

Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*

par Alain Supiot
Professeur à l'Université de Nantes**

Faut-il préférer la loi au contrat pour réformer les rapports sociaux en général et le droit du travail en particulier ? Cette question a empoisonné la dernière législature, les tenants d'une "refondation" négociée du droit social s'opposant à ceux de sa "modernisation" légale. De même l'évolution de l'état professionnel des personnes (qu'il s'agisse des salariés, des fonctionnaires, ou des demandeurs d'emploi) continue de mettre aux prises les défenseurs du statut et les partisans d'une contractualisation. Sommes nous donc condamnés à choisir entre caporalisme d'État et anarcho-capitalisme, entre le tout-réglementaire et le tout-contractuel ? Evidemment non. Une telle alternative n'a guère de sens au regard de l'histoire du droit du travail. Ce droit est né de l'irruption du travail dans la sphère du contrat. Arraché aux disciplines des corporations, le travail est devenu un objet d'échange dès 1789 et la contractualisation des relations de travail est donc de ce point de vue une chose aussi ancienne que fondamentale. Il est vrai que depuis cette contractualisation première, le droit du travail a servi à insérer un statut dans le contrat. Et il est également vrai, du moins dans le cas français, que ce statut a été principalement l'œuvre du législateur. C'est pourquoi l'érosion du statut salarial est aujourd'hui associée à l'idée de "contractualisation"¹. En France, cette érosion et les progrès du contrat sont généralement perçus comme les deux faces indissociables d'un même mouvement de retour aux origines du droit du travail : le contrat regagnerait le terrain conquis depuis un siècle par la loi. Une analyse comparative sommaire suffirait pourtant à en douter. Certes, l'englobement d'un statut

* Ce texte reprend et développe un exposé d'abord présenté oralement dans le cadre du séminaire international de droit social comparé organisé chaque année par le Comptresec (UMR-CNRS 5114) de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV sous l'égide de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale. Le séminaire de juillet 2002 portait sur la contractualisation des relations de travail. Les Actes de ce séminaire seront prochainement publiés dans le *Bulletin de droit comparé du travail* sous la direction de M.Philippe Auvergnon, que je remercie d'avoir bien voulu autoriser la présente publication.

** Maison des sciences de l'Homme *Ange Guépin* (UMR-CNRS 6028)

¹ V. pour le droit du travail : A.Jeammaud : Les polyvalences du contrat de travail, *Mélanges G.Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989,299; Ph. Waquet: Le renouveau du contrat de travail, *RJS* 1999, p.383; J.-E.Ray : Du tout-Etat au tout-contrat ? *Dr.Soc.* 2000, 574; M.-A. Souriac et G. Borenfreund : La négociation collective entre désillusion et illusions, *Mélanges Verdier*, Dalloz, 2001, 383; Chr.Radé : La figure du contrat dans le rapport de travail *Dr.Soc.* 2001, 802; J.Pélissier : Droit des conventions collectives. Évolution ou transformation, in *Mélanges J-M Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, 95 s.; et sur le phénomène de contractualisation dans son ensemble : Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.) *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles, Pub. des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, 696 p.; Assoc. H.Capitant : *La relativité du contrat* Paris, LGDJ, 2000; A.Supiot : La contractualisation de la société, in Y.Michaux (dir.) *Qu'est-ce que l'humain ?* Travaux de l'Université de tous les savoirs, vol. 2, Paris, O.Jacob, 2000, pp. 157-167.

professionnel dans le contrat de travail est une donnée commune à tous les pays "développés". Mais il s'est opéré sous des formes nationales variées, si bien que dans nombre d'entre eux, notamment les pays anglo-saxons, la remise en cause du statut salarial se traduit plutôt par un recul des conventions face à la loi. Sauf à isoler le droit français du reste du monde, on ne peut donc pas, pour comprendre le sens profond de la contractualisation, faire l'économie d'une mise en perspective historique et comparative des usages de la notion de contrat en droit du travail.

Le droit romain distinguait nettement le *contrat* (*contractus*²: accord formel engageant juridiquement les parties) de la *convention* (*conventio, pactum* : accord informel reposant sur la bonne foi)³. Cette distinction se retrouve d'une certaine manière en droit du travail anglais, où l'on distingue le *contract* de l'*agreement*. Comme la convention romaine, le *collective agreement* est dépourvu de la force exécutoire, qui est l'apanage du *contract of employment*; d'où le recours des juristes britanniques à l'idée d'incorporation (de "contractualisation"?) des clauses de la convention collective dans l'accord individuel⁴. Cette solution a permis de maintenir le juge à l'écart du champ de la négociation collective et les partenaires sociaux y demeurent très attachés⁵. En droit français en revanche ne subsiste de la distinction romaine que la vague idée selon laquelle la notion de convention serait plus large que celle de contrat⁶. Mais le code civil emploie indifféremment ces deux termes⁷. Et en droit du travail, la distinction a acquis un sens nouveau, avec la *convention* collective, qui se distingue à la fois du *contrat* individuel de travail (par son effet normatif) et de l'*accord* collectif (par son objet, qui recouvre l'ensemble des conditions d'emploi et de travail et les garanties sociales de toutes les catégories professionnelles, tandis que l'accord ne traite que de parties de cet ensemble)⁸. En

² Participe passé de *contrahere*, *contractus* est rarement employé comme substantif en droit romain. *Contrahere* nommait l'action de se lier juridiquement, mais le résultat de cette action se trouvait désignée soit génériquement comme *obligatio*, soit par le nom propre du contrat considéré (*emptio, locatio, societas, mandatum*, etc.).

³ Cf. P. Girard *Manuel de droit romain*, Paris, Rousseau, 5^e éd. 1911, p.432 sq.

⁴ S. Deakin & G.S. Morris *Labour Law* Londres, Butterworths, 3^e éd. 2001, p 75 s et 259 s.

⁵ Ainsi lorsque le Législateur a tenté en 1971 de donner force juridique aux conventions collectives en présumant leur caractère exécutoire, la mention TINALEA (*This is not a legally enforceable agreement*) est devenue une clause de style prémunissant les signataires des conventions collectives de cette "juridisation" de leurs relations. Cf. B. Weeks & al. *Industrial Relations and the Limits of Law. The Industrial Effect of the Industrial Relations Act 1971*, Oxford, Blackwell, 1975, p. 156 s.

⁶ Cf. *C.civ.* art. 1101 qui définit le contrat comme "une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose" (V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette *Droit civil. Les obligations* Paris, Dalloz, 7^e éd. 1999, n°45). De même, le plan du code du travail range le contrat individuel dans la catégorie générique des conventions (Livre Ier) mais certains auteurs n'hésitent pas à faire l'inverse et à traiter des conventions collectives sous le titre générique de "contrats du travail" (F. Gaudu & R. Vatinet *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux* in *Traité des contrats*, ss. la dir. de J. Ghestin, Paris, LGDJ, 2001, 625 p.).

⁷ Parmi les "conditions essentielles pour la validité des *conventions*", figurent par exemple dans le plan du code civil "la capacité des *parties contractantes*" et "l'objet et la matière des *contrats*".

⁸ *C.trav.* art. L.132-1.

revanche les droits français et anglais ont en commun de distinguer selon la nature individuelle (contrat/*contract*) ou collective (convention/*agreement*) de l'accord. Vainement chercherait-on en droit du travail allemand une trace de cette distinction: le contrat de travail (*Arbeitsvertrag*) et la convention collective (*Tarifvertrag*), y sont deux variétés d'une même notion de contrat (*Vertrag*). En revanche l'allemand opère une distinction terminologique entre deux variétés de contrats que le français ou l'anglais confondent : d'une part le *Vertrag*, qui implique l'idée d'un compromis entre des intérêts différents et d'autre part le *Vereinbarung*, qui implique l'idée d'une union en vue d'un intérêt commun⁹. Le travailleur salarié ou le syndicat sont parties à des contrats avec les employeurs, mais les accords conclus au sein de l'entreprise entre le chef d'entreprise et le conseil d'entreprise sont des *Betriebsvereinbarungen*. Il n'est pas besoin d'entrer plus avant dans ces considérations linguistiques pour deviner les errements auxquels s'exposerait un juriste qui s'en tiendrait à son pré carré national pour analyser les transformations du droit contemporain. Avec l'effritement des cadres juridiques nationaux, la compréhension de notre propre droit requiert de prêter attention aux autres, car aucune langue, pas même l'anglais ou le français, ne suffit à épuiser le sens de ce dont nous parlons¹⁰.

Le droit communautaire est un observatoire privilégié de ce miroitement du sens, et les multiples facettes de la contractualisation se voient par exemple dans les différentes versions linguistiques de la récente directive 2002/14/CE du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs. L'article 4 §.4-e de cette directive offre un bel exemple de "contractualisation" des relations de travail, puisqu'il prévoit que "la consultation s'effectue en vue d'aboutir à un *accord* sur les décisions relevant des pouvoirs de l'employeur visées au §.2-c". Il ne fera pas de doute pour le lecteur français que cet accord est un accord collectif doté de force obligatoire entre les parties et de force normative à l'égard des salariés. Rien de tel toutefois dans la version anglaise : "Consultation shall take place with the view to reaching an *agreement* on decisions within the scope of the employer's powers referred to in §.2-c". Le lecteur britannique ne doutera pas un instant que la directive vise un *collective agreement*, dénué de toute force exécutoire. Quant à la version allemande, elle dispose : "Die Anhörung erfolgt mit dem Ziel, eine *Vereinbarung* über die in Absatz 2, Buchstabe c) genannten Entscheidungen, die unter die Leitungsbefugnis des Arbeitsgeber fallen, zu erreichen". Le lecteur allemand ne doutera pas davantage que la directive impose

⁹ Cf. F.Gamillscheg *Kollektives Arbeitsrecht* München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, §§; P.Hanau & K.Adomeit *Arbeitsrecht* Kriftel, Luchterhand 12° éd. 2000, n° 413 s., p. 119 s.

¹⁰ Matière première de la pensée, les langues possèdent comme tout système symbolique deux faces que le comparatiste ne doit jamais dissocier. Chaque langue, dans le même temps, nous transporte dans une certaine représentation du monde, propre à une culture déterminée, et nous donne du monde une image sincère, bien que différente de toutes les autres. Comme les 36 vues du Mont Fuji d'Hokusei, les langues sont autant de points de vue différents sur un même objet. C'est pourquoi elles sont à la fois irréductibles et traduisibles. Le droit comparé n'aurait pas de but sans cette traductibilité et pas d'objet sans cette irréductibilité.

à l'employeur et aux représentants du personnel d'œuvrer ensemble à la définition du bien commun de l'entreprise, dans l'esprit de coopération (*Geist der Zusammenarbeit*) visé à son article 1er, et que si les parties sont bien invitées à se lier juridiquement, ce n'est pas par une convention collective (*Tarifvertrag*).

On comprend dès lors pourquoi il est malaisé de réduire la contractualisation des relations de travail à une question univoque. S'agit-il de la promotion de la convention collective face à la loi ? Mais on ne trouve rien de tel dans les pays anglo-saxons. Aux États-Unis, l'effondrement du système de négociation collective légué par le *New Deal* a au contraire conféré au Législateur et au juge un rôle sans précédent dans l'encadrement des contrats individuels de travail¹¹. Au Royaume-Uni c'est le Législateur qui, animé depuis l'ère Thatcher par la volonté de "décollectiviser la relation de travail", s'est employé à démanteler le système de "collective bargaining", et ce sont les directives européennes qui fournissent à bien des égards le socle d'un nouveau droit du travail. Faut-il alors comprendre la contractualisation comme promotion du contrat de travail face à la convention collective ? Mais cette interprétation est démentie par l'évolution du droit du travail dans la plupart des pays de l'Europe continentale. Ainsi l'évolution du droit français depuis 20 ans a été marquée par la généralisation de la couverture conventionnelle, grâce aux techniques de l'extension et de l'élargissement, et par l'obligation de négocier collectivement une grande partie des questions antérieurement abandonnées aux relations individuelles de travail. La contractualisation devrait-elle alors désigner en termes plus généraux un recul de l'hétéronomie face à l'autonomie ? Mais partout s'observe au contraire l'inflation des lois et le poids grandissant des juges.

Le phénomène dit de contractualisation ne consiste donc nullement en un reflux de la loi face au contrat ni en un recul du dirigisme face au laissez-faire. Loin de signifier un retour aux origines contractuelles du droit du travail, il s'exprime par l'apparition de nouveaux concepts et de nouvelles techniques juridiques qui visent à dépasser l'opposition de l'hétéronomie et de l'autonomie. Au lieu de soumettre les relations de travail à des règles imposées de l'extérieur ou bien de s'en remettre au contraire au libre jeu du rapport de forces entre employeurs et salariés, on s'efforce d'associer les uns et les autres à la définition et à la mise en œuvre des règles nécessaires au bon fonctionnement du marché du travail. Ainsi entendue, la contractualisation n'est que l'une des manifestations des idéaux de la "régulation" ou de la "gouvernance". Elle participe d'un mouvement plus large de transformation des sources du droit, dont le droit communautaire offre maints exemples (accords légiférants des art. 138-139 du Traité CE; lignes directrices sur l'emploi de l'art. 128; méthode ouverte de coordination des art. 130 et 140) et qui combinent toutes à des degrés divers : l'énonciation de principes généraux ou d'objectifs communs;

¹¹ Cf.M.Piore : "The Reconfiguration of Work and Employment Relations in the United States at the Turn of the Century", Actes (à paraître) des Deuxièmes Rencontres France/BIT, Lyon, janvier 2002, <www.ilo.org/public/french/bureau/inst/papers/confrnce/lyon2002/index.htm>

l'évaluation périodique des résultats sur la base d'indicateurs ou de critères communs (*benchmarking*); et le recours à de nouvelles formes de négociation collective. On ne prétend plus pouvoir dicter de l'extérieur des règles de bien commun, mais on n'admet pas pour autant, à la différence des idéologues libéraux¹², que l'intérêt général puisse résulter spontanément de la poursuite par chacun de son intérêt particulier. Pour résoudre cet apparent dilemme, on introduit un cadre normatif qui oblige les acteurs du système, non seulement à participer activement à la définition et à la mise en œuvre des règles de bien commun, mais aussi à contribuer à leur révision constante en fonction des enseignements de cette mise en œuvre¹³. Cette évolution va de pair avec une transformation de nos concepts juridiques de base : d'un côté la loi devient une norme relative, dont le sens dépend des conventions qui la préparent ou la mettent en œuvre; de l'autre, le contrat se mue en instrument d'asservissement de la volonté des parties à des impératifs qui les dépassent. Autrement dit la souveraineté ne se transporte pas de l'État vers les parties contractantes. La souveraineté du Législateur décline (I), mais en retour la liberté contractuelle est canalisée et programmée (II).

I - La relativité des lois ou le déclin de la souveraineté du Législateur

"La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation"¹⁴. Dans les institutions démocratiques issues de la philosophie politique des Lumières, le Peuple a le pouvoir de se fixer lui-même ses propres lois. Sauf lorsqu'il en use directement (hypothèse du référendum), ce pouvoir doit s'exercer au travers de l'assemblée de ses représentants élus¹⁵. Le Parlement élu au suffrage universel est ainsi dans toutes les démocraties le siège normal du pouvoir législatif. Cette représentation nationale incarne la volonté générale, et ne saurait consister en l'assemblée de représentants de corps ou d'intérêts particuliers. Aucune "section du peuple", aucun corps intermédiaire, ne saurait être admis à y imposer sa loi à l'ensemble¹⁶, car "le

¹² Cf. L.Dumont : "La 'fable des abeilles' de Mandeville : l'économie et la moralité", in *Homo œqualis-I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Gallimard, 1977, p.83 s.

¹³ On retrouve ici l'idée de rétroaction (*feed-back*) venue de la cybernétique et aujourd'hui transposée dans le système juridique (Cf. Travail, droit et technique *Droit Social* 2002, 13).

¹⁴ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, art. 6.

¹⁵ Cf. l'art. 20 §.3 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 : "La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté *doit* s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote". C'est parce que la loi est conçue comme l'expression de la volonté du peuple, que l'élection a été préférée dans les démocratie modernes au tirage au sort, qui était pourtant de règle dans la démocratie athénienne (Cf. B.Manin *Principes du gouvernement représentatif* Paris, Flammarion, 1996, p.20 sq.).

¹⁶ Cf. l'art. 3 de la Constitution de 1958 : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice".

principe de *toute* souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément"¹⁷.

Concernant la France, on serait tenté de faire remonter à 1958 et à la Constitution de la V^{ème} République le début d'un mouvement de déclin de la souveraineté du Législateur. Avec la maîtrise accordée au Gouvernement sur l'ordre du jour du Parlement¹⁸, le pouvoir législatif a été amputé de l'essentiel de l'initiative des lois. Et il a perdu son omnipotence avec la création d'un domaine réservé du pouvoir réglementaire¹⁹, placé sous la garantie d'une instance nouvelle - le Conseil constitutionnel - qui allait servir plus tard de modèle à la composition des premières Autorités de régulation. En 1958 ce recul du Législateur s'opère au profit de l'exécutif, c'est-à-dire en pratique au profit des grands corps de l'État, qui allaient bientôt réunir entre leurs mains les plus hautes fonctions politiques, économiques et administratives. C'est de cette époque que date au fond la réapparition dans nos institutions du pouvoir de corps intermédiaires bientôt désignés comme "noblesse d'État"²⁰. Une dizaine d'années seulement plus tard, dans les soubresauts de l'après-68 et des débats sur "l'autogestion", la "participation", et la "nouvelle société", un autre type de corps intermédiaires - les organisations syndicales et patronales - commencent à apparaître sur la scène législative, avec la mise en œuvre d'une "politique contractuelle" qui vise à les associer étroitement à la conduite des affaires publiques. Cette tendance ne se limite pas aux affaires sociales et s'exprime aussi, plus discrètement mais plus sûrement, dans des domaines aussi divers que l'éducation nationale ou l'agriculture. Dans le domaine social, cette association passe par la négociation entre le patronat et les confédérations syndicales d'accords nationaux interprofessionnels (ANI) destinés à peser sur l'élaboration ou sur la mise en œuvre des lois. Cette association est demeurée jusqu'à il y a peu un simple usage, ne liant pas juridiquement le Législateur (A). Mais elle est aujourd'hui revendiquée comme un droit, dont la consécration emporterait un véritable partage du pouvoir législatif (B)

A) La "politique contractuelle" ou l'association de la négociation au pouvoir législatif

L'association de la négociation collective à l'œuvre du Législateur est entrée imperceptiblement dans nos mœurs, et il n'est donc pas inutile de commencer par esquisser une typologie des formes qu'elle a prises. Les problèmes soulevés par cette association diffèrent en effet selon qu'elle participe à l'élaboration ou à la mise en œuvre de la loi.

¹⁷ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 3.

¹⁸ Consti. art. 48 : " l'ordre du jour des assemblées comporte, par priorité et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, la discussion des projets de loi déposés par le Gouvernement et des propositions de loi acceptées par lui".

¹⁹ Consti. art. 37 : "Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire".

²⁰ Cf. P. Bourdieu *La noblesse d'État* Paris, Minuit, 1989.

1) La négociation collective peut participer tout d'abord de *l'élaboration de la loi*. C'est le phénomène de la *loi négociée*, qui n'a cessé de gagner en importance puis trente ans²¹. Le sens de la loi procède alors des accords qui accompagnent son élaboration, et la distinction s'estompe entre négociation (i.e. transaction entre intérêts particuliers) et délibération (i.e. recherche de l'intérêt général). Ce phénomène de la loi négociée connaît deux variantes. La première consiste à donner aux partenaires sociaux l'initiative du contenu de la loi. Une négociation collective est alors organisée en amont de la délibération parlementaire. L'accord qui en résulte est ensuite repris en tout ou partie sous forme législative. Cette méthode a été utilisée à de nombreuses reprises pour réformer de vastes secteurs du droit du travail : formation professionnelle, durée du travail, emploi, mensualisation, contrats précaires, etc. Dans cette première variante, les partenaires sociaux se voient déléguer en fait le pouvoir d'initiative que la Constitution (art.39) réserve en droit au Premier ministre et aux parlementaires. Leur accord fait alors fonction de projet de loi, ce qui a conduit les partenaires sociaux à revendiquer parfois pour eux-mêmes un pouvoir que la Constitution de la V^{ème} République accorde au Gouvernement²² : celui de limiter le droit d'amendement du Parlement, et d'imposer à ce dernier un "vote bloqué" sur la légalisation de leur accord²³.

Une seconde variante consiste à légiférer en deux temps, séparés par un temps de négociation. Le Législateur commence par fixer dans une première loi un objectif général et à engager les partenaires sociaux à négocier les moyens d'atteindre cet objectif. Il adopte ensuite une seconde loi qui s'inspire des résultats des négociations ainsi intervenues. Cette méthode avait été suivie notamment en 1982 pour introduire le droit à l'expression directe des travailleurs²⁴, puis en 1987 pour abolir l'autorisation administrative préalable des licenciements économiques²⁵. Elle est conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui admet que le Législateur puisse laisser aux partenaires sociaux le soin de fixer des règles relatives aux principes fondamentaux du droit du travail, "dès lors que la latitude ainsi laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui permettre d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'évaluation des pratiques qui en sont résultées"²⁶. Elle a été reprise en 1998 pour

²¹ Cf. l'article pionnier de J.-M.Verdier et Ph.Langlois: "Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif", *D.* 1972, Chr., 253.

²² Consti. art. 44, al 3 : "Si le Gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement"

²³ Ils l'ont fait en introduisant des clauses prévoyant "l'autodestruction" de leur accord si les stipulations de ce dernier venaient à être modifiées par la délibération parlementaire (Cf.G.Couturier *Droit du travail* Paris, PUF, t.1, 3^o éd. 1996, n^o27, p. 53).

²⁴ Loi n^o 82-689 du 4 août 1982, et loi n^o 86-1 du 3 janv. 1986. V. *C.trav.* art. L.461-1 et suiv.

²⁵ Loi du 3 juillet 1986, accord interprofessionnel du 20 oct. 1986, et loi du 30 déc. 1986; sur cette réforme v. M.Despax : De l'accord à la loi *Dr. Soc.*, 1987, p.184 s.

²⁶ C.consti. déc. n^o96-383 DC du 6 nov. 1996. V. sur cette décision B.Mathieu : "Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective", *D.* 1997, Chr. p.152; Et sur l'expérimentation

instaurer la semaine de 35 heures : une première loi, du 13 juin 1998 (dite Aubry-I, du nom de la ministre-législatrice) en a posé le principe et le calendrier de mise en œuvre; une seconde loi, du 19 janvier 2000 (dite Aubry-II), en a fixé le régime. Cette seconde loi devait s'inspirer des négociations intervenues entre temps sur la base de la première.

Jusqu'à cette date, le phénomène de la loi négociée demeurait en droit français, à la différence du droit communautaire, une simple pratique sans effet contraignant pour le Législateur, dont la souveraineté demeurait formellement intacte. La réforme des 35 heures a été l'occasion de lui donner pour la première fois une certaine portée constitutionnelle. Les partenaires sociaux avaient conclu en effet certains accords qui, bien que conformes à la lettre de la première loi, ne répondaient pas aux attentes de la ministre ! Dès lors, non seulement la loi Aubry-II ne reprit pas à son compte l'esprit de ces accords, mais son article 28 intimait aux partenaires sociaux l'ordre de les renégocier dans un sens qui lui soit conforme. Le Législateur pouvait-il anéantir ainsi des normes contractuelles participant au processus législatif, au seul motif qu'elles ne répondaient pas à ses attentes ? Le Conseil constitutionnel a estimé que non²⁷. Certes, selon lui il était loisible au Législateur de tirer les enseignements des accords législatifs conclus sous l'empire de la première loi. Mais il ne pouvait remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant, sauf à méconnaître deux principes à valeur constitutionnelle : le principe de liberté (déclaration des droits de l'Homme de 1789, art. 4) et le principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail (Préambule repris de la constitution de 1946, al.8). Par cette décision, le Conseil constitutionnel a étendu son contrôle aux atteintes que le Législateur peut éventuellement porter à la liberté contractuelle et admis que le pouvoir législatif pouvait être borné par le respect dû aux conventions collectives.

2) La négociation collective peut participer en second lieu de *la mise en œuvre de la loi*. C'est le cas lorsque le Législateur prévoit que l'application de la loi passera par le filtre de dispositions conventionnelles. Le sens de la loi se découvre alors dans sa mise en œuvre et la différence s'estompe entre l'édiction et l'application de la loi. Cette forme d'association à l'œuvre législative connaît elle aussi plusieurs variantes aujourd'hui bien connues.

La première résulte de l'introduction en droit du travail de *lois supplétives*, qui ouvrent la possibilité de conclure des *accords dérogatoires*, de branche ou d'entreprise. La loi ne fixe plus alors un minimum intangible que la négociation ne pourrait aménager que dans un sens plus favorable aux travailleurs, mais devient une simple norme subsidiaire applicable seulement en l'absence d'alternative

législative: C.-A. Morand (dir.) *Évaluation législative et lois expérimentales*, PU Aix-Marseille, 1993, 242 p.

²⁷ C.consti., déc. n°99-423 DC du 13 janv. 2000; v. X.Prétot : Le Conseil constitutionnel et les trente-cinq heures *Dr.Soc.* 2000, 257. V. ensuite dans le même sens les déc. 436 DC du 7 déc. 2000 et 451 DC du 27 nov. 2001.

conventionnelle. Par ce mécanisme, le Législateur habilite les partenaires sociaux à substituer à l'application de la loi de la République celle de la "loi" de la profession ou de l'entreprise. Les négociateurs se trouvent ainsi investis d'une parcelle du pouvoir législatif, mais ils ne le sont que si et dans la mesure où le Législateur l'a voulu. Cette possibilité de dérogation suppose en effet une habilitation législative expresse²⁸. Leur participation à la souveraineté du Législateur demeure donc entièrement tributaire de la volonté de celui-ci. Un tel mécanisme fait de la loi une *norme subsidiaire* et permet ainsi de poser un impératif légal tout en laissant place à la diversité des contextes dans la mise en œuvre de cet impératif. C'est la raison pour laquelle il a été accueilli avec faveur en droit communautaire, où il a trouvé ses développements les plus remarquables²⁹.

Une deuxième forme d'association des partenaires sociaux à la mise en œuvre de la loi consiste dans l'adoption d'une *loi dispositive*, qui ouvre une faculté, qui ne pourra être mise en œuvre que par la voie conventionnelle. A la différence de la loi supplétive, la loi dispositive ne fixe aucune règle subsidiaire applicable au cas où la norme conventionnelle ferait défaut. Un tel mécanisme fait de la loi une *norme incitative* et c'est la raison pour laquelle il a été largement utilisé en matière de politique de l'emploi. Il permet à l'État de peser sur le marché du travail tout en respectant la liberté des opérateurs intervenant sur ce marché. On pourrait ranger dans cette catégorie la plupart des lois qui mobilisent les ressources du Fonds National de l'Emploi. L'accès à ces ressources est alors subordonné à la conclusion d'une série de contrats emboîtés les uns dans les autres selon des montages divers : convention entre l'État et l'entreprise (dite convention FNE), accords collectifs entre employeurs et syndicats, contrat individuel entre employeurs et salariés sujets/objets de la mesure³⁰. Mais ce mécanisme s'est étendu à bien d'autres aspects du droit du travail, comme par exemple la lutte contre les discriminations³¹, l'intéressement et l'épargne salariale³², l'incitation à la réduction du temps de travail³³, etc.

²⁸ C.E.27 juil.2001, Fédération nationale des transports Force Ouvrière, *RJS* 1/02, n°107 (nullité des dispositions d'un décret prévoyant, en l'absence d'habilitation législative expresse, que des accords collectifs pourraient déroger à ses dispositions dans un sens défavorable aux salariés).

²⁹ Ainsi par exemple, pour mettre en œuvre l'obligation d'information et de consultation dans les entreprises multinationales, la directive n°94/45/CE impose la constitution dans ces entreprises de "groupes spéciaux de négociation" chargés de définir le contenu concret de cette obligation et ne prévoit de système de consultation que subsidiairement, pour pallier l'hypothèse d'un échec de cette négociation.

³⁰ Cf. J.Pélissier, A.Supiot, A.Jeammaud *Droit du travail* Paris, Dalloz, 21° éd., 2002, n° 230 s.

³¹ V. *C.trav.* art. L.123-4-1 et D. 123-1 à 123-5; loi du 13 juil. 1983, art.18 (modif. par la loi n°2001-397 du 9 mai 2001) et art. D. 123-6 et s., prévoyant la conclusion de "contrats pour l'égalité professionnelle" entre l'État et l'employeur ou une organisation professionnelle ou interprofessionnelle.

³² V. en dernier lieu les mécanismes incitatifs introduits par la loi dite Fabius : Loi n°2001-152 du 19 fév. 2001 (J.O. du 20). V. Y.Saint-Jours, *D.*2001, Chr., p.1179; G.Iacono, *D.* 2001, Chr., p. 1259; F.Favennec-Héry, *RJS* 1/02, Chr. p.2.

³³ V. les dispositions financières des lois de passage aux 35 h. (Cf. J.Pélissier, A.Supiot, A.Jeammaud *Droit du travail* op. cit. n°935).

Une troisième forme d'association des partenaires sociaux consiste pour le Législateur à leur confier le soin de préciser les modalités concrètes des normes qu'il édicte, ce qui revient à leur confier l'exercice d'une partie du pouvoir réglementaire qui échoit normalement au Gouvernement. Cette méthode a reçu l'aval du Conseil constitutionnel en vertu du principe de participation des travailleurs visé à l'article 8 du Préambule constitutionnel³⁴. Elle a reçu en droit communautaire une consécration particulièrement éclatante avec la possibilité ouverte par le Traité CE de transposer les directives par voie de conventions collectives (art. 137 §.4 et 139 §.2)

Le point commun de ces différentes manifestations de la politique contractuelle est d'avoir toujours reposé sur le bon vouloir du Législateur, qui demeure libre d'octroyer ou non aux représentants de corps intermédiaires la possibilité de négocier le contenu des lois qui les gouvernent. C'est sur ce point que la "contractualisation" des relations de travail connaît aujourd'hui une rupture notable avec la revendication par les partenaires sociaux d'un véritable droit à participer à l'œuvre législative.

B) Les avatars de la "refondation sociale" et la revendication d'un partage du pouvoir législatif

*Aux origines du projet de "refondation sociale", se trouve la décision du Gouvernement d'imposer le principe de la semaine de 35 h. sans négociation préalable avec les partenaires sociaux. En rendant manifestes les limites de la pratique de la loi négociée, l'échec de la conférence pour l'emploi de 1997, au cours de laquelle cette décision fut annoncée, a paradoxalement précipité la revendication d'un véritable *partage de compétences* entre le Législateur et les partenaires sociaux. Simple usage, cette pratique repose toujours sur un choix discrétionnaire de l'État et ne garantit nullement aux représentants des salariés et des employeurs un quelconque droit de participer à la fabrication de la loi. Cet échec a marqué un tournant très important dans l'histoire des relations sociales en France. Il a été à l'origine d'un séisme au sein de l'organisation patronale, qui non seulement a changé de nom (le CNPF, Conseil National du Patronat Français, disparaissant au profit du mouvement des Entreprises de France : Médef) et de dirigeants, mais aussi et surtout de philosophie. La pratique de la loi négociée reposait, comme toute forme de *gentlemen's agreement*, sur la confiance mutuelle quant au respect des règles du jeu de la négociation. Estimant cette confiance trahie par le Gouvernement, le patronat*

³⁴ "Il est loisible au Législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte" (C.consti. déc. 89-257 du 25 juil. 1989, *Dr.Soc.* 1989, 81, note X.Prétot, *AJDA* 1989, 796, note F.Benoit-Rhomer). Sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle relative au principe de participation, v. les stimulantes réflexions de X.Prétot : "Les sources du droit du travail au regard du droit public", in B.Teyssié (dir.) *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998, n°209 s.

s'est dès lors fixé pour objectif de "refonder" les relations sociales sur une reconnaissance juridique de la place des partenaires sociaux parmi les sources du droit social. La question ne pouvait guère être posée d'emblée au plan constitutionnel, car le principe de participation consacré par le Préambule de la Constitution ne vise que les travailleurs et non les employeurs. Ce principe devait en revanche se trouver immanquablement mis en cause dès lors que les confédérations syndicales étaient enrôlées par le Médef dans un programme concret de "refondation sociale", visant à réformer des pans entiers du droit du travail et de la sécurité sociale (l'assurance chômage, la formation professionnelle, l'assurance maladie, la santé et la sécurité au travail, etc.).

La réforme de l'assurance chômage offrait un terrain particulièrement propice pour engager le combat de la refondation des rapports entre la loi et le contrat. A la différence de la plupart des autres pays européens, l'assurance chômage relève on le sait en France, pour des raisons historiques³⁵, du droit du travail et non du droit de la sécurité sociale³⁶. Elle est fondée sur une convention collective interprofessionnelle périodiquement renégociée. La loi n'est pas absente pour autant du système : le Législateur lui a donné une base légale, conférant ainsi aux chômeurs des droits opposables au régime conventionnel d'assurance; et la convention elle-même doit être agréée par le Gouvernement pour acquérir un effet normatif. Le Medef entendait "activer" les dépenses d'assurance chômage en liant plus étroitement le versement d'un revenu de remplacement et les efforts de retour à l'emploi³⁷. Ceci impliquait une évolution des missions de l'assurance chômage qui, au lieu de se borner à verser un revenu de remplacement, serait chargée d'aider le chômeur à retrouver un emploi, dans le cadre d'un projet défini contractuellement avec lui³⁸. Le nœud du conflit ne portait pas sur l'esprit de la réforme (le

³⁵ V. C. Daniel et C.Tuschszirer, *L'État face aux chômeurs*, Paris, Flammarion, 1999, 394 p

³⁶ Pour une présentation complète, v. J.Pélissier, A.Supiot, A.Jeamnaud *Droit du travail* Paris Dalloz, 21^e éd. 2002, n° 148 s.

³⁷ Cette idée d'activation n'est pas nouvelle, et ses contours demeurent incertains ; V. M. Elbaum : Coût du chômage, dépenses passives, traitement social : quelles significations pour un redéploiement ? *Dr. Soc.* 1996, 451 ; A. Arseguel : Vers un infléchissement des missions du régime d'assurance chômage, *Dr. Soc.* 1996, 586 ; J.-L. Dayan : L'avenir de l'assurance chômage : à nouveaux risques, nouveau régime ? *Dr. Soc.* 1996, 670 ; J.-P. Domergue : Assurance chômage et aide à la réinsertion, *Dr. Soc.* 1998, 912 ; Y.Chassard et A.Bosco : L'émergence du concept d'employabilité, *Dr. Soc.* 1998, 903 ; P.Kosonen : Actions, incitations au travail et workfare dans quatre pays scandinaves, *Travail et Emploi* n° 79, 1999, 1 ; C.Erhel : Les politiques actives de l'emploi en France et en Suède, *Travail et Emploi* n° 79, 1999, 17.

³⁸ Le patronat souhaitait également mettre à profit la baisse du chômage pour diminuer corrélativement les cotisations d'assurance, tandis que les syndicats voulaient au contraire consacrer les excédents du régime à une amélioration de l'indemnisation. Les négociations engagées sur ces bases aboutirent à la conclusion le 14 juin 2000 d'un "protocole d'accord sur les voies et moyens favorisant le retour à l'emploi". Signé par seulement deux confédérations de salariés (CFDT et CFTC) sur les cinq présentes à la négociation, ce projet a été la source d'une partie de bras de fer entre ses signataires et le Gouvernement. Après avoir prorogé la convention antérieure, ce dernier a refusé d'agréer la nouvelle convention, et invité les partenaires sociaux à reprendre les négociations (Cf.

Gouvernement affirmant même son intérêt pour l'idée d'aide contractualisée au retour à l'emploi) mais bien sur la répartition des compétences entre l'État et les partenaires sociaux. La question se posait en particulier de savoir si les parties à une convention collective pouvaient promouvoir une réforme de la loi en adoptant des stipulations contraires aux dispositions législatives en vigueur. Confirmant sa jurisprudence antérieure³⁹, le Conseil d'État y a répondu par l'affirmative : les partenaires sociaux peuvent insérer dans leurs accords des stipulations incompatibles avec ces dispositions à la date de signature de l'accord tout en subordonnant l'entrée en vigueur de ces stipulations à l'intervention des modifications législatives ou réglementaires nécessaires. Mais le ministre ne peut agréer ces stipulations avant que cette réforme législative soit intervenue⁴⁰. De fait, après qu'une solution du conflit ait été trouvée par accord direct entre le premier ministre et le président du Medef, la nouvelle convention, expurgée de ses dispositions contraires à la loi, a été agréée⁴¹; puis une loi nouvelle est intervenue pour apporter les modifications souhaitées par les partenaires sociaux⁴²; enfin ces dispositions nouvelles ont été mises en œuvre par de nouvelles conventions entre les partenaires sociaux.

Par l'adoption en 2001 d'une "position commune sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective" les partenaires sociaux ont entendu tirer les leçons de la bataille de l'assurance chômage. Cette partie de bras de fer entre l'État et les partenaires sociaux a laissé des traces profondes : elle a avivé les divisions syndicales, ruiné l'idée de "dialogue social", subordonné la négociation collective au combat politique. Ce faisant elle a fait surgir chez les organisations syndicales et patronales une revendication encore inimaginable il y a peu : celle d'une consécration constitutionnelle de leurs attributions normatives face à celles du Législateur. La "position commune" du 16 juillet 2001, qui a posé cette revendication, a été adoptée par toutes les organisations syndicales et patronales représentatives au plan national, à la seule et notable exception de la CGT⁴³. Après

Lettre des ministres du Travail et des Finances du 24 juillet 2000, et réponse des organisations signataires, *Dr.Soc.* 2000, 823). Plusieurs mois de crise furent nécessaires pour déboucher sur la signature (malgré l'opposition persistante de la CGT et de FO), puis l'agrément de la nouvelle convention. Cf. sur cette réforme : *La nouvelle assurance chômage*, *Droit Social*, n° spéc. avr.2001 ; G.Adam : La refondation sociale aux prises avec le réel *Dr.Soc.* 2001, 3; J.-J.Dupeyroux: Un étrange feuilleton *Dr.Soc.* 2001, 345; B. Brunhes : Les bonnes raisons d'une refondation sociale *Dr. Soc.* 2000, 571; D. Gelot, C. Lévy, W. Pelletier : La nouvelle convention d'assurance-chômage : de la formation au formatage des demandeurs d'emploi, *Dr. Soc.* 2002, 631.

³⁹ CE, Ass., 20 déc. 1995, n° 159904, Syn. nat. des masseurs-kinésithérapeutes, Concl. Maugué.

⁴⁰ C.E. 4 juil. 2001, Medef et CGPME, *Dr.Soc.* 2001, 842, concl. S.Boissard; C.E. 11 juil. 2001, Syndicat SUD travail et autres, *Dr.Soc.* 2001, 857, concl. S.Boissard.

⁴¹ Convention du 1er janv. 2001 et Règlement annexé (JO du 6 déc. 2000).

⁴² Loi du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel.

⁴³ *Liaisons soc.* du 1er août 2001, C1, n°174. Ce texte se situe dans le prolongement d'un précédent accord de méthode sur la négociation collective (Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, reconduit pour 3 ans par accord du 8 avril 1999. Cet accord a été signé du côté patronal par le

avoir préconisé l'introduction du principe majoritaire en matière de négociation collective (nous y reviendrons) ce texte propose "de clarifier et d'articuler les domaines respectifs de compétences et de responsabilité de l'État et des partenaires sociaux".

Ces domaines seraient au nombre de trois :

1°) le domaine réservé du Législateur : à ce dernier incomberait la fixation des principes généraux applicables aux rapports des salariés et des employeurs dans leur vie professionnelle;

2°) le domaine partagé du législatif et du réglementaire d'une part et des interlocuteurs sociaux d'autre part : à ces derniers incomberait normalement le soin de négocier les modalités d'application des principes généraux fixés par la loi ainsi que la transposition des directives communautaires, la loi ou le règlement n'intervenant en ces domaines que de manière subsidiaire, pour garantir l'application des principes généraux ou des directives à tous les travailleurs en cas d'échec des négociations;

3°) le domaine propre des interlocuteurs sociaux serait celui de l'amélioration des dispositions d'ordre public social et la création de droits nouveaux.

Pour sceller cette répartition des compétences, la "position commune" prévoit de confier à une instance "indépendante des parties : pouvoir exécutif, législatif et interlocuteurs sociaux" (sic) le soin de contrôler que le contenu des accords n'enfreint pas l'ordre public social; le pouvoir judiciaire trouverait lui aussi sa limite dans les prérogatives des partenaires sociaux, puisque le juge devrait obligatoirement s'en remettre à l'avis préalable de commissions paritaires composées de représentants des signataires d'un accord avant de trancher tout problème d'interprétation de cet accord.

Ce texte étonnant n'a guère retenu l'attention des juristes⁴⁴, alors qu'on y trouve dans une pureté quasi cristalline l'expression des mouvements de fond qui ébranlent aujourd'hui notre conception traditionnelle de la souveraineté dans un Etat démocratique. D'un côté il revendique un partage du pouvoir législatif entre les représentants du peuple et ceux des "interlocuteurs sociaux". De l'autre il en appelle à une Autorité régulatrice, susceptibles de veiller au respect de cette répartition du pouvoir. Dans ce montage typique des idées de "régulation" ou de "gouvernance", le principe du Tiers ne disparaît pas, mais il se déplace de l'État vers des Autorités qui seraient garantes des limites du pouvoir de l'État⁴⁵. D'une part la séparation des

CNPF, la CGPME, et l'UPA et du côté salarial par la CFDT, la CFTC et la CGC. V. G. Coin, *Dr. Soc.* 1996, p. 3 et s. ; Cohen, *Dr. Soc.* 1996, p. 18 ; M.-L. Morin, *Dr. Soc.* 1996, p. 11 et s.)

⁴⁴ V. cpt M. Bonnechère : "La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères" *Dr.ouv.* 2001, 411; G. Bélier : Des voies nouvelles pour la négociation collective, *SSL*, n°1038 du 23/7/01; et sur la position initiale du Médef, G. Lyon-Caen "A propos d'une négociation sur la négociation" *Dr.Ouv.* 2001, 1.

⁴⁵ Cf. sur ce point A. Supiot : "Critique de la régulation", préface de l'édition Quadrige de *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2002

pouvoirs législatif et exécutif s'estompe (ils sont mis dans le même sac), de même que celle du public et du privé : l'État se trouve englobé dans un schéma contractuel (les pouvoirs exécutif et législatif étant considérés comme des "parties" au même titre que les "interlocuteurs sociaux"). D'autre part réapparaît la vieille distinction de la *potestas* et de l'*auctoritas*, avec l'appel à une Autorité qui serait garante de la répartition des domaines normatifs de l'État et des partenaires sociaux, comme le Conseil constitutionnel l'est des domaines de la loi et du règlement. S'estompe semblablement la distinction de la loi et du contrat, du délibéré et du négocié, pour laisser place à la séparation de l'énoncé des *principes* d'une part et des *procédures* de mise en œuvre de ces principes d'autre part. Les principes représenteraient la part fixe, intangible, de l'ordre normatif (ils relèvent par nature de l'ordre public social) tandis que les procédures représenteraient la part mobile, adaptative de cet ordre (c'est pourquoi la création de nouveaux droits se trouve rangée dans le domaine propre des partenaires sociaux, et non dans le domaine partagé avec le Législateur : ne seraient intangibles que les principes tandis que la définition des droits issus de ces principes se résoudrait dans des procédures de négociation).

Indépendamment des vicissitudes politiques susceptibles d'affecter sa mise en œuvre⁴⁶, l'architecture institutionnelle ainsi dessinée par les partenaires sociaux est symptomatique d'un mouvement beaucoup plus profond, qui procède de l'érosion de la souveraineté des États nations et affecte notre conception même de la loi⁴⁷. C'est d'ailleurs l'un des arguments invoqués par les partenaires sociaux, que de souligner que ce qu'ils revendiquent en droit interne a déjà été consacré en droit communautaire. Il n'existe pas de "nation européenne" et c'est, fort logiquement, en droit communautaire que sont en effet apparues les premières entorses à l'interprétation traditionnelle du principe démocratique, selon laquelle la souveraineté nationale est une et ne peut s'exprimer que par l'entremise des représentants élus de la Nation. De ce principe, le Traité de Rome offrait dès l'origine une vue brouillée, avec la division du travail législatif entre une Autorité de marché (la Commission), une instance représentative des États (le Conseil), une assemblée d'élus (le Parlement) et un juge habilité à rendre des arrêts de règlement (la Cour de Justice des communautés, qui "Dit pour droit..."). Encore pouvait-on penser que le Conseil étant lui-même composé de représentants de gouvernements démocratiquement élus, le principe était sauf, qui fait de l'élection la base du pouvoir législatif en régime démocratique. Un pas décisif a été franchi avec le Traité de Maastricht, qui a permis qu'en matière sociale les partenaires sociaux puissent

⁴⁶ L'attachement des partenaires sociaux à leur autonomie est inversement proportionnelle à leur influence politique sur la majorité parlementaire du moment. La tentation est grande en effet d'user d'un efficace *lobbying* législatif ou réglementaire pour obtenir les réformes souhaitées et s'épargner ainsi le coût d'une négociation. Mais pour un Gouvernement ce *lobbying* peut être pesant et politiquement coûteux. Il pourrait donc être tenté de reprendre rapidement à son compte les orientations de la position commune.

⁴⁷ V. interprétant cette évolution comme le retour à une "conception consultative du droit" F.Zenati : L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, *D.* 2002, Chr. 15.

s'inviter à la place du Parlement dans le processus d'élaboration des directives⁴⁸. Ces "accords légiférants" sont incontestablement une innovation juridique majeure. Ils conduisent à un partage du pouvoir législatif entre de multiples instances : la Commission qui prend l'initiative du processus législatif, les partenaires sociaux, qui se saisissent de cette initiative et négocient le nouveau texte, le Conseil, qui donne force de directive à ce texte, et enfin les États membres qui sont garants des résultats imposés par la directive dans chaque ordre juridique national. Il n'y a guère que le Parlement européen qui ne soit pas appelé à intervenir dans ce processus d'élaboration et de mise en œuvre de la loi européenne ! Ainsi que le juge communautaire l'a observé, c'est une version nouvelle du principe de démocratie qui se trouve alors instituée, version dans laquelle la "représentativité cumulée suffisante" de groupes d'intérêts se substitue à la représentativité électorale des députés européens⁴⁹. Cette version nouvelle a évidemment un parfum d'Ancien Régime, la représentation équilibrée des différents corps sociaux reprenant le pas sur la loi du nombre comme mode d'expression de la volonté des peuples.

On aurait tort cependant de voir dans le droit communautaire une sorte de cheval de Troie, étranger à la culture juridique française. Car les accords légiférants consacrés par le Traité de Maastricht sont de facture typiquement française. Aucun autre grand pays européen n'offrait en effet le modèle d'une négociation nationale interprofessionnelle associée à l'œuvre législative. C'est donc d'une certaine manière notre propre image que le droit communautaire nous renvoie, même si c'est l'image de notre héritage féodal, c'est-à-dire d'un aspect de la culture juridique française dont nous répugnons à nous avouer la persistance et la force⁵⁰. Nous avons du mal à

⁴⁸ Dispositions aujourd'hui "consolidées" par les art. 138-139 Traité CE.

⁴⁹ "Le respect du principe de démocratie, sur lequel l'Union est fondée requiert en l'absence de participation du Parlement européen au processus d'adoption d'un acte législatif que la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux..." (Trib. des Communautés européennes, 17 juin 1998 [aff. T-135-96] CGPME, *Droit Social* 1999, 53, obs. M.-A. Moreau, v. §.89).

⁵⁰ Comme la scène primitive freudienne, la période médiévale est passée sous silence par nombre d'auteurs contemporains qui prétendent retracer la genèse de nos catégories juridiques de base. Quand ils ne fixent pas tout simplement l'origine du monde à 1789 (voire 1804!), ils sautent directement de l'Antiquité à la Renaissance, du droit romain aux droits nationaux. La puissance de ce refoulement est d'autant plus grande en France qu'il s'agit du pays où la féodalité connut son expression la plus achevée (Cf. M. Bloch *La société féodale* Paris, Albin Michel, 1^o éd. 1939, rééd. 1994). Sur les origines médiévales du contrat moderne on consultera donc avec profit F. Spies *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Th. Paris, Sirey, 1928; H. J. Berman *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* Harvard University Press, 1983, p. 246 s. (grand livre dont il faut saluer la toute récente traduction française par Raoul Audouin : *Droit et Révolution* Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, préf. Chr. Atias, 2002, 684 p.); P. Legendre *Les enfants du Texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992, p. 269 s.; et sur les origines médiévales de la représentation électorale : L. Moulin : "Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes", *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, avr-juin 1953, pp. 143-148; et du même auteur : "Sanior et maior pars. Étude sur l'évolution des techniques électorales et délibératives dans les ordres religieux du VI^o au VIII^o siècle" *Revue historique de droit français et étranger*, n^o 3 et n^o 4, 1958, pp. 368-397 et pp. 491-529 ; G. de Lagarde *La naissance de l'esprit laïc à la fin du Moyen-Age*, Louvain, 1956; M. Clark *Medieval*

comprendre qu'il puise une modernité nouvelle dans le déclin des Etats nations. Et nous demeurons généralement aveugles au fait que le déclin de la souveraineté du Législateur ne s'accompagne nullement d'un progrès symétrique de la liberté contractuelle. La "network society", est le lieu d'une résurgence de la dimension féodale de notre culture contractuelle. A la manière du lien de vassalité, le contrat sert aujourd'hui à inscrire les hommes libres dans un tissu d'obligations qui les enveloppe et les dépasse. Le contractant demeure libre, mais l'usage de sa liberté est programmée.

II - L'asservissement des conventions ou la programmation de la liberté contractuelle

On serait tenté de penser que le déclin de la souveraineté du Législateur conduit à un accroissement mécanique de la liberté contractuelle. Mais ce serait oublier que cette liberté ne peut se déployer pleinement que si la loi prend en charge tout ce qui n'est pas réductible à un échange de biens et services, c'est-à-dire tout ce qui excède la négociation de valeurs mesurables. Dès lors que la loi au contraire renvoie au contrat le soin de définir ce qu'elle doit signifier, les parties au contrat se trouvent asservies à des objectifs qui dépassent leur simple intérêt patrimonial. Au lieu de servir à échanger des quantités, le contrat se "publicise" en participant à la définition d'un bien commun. Ceci rejaillit sur l'autonomie de la volonté des parties : elles demeurent libres de vouloir, mais à condition d'asservir leur volonté à des objectifs qui dépassent leur intérêt propre. Leur liberté est programmée pour la réalisation de ces objectifs. Ce phénomène se manifeste au plan individuel par la normalisation des comportements et au plan collectif par l'instrumentalisation des sources du droit.

A) La normalisation des comportements

Que le contrat puisse être un instrument d'asservissement de la volonté d'une personne à celle d'une autre n'a rien qui puisse surprendre. C'est tout le sens du lien de subordination, caractéristique du contrat de travail. Mais cet asservissement tend aujourd'hui à prendre une forme nouvelle. Avec l'affadissement du critère de la subordination, nombre de salariés jouissent d'une certaine liberté, mais d'une liberté dirigée, assujettie à des objectifs souscrits d'accord avec le chef d'entreprise. Le pouvoir s'exprime alors au travers de critères "objectifs", indépendants du pouvoir arbitraire d'un chef. Du gouvernement des hommes, on passe alors à ce qu'on appelle aujourd'hui la "gouvernance". La gouvernance est au gouvernement ce que la régulation est à la réglementation et l'éthique à la morale : une technique de normalisation des comportements qui tend à combler l'écart entre la loi et le sujet de

Representation and Consent, New-York, 1964; A.Monahan *Consent, Coercion and Limit. The Medieval Origins of parliamentary Democracy*, Montréal 1987; Y.Congar *Droit ancien et structures ecclésiastiques*, Londres, 1982, pp.210-259; G.Post *Studies in Medieval Legal Thought*, Princeton, 1964, pp.123-238.

droit⁵¹Cette nouvelle manière de discipliner les hommes concerne évidemment au premier chef les travailleurs, mais elle touche aujourd'hui les demandeurs d'emploi et les employeurs eux-mêmes.

1) *Le travailleur "objectivé"*

"On a été objectivés !" : c'est le mot par lequel les travailleurs désignent leur soumission aux nouvelles formes empruntées par la direction des "ressources humaines"⁵². En principe, ces techniques de "management participatif" consistent à assigner au salarié des objectifs transparents, vérifiables et connus de tous, dont la mise en œuvre donne lieu à une procédure faite d'entretiens d'évaluation réguliers. Cette procédure sert à évaluer à la fois la performance du salarié et la pertinence des objectifs, et à adapter les uns et les autres aux leçons de l'expérience. La question s'est rapidement posée de savoir quelle portée juridique accorder à ces objectifs. Selon la jurisprudence, le manquement à les atteindre n'est pas de plein droit une cause de licenciement, car ils doivent, pour être opposables au salarié, satisfaire trois conditions⁵³ : être réalistes; être adaptés à la capacité professionnelle du travailleur, à la fois en termes de formation et de moyens d'action; et enfin il faut que soit caractérisée une faute du salarié qui n'est pas parvenu à les atteindre. Cette jurisprudence est tout à fait conforme aux principes mêmes de la direction par objectifs, qui visent à purger le pouvoir patronal de toute trace d'arbitraire. Au-delà de la difficulté particulière qu'elle tranche, elle exprime une règle de portée beaucoup plus générale : il n'est pas, du point de vue juridique, de critère "objectif" qu'on puisse prétendre faire échapper au principe du contradictoire.

Que l'assentiment éclairé du salarié soit désormais une condition de légitimité des décisions patronales, on en trouvera une autre manifestation dans la jurisprudence qui subordonne à l'accord du salarié, l'application d'une sanction disciplinaire emportant modification du contrat de travail⁵⁴. Très contestée en doctrine, cette jurisprudence a d'indéniables effets pervers, puisqu'elle incite l'employeur à toujours préférer le licenciement à des sanctions moins graves. Mais on y trouve une illustration particulièrement nette de ce que signifie l'objectivation des disciplines : elles cessent d'être l'expression du pouvoir unilatéral pour s'exprimer par des peines consenties par ceux qui les subissent. Autrement dit la contractualisation participe ici d'une intériorisation des disciplines. Rien donc de surprenant à ce que ce

⁵¹ Rapp. l'image du droit chez Michel Foucault (M.Alves da Fonseca *Michel Foucault e o direito* São Paulo, Max Limonad, 2002, trad. fr. à paraître).

⁵² Cf. E.Orban *Le service public : notion et activités de travail* Th. (philo), Univ. Aix-Marseille-I, 2002, dactyl. 325 p., p. §§

⁵³ Cf. Ph.Waquet : Les objectifs, *Dr.Soc.* 2001,120

⁵⁴ Soc. 16 juin 1998, Sté Hôtel Le Berry, *Dr.Soc.* 1998, 803, rapp. Ph.Waquet. V. Chr. Radé "A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique" *Dr.Soc.* 1999, 3; M. Morand : Le contractuel pourchasse le disciplinaire, *JCP*, éd. E, 1998, 2058.

phénomène s'étende au-delà du contrat de travail, ainsi que le montre la récente "refondation" du régime d'assurance chômage.

2) *Le chômeur "objectivé"*

Inspirée de l'expérience britannique du *Job seeker agreement*⁵⁵, la principale innovation de la "refondation" de l'assurance chômage a consisté à contractualiser les liens unissant le chômeur aux organes professionnels du régime d'assurance (l'Assedic) et aux services de l'État (l'ANPE). Désormais, on le sait, tout demandeur d'emploi doit signer avec l'Assedic un *plan d'aide au retour à l'emploi* (PARE) qui rappelle ses droits et obligations ainsi que ceux de l'Assedic et de l'ANPE. Le versement du revenu de remplacement (l'allocation de retour à l'emploi) est "consécutif" à cette signature⁵⁶. Le PARE précise les engagements du demandeur d'emploi et notamment celui de se présenter à un entretien approfondi à l'ANPE au plus tard dans le mois suivant sa signature. A l'issue de cet entretien, l'ANPE et le demandeur d'emploi s'accordent sur un *projet d'action personnalisé* (PAP). Ce projet, qui peut être révisé si le demandeur ne retrouve pas un emploi dans les 6 mois suivant la conclusion du PARE, définit les types d'emplois qui correspondent aux qualifications et aux capacités professionnelles du demandeur ou ceux vers lesquels il souhaiterait se reconvertir, et les prestations ou formations qui seront nécessaires à la réalisation de ce projet⁵⁷. Le PAP constitue ainsi un véritable "contrat d'objectifs" où se retrouvent tous les ingrédients du management participatif (définition contractuelle des objectifs, procédure d'évaluation rétroagissant sur les objectifs initiaux, etc.). Il constitue un exemple particulièrement caractéristique d'une évolution beaucoup plus générale qui substitue à une logique de contrôle de l'application de la loi une logique d'accompagnement de la réalisation d'un projet défini conjointement⁵⁸. L'idée de sanction tend alors à se dissoudre dans des mécanismes contractuels de révision régulière des droits et obligations des parties⁵⁹.

La question s'est immédiatement posée de savoir si le chômeur pouvait refuser de signer le PARE sans perdre son droit aux allocations. En faveur d'une réponse affirmative, était invoqué le fait que cette signature constituait une condition

⁵⁵ Cf. J. Carby-Hall : La fonction et l'effet du droit social britannique dans le contexte du débat emploi/chômage, *RID comp.* 1997, n° 1, 75

⁵⁶ Règlement annexé à la Convention du 1er janv.2001, art.1er.

⁵⁷ V. pour une présentation d'ensemble : J.Pélissier, A.Supiot et A.Jeamnaud *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 21° éd., n° 158 sq. Et pour une analyse approfondie de la réforme : *La nouvelle assurance chômage*, *Droit Social*, n° spéc. avr.2001.

⁵⁸ V. par exemple en matière pénitentiaire les missions du service d'orientation et de probation, chargé d'assurer le suivi d'un projet de réinsertion du détenu (*C. proc. pén.* art. D.460 s.; v. P.Poncela *Droit de la peine* Paris, PUF, 2° éd. 2001, p.298 s.).

⁵⁹ Rapp. l'idée de "contrat relationnel" développée en droit américain (I.R. MacNeil *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press, 1980; H.Muir-Watt : Du contrat "relationnel", in *La relativité du contrat* Tvx. de l'Assoc. Capitant, Paris, LGDJ, 2000, 169).

nouvelle à l'indemnisation du chômage, que les partenaires sociaux n'avaient pas le droit d'ajouter aux conditions limitativement prévues par la loi. Le Conseil d'État a estimé au contraire que ce plan ne créait pas d'obligations nouvelles à la charge du demandeur d'emploi⁶⁰. L'obligation de signer le PARE est analysée par le juge administratif comme une modalité de l'obligation légale de recherche d'emploi. L'élément nouveau n'est pas le lien entre indemnisation et recherche d'emploi, puisque celle-ci a toujours été une condition de celle-là, mais la contractualisation de ce lien⁶¹. Cette contractualisation a pour objet d'une part de définir concrètement le contenu de l'obligation légale de recherche d'emploi, et d'autre part d'engager juridiquement le régime d'indemnisation à faciliter cette recherche.

Elle vise à remédier aux absurdités du système antérieur de traitement uniforme et bureaucratique des chômeurs, interdits de toute activité hormis la consultation, huit heures par jour ouvrable, des offres d'emploi. La violence des critiques doctrinales qui lui sont adressées a donc de quoi surprendre. Regrette-t-on la "belle époque" du chômeur soumis à dégressivité de ses allocations et interdit de formation, interdit d'activités bénévoles, interdit d'activités réduites, etc. ? Pense-t-on vraiment que les périodes de transition professionnelle se prêtent à un traitement indifférencié, qui ne tient pas compte des vœux et capacités des travailleurs ? Il est vrai que la contractualisation recèle des risques pour les chômeurs, mais ces risques seront d'autant plus grands que l'on s'emploiera à vider le PARE et le PAP de leur force contractuelle et à les priver ainsi de leur principal intérêt pour le chômeur, qui est d'obliger l'Assedic et l'ANPE à prendre et à respecter des engagements précis à son égard, c'est-à-dire à devoir répondre de la bonne exécution de leur mission. Les qualifier de documents simplement informatifs, rappelant solennellement les obligations du chômeur mais n'en créant aucune à la charge des institutions qui les signent, serait au contraire le plus sûr moyen de faire produire ses pires effets normalisateurs à la "contractualisation" de la situation des demandeurs d'emplois⁶². Réduit à un acquiescement unilatéral aux disciplines qu'on leur impose, le PARE ne servirait qu'à les asservir davantage au bon vouloir des institutions sociales.

Mais si l'on admet que le PARE est bien un contrat, la position adoptée par le Conseil d'État signifie qu'une obligation de contracter peut être implicitement contenue dans une obligation légale. Dès lors que l'obligation de recherche d'emploi est imposée par la loi, ce ne serait rien y ajouter que d'en faire l'objet d'un contrat.

⁶⁰ CE 11 juil.2001, *RJS* 10/01 n°1157 et 1168.

⁶¹ Chr.Willmann : Le chômeur cocontractant *Dr.Soc.* 2001, 384.

⁶² V. en ce sens TGI Paris, 2 juil.2002, *RJS* 10/02, n°1161. Selon ce jugement "la signature d'un tel document ne peut être considérée comme une contractualisation des rapports entre l'allocataire et l'Assedic et l'ANPE, les engagements pris à cette occasion n'étant que le rappel des obligations voulues par le législateur". Cet argument serait solide si l'on avait affaire à un document stéréotypé se bornant à expliquer les dispositions de la loi (comme c'est le cas par exemple des "chartes des thèses" : v. C.E. 21 déc. 2001, *Perbal*, n°220097). Mais ce n'est pas le cas du PARE et du PAP, qui ont au contraire pour objet d'engager les parties dans un processus de négociation de leurs obligations respectives et de personnaliser ainsi le lien de droit qui les unit

Voilà qui ouvre évidemment de vastes perspectives au contrat, qu'aucune digue n'empêcherait de se répandre dans l'immense domaine des obligations légales. Mais voilà aussi qui montre que le contrat ne sort pas indemne de la contractualisation d'une obligation légale. Celle-ci s'accompagne en effet nécessairement d'obligations de contracter qui bousculent, c'est le moins qu'on puisse dire, le principe de la liberté contractuelle.

3) *L'employeur "objectivé"*

La souveraineté du chef d'entreprise est l'un des postulats du droit du travail. Situé au sommet d'une pyramide hiérarchique, il est en principe seul juge de ses choix de gestion, et seul responsable des fautes commises dans le cadre de l'entreprise qu'il dirige. Or cette souveraineté se trouve elle-même affectée par la pénétration de disciplines "objectives" dans la sphère contractuelle. Comme ses salariés, ou comme les chômeurs, le chef d'entreprise se trouve asservi à la réalisation d'objectifs auxquels il est censé avoir adhéré.

La figure de l'employeur dépendant, qui prospère avec les *réseaux d'entreprise*, est la manifestation la plus évidente de cette emprise de la direction par objectifs sur le pouvoir patronal lui-même⁶³. Tandis que dans un groupe de sociétés, le directeur d'une filiale se trouve juridiquement soumis aux ordres de la société mère (via les organes sociaux), au sein d'un réseau, l'activité de chaque entreprise se trouve soumise au respect de normes de qualité et d'efficacité qui ne dépendent du bon vouloir d'aucune d'elles, mais auxquelles toutes ont contractuellement adhéré. Ces normes "objectives" (ISO) sont des normes privées, élaborées par des experts au sein d'agences présumées indépendantes. Leur observation est semblablement contrôlée par des organismes indépendants de certification⁶⁴. Et elles tirent leur force obligatoire du maillage contractuel qui tisse juridiquement le réseau. Avec ces montages, qui évoquent irrésistiblement des formes préindustrielles d'organisation de l'économie⁶⁵, le contrat devient un instrument de mise en œuvre au sein du réseau de disciplines communes, de normalisation au sens le plus technique du terme, de l'exercice du pouvoir de direction des chefs d'entreprises.

Ces techniques de normalisation ont été aussi mises en œuvre pour assujettir les chefs d'entreprises à la défense des intérêts des actionnaires. Ce fut l'objet des principes de la *Corporate Governance*, tels qu'ils ont été énoncés d'abord dans les pays anglo-saxons⁶⁶ puis en Europe continentale. Ces principes ont pour objet

⁶³ Cf. Les nouveaux visages de la subordination *Dr.Soc.* 2000, 131

⁶⁴ Cf. F.Mayer (dir.) *Certifier la qualité ?* Presses Universitaires de Strasbourg 1998, 287 p.

⁶⁵ Cf.Ph.Minard : Contrôle économique et normes de production dans la France des Lumières, in Istituto Datini, *Poteri economici e poteri politici (XIII^e-XVIII^e)* Firenze, Le Monnio, 1999, p.641 s.

⁶⁶ Publication à la fin des années 80 du rapport de l'*American Law Institute* intitulé *Principles of Corporate Governance*, suivi quelques années plus tard au Royaume-Uni de celle d'un *Code of Best Practice* issu des travaux de la Commission Cadbury; v. une présentation de ces textes par A.Tunc : Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-

d'assujettir la direction des entreprises à des objectifs de "création de valeur" pour les actionnaires (i.e. des objectifs d'enrichissement des détenteurs du capital social). Cet asservissement ne s'exprime pas par des ordres donnés au chef d'entreprise (qui demeure libre des voies et moyens de la "création de valeur"), mais ici encore par la mise en œuvre de normes "objectives": les normes comptables - qui vont tout à la fois imprimer et exprimer ses choix de gestion. La technique comptable distingue on le sait la comptabilité de gestion (dite analytique) et la comptabilité financière (destinée à l'information des tiers). Dans le cas des groupes de sociétés, les règles de la comptabilité financière (comptes consolidés) sont élaborées par des autorités internationales de droit privé, composées d'experts en principe indépendants⁶⁷. Les normes élaborées par ces autorités ont été réformées depuis une vingtaine d'années, pour mieux refléter les performances des entreprises en matière de "création de valeur", au moyen d'indicateurs tels l'*economic value added*. C'est ainsi notamment qu'a été abandonné le vieux (et prudent) principe dit du coût historique, qui voulait qu'on ne comptabilise un bien que pour sa valeur d'acquisition. La prudence veut en effet que la dépréciation d'un bien soit prise en compte (par les techniques de l'amortissement ou par la constitution de provisions), mais que l'on ne spéculé pas sur son appréciation supposée. Y a été substitué le principe de la "*fair value*", selon lequel un actif doit être compté à la valeur actualisée des flux de revenus futurs qu'il est censé générer, c'est-à-dire en pratique à sa valeur de marché le jour de clôture des comptes (dite valeur de marché instantanée).

Tout le problème du chef d'entreprise, et la condition de son maintien dans son poste, est d'accroître cette valeur. Les salaires en revanche, étant comptés comme des charges, leur réduction drastique, notamment par les réductions d'effectifs, suffit à créer mécaniquement de la "valeur" dans cette image comptable de l'entreprise. La "politique contractuelle" de l'entreprise (embauche, licenciements, achats, ventes, emprunts etc.) se trouve dès lors toute entière déterminée par son image comptable (d'où les licenciements boursiers). Le principe de *fair value* est en train d'être importé, dans une belle unanimité par l'Union européenne⁶⁸, au moment où il montre ses graves inconvénients aux États-Unis. Il est évidemment illusoire de croire que les normes comptables sont des règles "purement techniques", exemptes de tout choix politique. L'estimation de flux de revenus futurs est un exercice

Uni, *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 1, pp.59-72; Add. N.Decoopman : Du gouvernement des entreprises à la gouvernance, in *La gouvernabilité*, ouv. coll. Paris, PUF, 1996, p.105 s.; B.Brunhes : Réflexions sur la gouvernance *Dr.Soc.* 2001, 115..

⁶⁷ D'une part le *Financial Accounting Standards Board* (FASB) dont les normes (dites US GAAP) sont observées par les entreprises américaines, et d'autre part l'*International Accounting Standards Committee* (IASC) dont le Conseil des normes comptables (IASB) élabore les normes dites IAS ("International Accounting Standards") à visée internationale. L'IASC est une fondation de droit privé basée à Londres et actuellement présidée par l'ancien président de la réserve fédérale américaine. Je dois une large part de ces informations au prof. Yannick Lemarchand, et notamment à la conférence qu'il a donnée à la MSH Guépin le 10 juin 2002 sur l'histoire des normes comptables.

⁶⁸ Le 12 mars 2002 le Parlement européen a adopté à la quasi unanimité un projet de règlement de la Commission imposant aux sociétés cotées l'adoption des normes IAS à partir de 2005. Ces règles communes s'appelleront à l'avenir "International Financial Reporting Standards" (IFRS).

hasardeux qui s'apparente davantage à la tarification des indulgences célestes qu'à la science expérimentale. Et l'on pourrait tout aussi bien considérer que la création de valeur à prendre en compte est l'apport net de l'entreprise, non pas aux actionnaires, mais aux pays dans lesquels elle est implantée; ou bien compter les fonds capitalisés pour les retraites comme une charge et non comme un actif; ou encore décider que les stocks-options doivent être comptabilisées comme des charges... Il n'est pas en réalité de norme "purement technique" et la technique comptable se trouve portée comme tout système normatif par une certaine représentation d'un ordre juste, par des croyances et non par une science expérimentale⁶⁹. Un Législateur soucieux d'endiguer les licenciements boursiers serait donc mieux inspiré de s'inquiéter du contenu de ces normes au lieu de s'acharner à compliquer le droit du licenciement. Il pèserait alors en amont de la décision patronale, sur ce qui la détermine, au lieu de s'épuiser à en limiter les effets.

B) L'instrumentalisation des sources du droit

La montée en puissance des techniques contractuelles dans l'élaboration du droit ne se traduit nullement par une liberté accrue des contractants. Bien au contraire, dès lors qu'elles participent des sources du droit, les conventions se chargent de normes qui échappent au bon vouloir de ceux qui les négocient ou les mettent en œuvre. Le droit conventionnel est instrumentalisé par la loi, qui programme sa négociation. Mais à l'inverse la loi et le règlement peuvent se trouver eux-mêmes instrumentalisés par des accords qui se situent en amont de la décision politique et en fixent l'orientation.

1) L'instrumentalisation de la négociation collective

Durant ces trente dernières années la convention collective a progressivement cessé d'être un simple accord sur les intérêts des employeurs et des salariés représentés à leur négociation, pour devenir un instrument de réalisation d'objectifs qui transcendent ces intérêts. Cette évolution affecte à la fois l'identité des parties contractantes et les objets de la négociation.

Les conditions à remplir pour conclure une convention collective se sont considérablement durcies au fil des ans. A l'origine la signature d'une convention collective était ouverte à n'importe quelle association de travailleurs ou d'employeurs. Par couches successives a été édiflée une condition de *capacité conventionnelle* de plus en plus restrictive. Cette capacité a d'abord été réservée, en ce qui concerne la représentation des salariés, aux syndicats professionnels, puis aux syndicats justifiant de leur représentativité. Avec les accords dérogatoires en 1981, puis la réforme des 35 h. est apparue une condition de représentation

⁶⁹ Cf. *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2^e éd. Quadrige 2002, 3^eme partie

majoritaire, que les partenaires sociaux souhaitent voir généraliser⁷⁰. Cette évolution trouve son pendant en droit communautaire avec l'exigence de "représentativité cumulée suffisante" des signataires des accords légiférants institués par le traité de Maastricht⁷¹. Cette capacité conventionnelle est le corollaire du changement de fonction de la convention collective. Dès lors qu'elle tranche des questions d'intérêt général, son élaboration doit être le fait de personnes morales investies par les pouvoirs publics (le gouvernement ou le juge) et justifiant de la loi du nombre (représentation majoritaire, référendum). La démocratie non parlementaire qui se cherche au travers de l'évolution de la convention collective, conduit ainsi à des techniques d'habilitation de contractants légitimes, aptes à concourir à l'élaboration contractuelle des lois.

Ce sont aussi les objets de la négociation qui sont imposés au contractants avec l'essor des *obligations de négocier*. En régime de liberté contractuelle, nul n'est juridiquement tenu d'engager des négociations et encore moins de contracter. Le droit français du travail a commencé à s'écarter de ce principe dès 1971, avec la reconnaissance du droit des salariés à la négociation collective, et plus nettement encore depuis 1981, avec l'institution des premières obligations de négocier. Cette innovation légale a été présentée par le Législateur lui-même, et interprétée par la jurisprudence et la doctrine, comme la consécration d'un droit nouveau pour les travailleurs. Cette analyse n'est pas fautive, mais elle est fortement réductrice. La loi ne se borne pas en effet à imposer une négociation collective, elle fixe les objets de cette négociation. La liste de ces objets, et donc celle des obligations de négocier, ne cesse de s'allonger au fil des années. En 1981, les réformes Auroux n'imposaient que la négociation annuelle des salaires et de la durée du travail et la négociation quinquennale des qualifications professionnelles, c'est-à-dire la négociation des éléments essentiels de la relation de travail. Mais depuis lors les aspects les plus divers du droit du travail ont été tour à tour touchés par l'obligation de négocier : la formation professionnelle, l'épargne salariale, l'égalité entre hommes et femmes, etc. La même tendance s'observe en droit communautaire : qu'il s'agisse de mettre en place un "comité d'entreprise européen" dans les firmes transnationales, d'instituer la société anonyme européenne ou d'organiser la représentation et la consultation des représentants des travailleurs, les directives créent des obligations de négocier, tantôt spéciales (groupes spéciaux de négociation) tantôt générales⁷². L'obligation de

⁷⁰ Selon la position commune qu'ils ont adoptée en juillet 2001, cette majorité serait celle des organisations syndicales représentatives pour la négociation de branche et interprofessionnelle et la majorité électorale pour la négociation d'entreprise. V. M.-L.Morin : Principe majoritaire et négociation collective : un regard de droit comparé *Dr.Soc.* 2000, 1083 s.; G.Borenfreund : L'idée majoritaire dans la négociation collective, *Mélanges M.Despax*, Presses Univ.Toulouse, 2002, 429

⁷¹ V. Trib. des Communautés européennes, 17 juin 1998 [aff. T-135-96] CGPME, *Droit Social* 1999, 53.

⁷² Cf. l'art. 4 précité de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002, qui prévoit que la consultation doit être conduite "en vue d'aboutir à un accord", lorsqu'elle porte sur "les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail". On ne voit guère de décision importante qui puisse échapper à une définition aussi générale...

négociier n'est pas une obligation de contracter et l'on aurait tort de voir dans cette évolution un simple recul du pouvoir unilatéral de l'employeur. L'essentiel, peut-être, est ailleurs : dans le fait que les parties à la négociation ne sont plus de libres contractants, maîtres de l'objet de leur contrat, mais deviennent les agents de mise en œuvre de politiques d'intérêt général (politiques de formation professionnelle, d'égalité entre hommes et femmes, de l'emploi, etc.), les instruments obligés de réalisation d'objectifs qu'ils doivent faire leurs alors qu'ils ont été définis en dehors d'eux.

2) *L'instrumentalisation des politiques publiques*

De même que les directions des grandes entreprises se trouvent asservies à la réalisation d'objectifs de création de valeur, de même les Gouvernements de la plupart des Etats (hormis les Etats-Unis) se trouvent aujourd'hui invités à se faire les instruments de réalisation de programmes auxquels ils sont censés librement adhérer, et qui mettent en œuvre des normes "techniques" élaborées par des autorités internationales. De nombreux pays du sud sont ainsi invités à se plier volontairement aux disciplines de "plans d'ajustement structurel" qui mettent en œuvre les indicateurs de saine gestion définis par les experts des institutions économiques et financières internationales⁷³. D'une manière tout à fait comparable, l'Union européenne a élaboré de nouvelles formes de gouvernement dans lesquelles les Etats membres s'accordent sur des indicateurs communs, élaborés par la Commission, qui doivent ensuite "guider" (*guide lines*) les politiques conduites au plan national. Loin de se limiter aux questions sociales (notamment aux politiques de l'emploi, avec les lignes directrices fixées annuellement)⁷⁴, cette "méthode ouverte de coordination"⁷⁵, est devenue la forme topique de la "gouvernance" européenne depuis l'adoption des critères de convergence économique et des disciplines induites par la monnaie commune. La *dura lex* du droit romain laisse alors place à la douceur de règles conventionnelles (*soft law*) qui programment la liberté reconnue aux Etats membres de se fixer leurs propres lois. Les Etats peuvent poursuivre comme bon leur semble la réalisation des objectifs sur lesquels ils se sont accordés, mais la réalisation de ces objectifs donne lieu à évaluation régulière par les autorités communautaires (Commission, Banque européenne) sur la base de critères "techniques" (*benchmarking*). On se trouve là aussi dans une logique de direction par objectifs, avec son arsenal normatif habituel : les indicateurs "neutres" de performance, la liberté programmée des sujets de droit et les Autorités expertes chargées de veiller à la réalisation des objectifs convenus.

⁷³ Cf. le témoignage édifiant de l'ancien économiste en chef de la Banque mondiale et prix Nobel d'économie, Joseph Stiglitz *Globalization and Its Discontents*, New-York, W.W.Norton, 2002, trad. fr. sous le titre (inutilement racoleur) *La grande désillusion* Paris, Fayard, 2002.

⁷⁴ Cf. P.Rodière *Droit social de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 2002, n°18.

⁷⁵ C'est sous ce nom générique que les juristes américains qui s'intéressent à l'Europe désignent aujourd'hui ces nouvelles formes de *soft law*, bien que cette expression soit employée de façon plus restrictive dans le traité CE (art. 30 et 40) (Cf. Ch. Sabel : L'Europe sociale vue des Etats-Unis, in *Le droit social vu d'ailleurs*, *Semaine soc. Lamy*, n° spéc. 2002).

Remarques finales

Bien sûr, pas plus que les normes comptables ou les normes ISO, les indicateurs de politique publique élaborés au plan communautaire ne sont pas des normes "purement techniques" qui devraient échapper par nature au débat contradictoire, parlementaire ou judiciaire. Mais ils sont cependant traités comme tels et c'est l'un des grands risques que fait courir à la démocratie le phénomène de contractualisation. Ce phénomène on l'a vu ne signifie nullement un recul de la loi face au contrat, mais un processus de mutation du contrat et de la loi. Sa caractéristique générale est qu'il s'agit moins aujourd'hui de fixer des règles que de créer des liens qui conditionnent le comportement de chaque sujet de droit (États, syndicats, salariés, chefs d'entreprise, etc.). Il n'existe plus dans un tel système de sujet absolument souverain, chacun devant se faire l'agent d'une régulation d'ensemble qui n'est plus véritablement délibérée nulle part⁷⁶. Le contrat renoue ici avec ce qui a fait sa grande force dans l'histoire juridique de l'Occident : sa capacité de lier tous les pouvoirs. Observant combien notre conception du contrat était redevable à l'hommage vassalique, Marc Bloch y voyait la grande différence avec la féodalité japonaise; et il conclut en ces termes son maître livre sur la société féodale : "Dans cet accent mis sur l'idée d'une convention, capable de lier les pouvoirs, réside l'originalité de notre féodalité à nous. Par là, si dur aux petits qu'ait été ce régime, il a véritablement légué à nos civilisations quelque chose dont nous souhaitons vivre encore." ⁷⁷. De ce point de vue, il serait vain de déplorer par principe la résurgence de liens de droit de facture féodale. Mais il faut critiquer en revanche les fondements, qui sont eux radicalement nouveaux, de cet ordre normatif émergent, qu'il s'agisse de la neutralité de la norme technique, de l'autorité scientifique de l'expertise, du sujet affranchi des lois, ou autres versets du *credo* contemporain. Car si la contractualisation peut permettre de renouveler les termes de la nécessaire conciliation entre intérêt particulier et intérêt général, elle peut aussi ouvrir la voie à des formes inédites d'oppression. Un dirigeant chinois, interrogé récemment sur l'horizon institutionnel de son immense pays, répondit qu'il devait se mettre à l'école de l'Occident et devenir une "dictature démocratique". C'est l'un des paradoxes du comparatisme : on voit souvent mieux de loin.

Septembre 2002

⁷⁶ Le meilleur concept pour le caractériser serait peut-être celui que Gierke forgea au XIX^{ème} s. en opposito à la tradition romaniste et qui connut une certaine fortune dans la doctrine allemande sous le fascisme : *das personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis* (que l'on pourrait traduire par "relation juridique personnelle d'appartenance à la communauté") qui traduit la dimension subjective du lien communautaire.

⁷⁷ (*La société féodale*, op. cit. p.618-619).