appartient à l'employeur, comme en matière de différence de traitement institué par décision unilatérale, de justifier de raisons objectives dont le juge contrôlera concrètement la réalité et la pertinence.

CAss.Soc.3 avril 2019, n°17-11970 FP-PBRI

Pour 62% des français, le salaire reste le critère majeur du choix de l'employeur

Le principal critère de choix d'un employeur est le salaire pour 62% des français (contre 64% en 2018) et le secteur qu'ils plébiscitent est l'aéronautique (50%). L'ambiance de travail est le deuxième critère cité (56%) devant l'équilibre vie privée-vie professionnelle (47%). On retrouve également la sécurité de l'emploi (43%), les perspectives de carrière (41%) et l'engagement sociétal de l'entreprise (ce critère connaît une hausse nette de 4 points et est cité par 20% des français).

Source : étude Randstad Employer Brand Research

Vers une réforme du congé parental ?

Un rapport du Haut conseil de la famille et de l'âge préconise un congé parental allongé et une meilleure rémunération afin de pallier les carences en garde d'enfants.

Les auteurs pointent du doigt les défaillances du système actuel.

Le congé parental, dont le nom officiel est "Prépare" (Prestation partagée d'éducation de l'enfant), a été réformé en 2015 pour favoriser l'implication des pères. Désormais, pour les familles d'au moins deux enfants, il est octroyé pendant deux ans maximum à l'un des parents et ne peut être prolongé d'une

année supplémentaire que si l'autre parent demande également à en bénéficier.

Dans les faits, témoignent les auteurs, très peu de couples choisissent de se partager ce congé. En pratique, il s'agit le plus souvent des mères qui prennent le congé les deux premières années ; les pères ne prenant que (trop) rarement le relais.

Or "l'accès aux places en crèche est pratiquement impossible" pour un enfant de deux ans, si bien que très souvent, les mères restent "inactives jusqu'aux trois ans de leur benjamin, voire jusqu'à son entrée en maternelle", et ce même si elles ne sont plus indemnisées, pointent les auteurs. Pour eux, la réforme de 2015 a donc "le plus souvent entraîné des pertes de revenus" pour les familles.

Le rapport appelle donc à une "politique volontariste pour l'accueil des enfants de deux ans dans des structures adaptées", et à réfléchir à d'autres solutions comme l'instauration de deux dates de rentrée scolaire en maternelle, "afin de permettre un accueil effectif à partir du moment où l'enfant atteint trois ans".

Il préconise par ailleurs de proposer à ceux qui le souhaiteraient un congé plus court, mais mieux rémunéré, d'augmenter son indemnisation lorsque les deux parents passent à temps partiel, mais aussi d'améliorer la communication autour de ce dispositif, pour que davantage de parents y aient recours.

Pour favoriser "une plus forte implication des pères" et "plus d'égalité professionnelle", ils proposent par ailleurs d'allonger le congé paternité pour le porter à un mois, au lieu de 11 jours actuellement. L'Union nationale des associations familiales s'est félicitée dans un communiqué de propositions "utiles et réalistes"..

Les Rendez-vous du dialogue social « Quel avenir pour le droit du travail ? »

24 avril 2019

Compte rendu de la conférence d'Antoine Lyon-Caen

Quel avenir pour le droit du travail?

Tel était le thème de la conférence organisée à Strasbourg le 24 avril par l'Institut du travail de Strasbourg, en partenariat avec la DIRECCTE Grand Est, dans le cadre des Rendez-vous du dialogue social et dont nous vous proposons un compte-rendu synthétique dans cette lettre d'information.

Cette conférence était donnée par Antoine Lyon-Caen, directeur d'études à L'École des Hautes Études en sciences sociales et professeur émérite à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense.

Elle s'est déroulée en deux temps : après la présentation de l'intervenant, un temps substantiel d'échanges avec les participants a été organisé.

L'objet de ce compte rendu sera, non pas de reproduire in extenso les propos tenus par l'intervenant mais de faire état des grandes lignes de son analyse.¹

D'emblée, M. Lyon-Caen a souligné que la question posée est « compliquée » voire « redoutable ». En effet, d'une part, tout le monde est concerné par la question de l'avenir du droit du travail, que ce soit les juristes, les syndicalistes ou les chefs d'entreprise. D'autre part, « *personne, n'a des compétences prédictives suffisantes pour y répondre* ».

Afin de contourner cette difficulté, une citation d'Antoine de Saint-Exupéry est mise en exergue : « *L'avenir n'est jamais que du présent à mettre en ordre* ». Dès lors, souligne M. Lyon-Caen, « *si on met de l'ordre dans le présent, on peut, peut-être, percevoir l'avenir* ». Choix est alors fait de présenter les fonctions historiques du droit du travail (I) avant d'en pointer les mutations (II).

¹ Ce compte-rendu rédigé par les rédacteurs de la lettre a été publié avec l'accord d'Antoine Lyon-Caen.

I. Analyse des fonctions historiques du droit du travail

S'il est courant de penser que le droit du travail remplit une fonction protectrice, il ne peut se réduire à celle-ci. Bien plus, cette dimension protectrice n'est sans doute pas celle qui explique le mieux l'apparition du droit du travail. *« C'est une réponse mythologique, construite a posteriori. C'est une réponse commode mais qui n'est pas analytiquement exacte »*. Pour l'intervenant, le droit du travail remplit simultanément 3 fonctions.

A. Une fonction de régulation de la concurrence

En premier lieu, le droit du travail a pour fonction de réguler la concurrence. Il s'agit de la fonction la plus ancienne, *« dont on a fini par oublier l'évidence »*. Deux exemples illustrent pourtant son importance.

Le premier tient à l'établissement d'un tarif pour les prestations de travail. Cette revendication était déjà à l'œuvre au début de la révolution industrielle, à une époque où la catégorie juridique « contrat de travail » n'existait pas encore. Les mouvements connus sous le nom de « révoltes de canuts » qui eurent lieu à Lyon à partir de 1831 avaient pour acteurs les ouvriers et artisans de la soie. Ces travailleurs très qualifiés réclamaient un prix minimum de leur travail pour éviter la concurrence de ceux qui acceptaient de travailler à des prix plus bas.

Le deuxième exemple est celui de la promulgation des décrets-lois de 1899 : *« Ces décrets-lois ont autorisé les municipalités à insérer des clauses spéciales dans les marchés publics afin d'imposer des conditions de rémunérations normales et éviter ainsi ce que l'on appellerait aujourd'hui le dumping social »*.

M. Lyon-Caen souligne que cette première fonction du droit de travail est d'une importance telle qu'elle a contribué à la configuration des sources du droit du travail : elle explique le rôle historiquement important de la loi et de la convention collective de branche pour fixer les conditions normales de travail et équilibrer la concurrence dans un secteur d'activité.

Cette articulation des sources a cependant été remise en cause ces dernières années, fragilisant cette fonction de régulation de la concurrence, alors même qu'il y a « *un retour massif de la concurrence par tous les canaux possibles* » :

Au niveau international, la concurrence revêt des formes multiples : sous-traitance internationale, délocalisation, détachement. Par exemple, dans le secteur du transport aérien, de nombreuses compagnies de transport essaient de rattacher le personnel navigant à des législations du travail qui génèrent des coûts moindres.

A se limiter même au territoire français, la concurrence reste très présente : l'externalisation des services s'apparente ainsi à une mise en concurrence des travailleurs d'une entreprise avec ceux d'autres entreprises.

A l'intérieur même d'une entreprise, l'évaluation peut encore être vue comme un moyen d'établir une concurrence interne entre chaque salarié.

Cette évolution vers une plus grande concurrence, évolution organisée par le droit du travail lui-même, « *n'aurait pas été possible sans un autre regard sur ce que sont les règles elles-mêmes* ». C'est ce que l'intervenant appelle la diffusion d'un « économisme du droit », selon lequel « *une règle n'est bonne que si on sait mesurer les résultats auxquels elle permet d'aboutir* ». Selon lui, c'est cet économisme qui a facilité la remise en cause de l'encadrement de la concurrence par le droit du travail.

B. Une fonction d'émancipation des travailleurs

En deuxième lieu, le droit du travail sert à l'émancipation des travailleurs, c'est à dire « *à faire des travailleurs des personnes maîtres de leur destin* ».

Historiquement, la voie principale empruntée pour atteindre cet objectif a été celle de l'action collective et syndicale. Ainsi groupés, les travailleurs visaient à leur émancipation professionnelle.

Puis, une deuxième voie a été expérimentée, celle de la « *démocratisation de la subordination ou la constitutionnalisation du droit du travail* ». L'intervenant rappelle que, depuis 1980, le droit français, par la loi et par la jurisprudence, reconnaît de plus en plus les droits fondamentaux des travailleurs. Les

libertés fondamentales du citoyen sont affirmées et garanties comme libertés du travailleur. Cette reconnaissance contribue à faire avancer l'émancipation des travailleurs.

Cependant, une limite est apparue à mesure que le droit donnait toujours davantage d'effets aux manifestations de la liberté individuelle du salarié. Le cas de la rupture conventionnelle individuelle est en est l'illustration. Aujourd'hui, cette liberté individuelle est donc chargée d'un sens différent de celui de l'émancipation : elle renvoie à l'idée que le salarié, dans ses rapports avec un employeur, aurait la capacité de déterminer seul ce qui est bon pour lui.

C. Une fonction d'organisation et de stabilisation de la rencontre entre le capital et le travail

En troisième lieu, le droit du travail organise et stabilise la rencontre entre le capital et le travail. Plus précisément, le droit du travail a permis de concevoir l'entreprise comme ce lieu de rencontre et contribue à définir la manière dont elle est gouvernée.

Cette idée est insuffisamment mise en évidence car, à l'inverse de ce que le droit allemand a su faire, en France, la société commerciale et l'entreprise sont rarement distinguées. *« La plupart du temps, quand on parle de gouvernement de l'entreprise, on parle de la gestion de la société. Or, cela empêche de bien comprendre que l'entreprise n'est pas la réunion des capitaux, mais la rencontre de la société commerciale, des associés et du travailleur. L'appréhension de cette distinction permettrait de mieux réfléchir aux conditions d'un bon gouvernement de l'entreprise. »*

Cette appréhension est encore rendu plus compliquée du fait des évolutions subies par la première fonction du droit de travail. L'intervenant souligne ainsi que le prisme de la concurrence gêne la réflexion sur ce qu'est l'entreprise. La pensée aujourd'hui dominante conçoit en effet l'entreprise comme un nœud de contrats, ce qui rend difficile sa conception en tant qu'organisation au sein de laquelle est gérée la rencontre du capital et du travail.

Cette conception n'est cependant pas la seule qui soit, et d'autres économistes ont bien montré que l'entreprise était un « *anti-marché* ». De fait, l'intervenant souligne que la logique du marché ne peut pas être le seul mode de coordination à l'intérieur de l'entreprise : *« Il faut que les gens s'entendent, s'organisent. L'investissement dans la compétence, c'est un investissement qui n'est pas celui que demande le marché ».*

Après cet inventaire, Monsieur Lyon-Caen procède ensuite à un diagnostic de l'état actuel des fonctions du droit du travail. Aujourd'hui, constate-t-il, « *toutes les trois se trouvent en pleine mutation* », si bien que le droit du travail lui-même change.

II. Les mutations du droit du travail

L'examen des causes des mutations du droit du travail précède celui de ses manifestations.

A. *Les causes*

Monsieur Lyon-Caen insiste sur l'ampleur des évolutions que le droit du travail subit actuellement. Comment expliquer ces évolutions?

Une première explication pourrait être trouvée dans les mutations du travail lui-même. Cette explication suppose, souligne l'intervenant, l'acceptation d'un déterminisme technologique selon lequel « *Le droit du travail change quand la technologie change* ».

A suivre cette analyse, le droit du travail correspondrait à un certain stade du développement du système productif, à savoir le Fordisme. En somme, le « *droit du travail de l'usine* » disparaîtrait au profit d'un « *droit du travail de la plateforme* », compte tenu de la disparition de la première entité et de la consécration de la seconde.

Cette explication est toutefois sommaire et partielle. En effet, le système productif est complexe et ne se réduit pas à une dimension technique. Il comporte aussi un aspect organisationnel : « *On oublie que même la plateforme demande un grand travail de coordination entre des personnes investies de compétences* ». De plus, le système productif est beaucoup plus hétérogène que le suggère la simple distinction usine-plateforme : « *Il y a toute une partie de l'activité dont le développement est à l'abri de la concurrence internationale, celle de l'activité liée à la personne* ».

Pointe alors une autre explication, d'ordre culturel, selon laquelle les « *vrais facteurs de changement sont moins des changements technologiques que l'interprétation qu'on leur donne* ». L'exemple historique du contrat de travail en est l'illustration : l'invention du contrat de travail n'est pas une invention technologique, mais une invention des interprètes d'une réalité économique et sociale particulière entre

1880 et 1900 : « *Ce sont des statisticiens, des juristes et des gestionnaires qui ont inventé un contrat particulier, non réductible aux autres contrats, dont le cœur est constitué par la subordination. Ce contrat s'appelait contrat de travail* ».

De même, insiste Monsieur Lyon-Caen, si droit du travail évolue aujourd'hui, c'est parce que le regard porté sur les règles a lui-même changé. Il a, à ce stade, rappelé que les règles juridiques ont toujours une double dimension. La première est une dimension instrumentale, selon laquelle une règle est un moyen pour obtenir un résultat. La deuxième est une dimension axiologique, selon laquelle une règle comporte des références à des valeurs et incorpore des hiérarchies des valeurs.

La dimension instrumentale a été particulièrement valorisée depuis une trentaine d'années: « *Presque toutes les réformes du droit de travail sont opérées au nom des résultats que les règles anciennes étaient réputées ne pas parvenir à obtenir et auxquels les règles nouvelles sont supposées parvenir* ». Par exemple, de nombreuses réformes ont pour objectif d'accroître la compétitivité des entreprises ou diminuer le chômage. Les règles anciennes étant jugées à l'aune de ces seuls objectifs, l'existence d'un chômage important et d'un manque de compétitivité des entreprises suffit à les discréditer et à justifier l'introduction de règles nouvelles.

A l'inverse, la dimension axiologique a été souvent oubliée. Pourtant, si le législateur français tend à l'ignorer, son existence lui est rappelée par le droit international, et en particulier par les droits fondamentaux énumérés dans les conventions internationales et la Charte sociale européenne.

Le plus récent des exemples est celui des barèmes d'indemnisation des salariés pour licenciement injustifié. La justification de leur instauration est purement instrumentale : « *Cela permet aux entreprises de faire des calculs plus précis et de ne pas être perturbées par l'intervention du juge dans la détermination du montant de l'indemnité* ». Mais la dimension axiologique de l'indemnisation d'une perte d'emploi est rappelée par certains textes internationaux. C'est en somme, ce qu'expriment certaines juridictions lorsqu'elles écartent la mise en œuvre du barème. Elles soulignent qu'une perte d'emploi ne peut être réduit à un simple chiffre prédéterminé. Car « *le travail, c'est un espoir, une source d'épanouissement qui a pu être contrarié par un licenciement injustifié* ».

Cette tension entre la dimension instrumentale et la dimension axiologique n'est certes pas nouvelle. Mais elle est devenue particulièrement marquée avec l'accueil réservé à des travaux d'économistes, tels que le rapport « Protection de l'emploi et procédures de licenciement » (Olivier Blanchard et Jean Tirole, *rapport du CAE*, La documentation française, 2003). Le droit de travail y est présenté comme source de rigidités qu'il faudrait transformer pour rendre le système productif plus efficace. Il faudrait, ainsi, remplacer le droit du licenciement et le contrôle juridictionnel par un système de cotisations prédéterminées. « Dans cette emprise d'une vision très économiste des règles, jusqu'où ira-t-on ? », se demande l'intervenant.

Une fois évoquées les causes des mutations actuelles du droit du travail, sont examinées les manifestations les plus brûlantes de cette évolution.

B. *Les manifestations*

De nombreux sujets font l'objet de mutations importantes. Mais le premier enjeu, pour l'avenir du droit du travail subordonné, est celui de son emprise, comme l'illustre le débat actuel concernant les travailleurs des plateformes. A leur égard, une question apparaît : « *Sont-ils des travailleurs subordonnés relevant du droit du travail ou sont-ils des travailleurs d'un autre type ?* ».

La question mérite une remise en perspective historique. En effet, jusqu'aux années 1990, primait une logique d'extension du champ d'application du droit du travail. Selon cette logique, « *tout le monde ou presque avait vocation à être reconnu travailleur subordonné* ».

Les mutations du droit de travail ont mis à mal cette logique, le législateur ayant notamment inséré dans le Code du travail une présomption de non-salariat (Article L8221-6).

La situation des travailleurs des plateformes résume bien la difficulté auquel est confronté le droit aujourd'hui. En effet, malgré l'étroite dépendance qui le lie parfois à la plateforme, « *Le travailleur de plateforme est seul, ne se conçoit pas comme membre d'une collectivité, il est concurrent avec les autres, il est libre et il n'appartient à aucune entreprise, sauf si on reconnaît l'algorithme comme entreprise* ».

Face à cette situation, plusieurs options sont possibles.

L'une d'entre elles consisterait à rompre avec l'alternative binaire travail indépendant/ travail subordonné pour établir une échelle de la subordination avec des gradations. A ce titre, il est rappelé que certains pays ont reconnu d'autres catégories de travailleurs que les travailleurs salariés, tels les « travailleurs économiquement dépendants » en Espagne, les « travailleurs coordonnés » en Italie, et les « *workers* » en Angleterre.

Dans cette perspective, le droit du travail serait constitué de différents cercles. Certaines règles concerneraient tous les travailleurs, tels les droits de grève ou le droit de la non-discrimination. D'autres ne concerneraient que les travailleurs subordonnés et non les travailleurs dépendants.

Cette orientation n'est cependant qu'une hypothèse et poserait de nombreuses questions. En effet, si on acceptait d'envisager l'existence d'un droit des travailleurs économiquement dépendants, il faudrait alors déterminer quelles seraient les obligations particulières pesant sur l'employeur en cas de travail dépendant d'une part, et de travail subordonné, d'autre part. Qu'en serait-il, notamment, en matière de santé et de sécurité ? Faudrait-il écarter certaines règles en cas de travail dépendant ou faudrait-il simplement alléger l'intensité des obligations pesant sur l'employeur ?

C'est en rapport avec cette question centrale du champ d'application du droit du travail salarié, que se poserait aussi la question de son contenu. Les défis sont, ici encore, nombreux et ne peuvent être qu'esquissés : comment, par exemple, articuler vie professionnelle et vie personnelle ? Ce sera, sur ce point comme sur d'autres, aux acteurs du droit du travail de déterminer les règles applicables demain au travail subordonné, acteurs qui, eux-mêmes, changent et connaissent des rapports évolutifs.

Echanges avec les participants

L'intervention de Monsieur Lyon-Caen a été suivie d'un important débat avec la salle, dont les principales questions sont ici résumées

Question 1

Une première préoccupation concerne la refonte des conventions collectives et particulièrement les regroupements des conventions collectives : « *comment comprendre ces transformations dans le cadre, plus large, de l'évolution du droit de travail ?* ».

Selon Monsieur Lyon-Caen, le sujet de la restructuration de la branche engendre un paradoxe. Si certains ont annoncé la mort de la convention collective de branche, la restructuration conduit à une certaine vitalité de celle-ci.

Mais ces regroupements posent la question de la cohérence des « branches » ainsi créés. Un regroupement volontaire ne pose pas de problèmes d'entente et de cohésion. A contrario, une fusion obligée pose des enjeux colossaux : *« Il y a des métiers aux compétences très diverses. Ainsi, des questions vont se poser concernant notamment la circulation d'un secteur à un autre ou le financement des formations ».*

Question 2

Une autre question concerne le système de management des entreprises et son impact sur le futur du droit du travail.

Monsieur Lyon-Caen précise que cette question renvoie non seulement à la dialectique de l'individuel et du collectif en entreprise, mais qu'elle interroge aussi quant aux conséquences de l'individualisation sur le droit du travail. Il faut, en somme, distinguer la reconnaissance du droit individuel, au sens d'un droit fondamental de la personne, et l'individualisation du rapport de travail qui met l'accent sur les performances individuelles.

L'exemple de la montée des systèmes d'évaluation est significatif. Cela permet une gestion beaucoup plus individuelle des carrières et des rémunérations : *« Là, c'est plutôt de l'individualisation que de la reconnaissance d'un droit individuel ».* Pour illustrer plus clairement la montée de l'individualisation, Monsieur Lyon-Caen emprunte une formule italienne, celle du « macho-management » qui indique une manière de management assez autoritaire.

Il nuance tout de même ses propos en affirmant que le système de rémunération liée aux résultats de l'activité du salarié peut être adapté au secteur des services. Encore faut-il qu'il n'aboutisse pas à créer une confrontation permanente entre collègues d'un même collectif de travail.

De manière générale, Monsieur Lyon-Caen estime qu'il faut rendre plus transparents les systèmes d'évaluation. Il faut, en d'autres termes, *« évaluer l'évaluation »*. : *« Cela mérite une pédagogie, à la fois*

dans la construction de ces systèmes et dans l'utilisation de leurs résultats ». En ce sens, le système de *ranking* des entreprises multinationales américaines mérite d'être analysé avec attention, voire parfois d'être condamné au nom de la prévention des risques psychosociaux.

Pour le moment, les juges ont du mal à adopter une ligne claire s'agissant du principe même de l'évaluation ou s'agissant des critères utilisés, par exemple les critères comportementaux. Ce sont également des sujets dont le dialogue social ne paraît pas s'être suffisamment emparé.

Question 3

Un participant demande des précisions concernant la fonction de régulation du marché du travail, et notamment l'influence du syndicalisme français.

Pour Monsieur Lyon-Caen, cette fonction existe « *que le syndicalisme fut développé ou pas* ». A ce titre, il met en évidence la préoccupation première du syndicalisme anglais qui était la même que celle de la loi française de 1899, c'est-à-dire encadrer la concurrence. Ainsi, en Angleterre, le syndicat des électriciens devait défendre les compétences des électriciens et leur rémunération normale. Ceci a fait naître des accords entre salariés et employeurs interdisant à ces derniers de recruter un électricien qui n'était pas payé selon ce que prévoyait le syndicat.

Question 4

Une question est posée concernant la responsabilité des acteurs juridiques, alors qu'on constate que l'organisation des systèmes productifs dépasse souvent le seul cadre juridique des sociétés commerciales et que ces activités ont aussi des incidences pour les tiers.

A cette question, il est répondu que, contrairement au droit de l'environnement, le droit du travail reste encore timide sur cette question. La loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre constitue toutefois une première étape. Il s'agit en effet d'une loi « *qui introduit une nouveauté très puissante dans le droit français* » en obligeant les groupes et l'ensemble des donneurs d'ordre et des sous-traitants à établir un plan de vigilance soumis aux organisations syndicales et au comité social et économique.

Question 5

S'agissant ensuite du sujet de la plateforme, un participant demande à l'intervenant quelle est son opinion sur les décisions récentes qui reconnaissent la qualité de salarié à des travailleurs de plateformes.

Monsieur Lyon-Caen rappelle que le droit français semble effectivement aller dans le sens de la reconnaissance d'une telle qualité aux travailleurs des plateformes, comme l'illustre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 janvier 2019 et celui de la Cour de cassation du 28 novembre 2018. Pourtant il rappelle qu'il est encore impossible de généraliser ces arrêts d'autant plus que « *les juges n'ont pas les moyens de concevoir quelque chose d'autre qu'indépendant ou salarié* ». Il insiste sur le fait que seul le législateur pourrait élaborer un statut du travailleur dépendant.

Il n'en reste pas moins que l'arrêt de la Cour d'appel, concernant un conducteur Uber, est très instructif. Cet arrêt reprend les caractéristiques du travailleur indépendant et ceux du travailleur subordonné. Il souligne que la subordination implique un contrôle de l'activité et un pouvoir de sanction. Toutefois, il ne mentionne pas expressément le critère de la direction, pourtant considéré comme majeur. Selon l'intervenant, cela pourrait être dû au fait que le conducteur Uber se connecte et se déconnecte quand il le souhaite. Un pourvoi a été formé et d'autres arrêts en la matière sont annoncés.

Question 6

Qu'en est-il de l'alignement du droit de travail avec les normes internationales et européennes et de l'impact du droit de l'Union sur les évolutions que subit le droit du travail ?

Monsieur Lyon-Caen rappelle l'existence d'une large famille de normes internationales qui proclament et garantissent les droits et les valeurs de notre civilisation, à savoir les conventions de l'OIT, la Charte sociale européenne et la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Cependant, en France, « *nous avons, jusqu'à ces dernières années, sous-estimé ces normes* ». La raison tient notamment, selon lui, au fait que la France a été une grande promotrice de ces normes et considérait, non sans présomption, que son propre droit était en conformité.

Or, « *la doctrine découvre ces dernières années que cela n'est pas forcément vrai* ». Pour appuyer ses propos, l'intervenant se réfère à l'ordonnance sur le contrat « nouvelle embauche » de 2005, qui a été jugé contraire à la convention 158 de l'OIT.

Il mentionne aussi la question des barèmes. Deux contrôles de conventionalité vont nourrir ce contentieux. Le premier est le contrôle abstrait de conventionalité, c'est-à-dire la conformité de la norme interne avec la norme internationale ; le second est le contrôle concret de la conventionalité. En effet, le juge cherche alors à savoir si l'application du droit interne ne heurte pas les exigences portées par la norme internationale. L'originalité de ce contrôle est qu'il ne sanctionne pas la norme interne de manière définitive, mais l'écarte dans des cas particuliers.

C'est ce type de contrôle de conventionalité qui pourrait être privilégié concernant le barème et, plus généralement, c'est sans doute ce type de contrôle qui aura tendance à se développer, même en dehors du domaine du droit de travail.

Plus globalement encore, la mobilisation actuelle des normes internationales par certains acteurs a pour objectif de montrer les limites d'un droit purement instrumental : ces acteurs veulent démontrer qu'« *on ne peut pas avoir un droit justifié uniquement par les résultats* ».

Dans cette évolution, le droit de l'Union Européenne joue un rôle complexe. La raison tient au fait que les directives européennes « *sont une combinaison entre le respect de certaines valeurs et la recherche d'une certaine instrumentalisation marchande* ».

Question 7

Une dernière question porte sur le rôle du juge : est-il possible d'imaginer un droit du travail sans juge ?

Loin d'être théorique, la question s'appuie sur le constat de restrictions de plus en plus importantes à l'accès au juge telles que l'utilisation massive des ruptures conventionnelles ou la réduction de la durée de la prescription. Il en résulte une réduction assez forte des litiges soumis à l'appréciation du juge.

Reprenant la formule du doyen Carbonnier, Monsieur Lyon-Caen répond qu'il n'y a pas de droit sans « *l'éventualité d'une sanction* ». Il s'agit « *d'un élément même de la définition du droit* ». L'intervenant

fait tout de même une nuance, en indiquant qu'il est possible d'imaginer des sanctions internes dans un système autonome. Tel était le cas, par exemple, en matière de discipline. Certaines entreprises s'étaient en effet dotées, à une certaine époque, de mécanismes paritaires de grande importance pratique (conseil de discipline...)

Concernant le droit du travail plus particulièrement, Monsieur Lyon-Caen affirme que celui-ci n'existe pas sans la possibilité de saisir un juge. La présence active de la tierce personne est un élément fondamental du système juridique, « *sans lequel le droit n'existe pas* ». Dans cette optique, le professeur partage l'inquiétude de la participante concernant ce mouvement instrumental cherchant à décourager le recours au juge.

Il cite plusieurs exemples qui lui semblent inquiétants et notamment la multiplication des prescriptions abrégées ou l'application du barème « *qui rend l'action en justice sans intérêt* ». L'évaluation par le législateur de la valeur d'un licenciement injustifié « *est une erreur* ». « *Le travail n'est pas réductible à une somme d'argent prédéterminée* ». Par ailleurs, un procès permet aux victimes de parler et d'être entendu : « *Priver les personnes de la possibilité de saisir un juge, c'est les priver d'une forme de thérapie* ».



Institut

du **travail**

Université de Strasbourg

Les Rendez-vous du Dialogue social 2019

●●● **Négociier dans les TPE-PME**

Christophe Mariano, juriste

📍 Art Café à Strasbourg

📅 Lundi **24 juin**, de **17h à 19h30**

Conférence-Cocktail

Référendum, négociation directe, accords-type, mandatement syndical, négociation avec les élus...De nombreuses voies empruntées mais un seul but : les TPE-PME sont un lieu à part entière de dialogue social.

Comment s'organise les négociations dans les TPE-PME ? Quelle articulation entre les différents dispositifs ? Quels sont les points qui suscitent le débat ? Quelle efficacité ? Quels dangers ? Quelles perspectives d'évolution ?

🆓 **Entrée libre sur inscription
dans la limite des places disponibles**

✉ tiphaine.garat@unistra.fr

☎ 03 68 85 83 25

📍 **Art Café /** Café du Musée
d'Art Moderne de Strasbourg

1 Place Hans-Jean-Arp

Tram B et F (Musée d'Art Moderne)



DIRECCTE
GRAND EST

Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence,
de la Consommation, du Travail et de l'Emploi



Institut

du **travail**

Université de Strasbourg

Les Rendez-vous du Dialogue social 2019

●●● Regards croisés sur le CSE et la BDES

Catherine **Fuentes-Barthel**, juriste
Fabienne **Tournadre**, économiste

Au plus tard le 31/12/2019, toutes les entreprises dotées de représentants du personnel passeront au CSE, produit de la fusion des anciennes institutions représentatives du personnel. Qu'en sera-t-il du droit à l'information consultation en termes de procédure, de délais, de répartition des compétences ? Quid de l'outil que représente la BDES pour permettre aux représentants du personnel de rendre un avis motivé ?

🆓 Entrée libre sur inscription dans la limite des places disponibles

✉ tiphaine.garat@unistra.fr

☎ 03 68 85 83 25

📅 Reims

28 Juin 2019

9H-13H

📍 **Hôtel de la PAIX**

9 rue Buirette

51100 Reims



DIRECCTE
GRAND EST

Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence,
de la Consommation, du Travail et de l'Emploi