

L'application du droit du travail en Europe

par Alain Supiot *

Aucune définition de l'application en droit du travail, aussi compréhensive soit-elle ne résiste à l'examen comparé des différentes pratiques nationales. La distinction entre application et création du droit, se révèle rapidement fragile à l'examen des pratiques anglaises bien sûr, mais aussi à celui de pratiques d'autres pays de la Communauté. Le problème de l'application du droit du travail ne peut non plus être isolé de chaque contexte sociologique et traité comme problème de technique juridique. Il faut donc renverser la perspective et remplacer la démarche qui consiste à partir du concept d'application par une démarche analytique des difficultés posées par l'application du droit du travail. On constate alors des convergences concrètes : chaque système national secrète des organes, des procédures et des sanctions spécifiques à l'application du droit du travail, est ébranlé par les mêmes changements et cependant caractérisé par la même pérennité. C'est à partir de ces convergences que sont tracées quelques solutions européennes.

Dans le cadre des Rencontres annuelles sur « Les relations sociales en Europe » dont il a pris initiative en 1989, le Service des Etudes et de la Statistiques du Ministère du Travail a souhaité organiser le 31 mai 1990, conjointement avec la Direction des Affaires Sociales (DGV) de la Commission des Communautés Européennes, une journée d'études sur **Le rôle du juge, de l'administration et des partenaires, dans l'application du droit du travail**, journée destinée à prolonger les travaux de l'atelier sur « l'application du droit du travail » qui s'était tenu lors de la Rencontre de mai 1989. Il ne s'agit pas de faire ici la synthèse de l'ensemble de ces travaux — trop divers, et trop riches, pour se prêter à un tel exercice — mais plutôt de donner un aperçu des enseignements et des questionnements qui peuvent en être tirés (1).

Est-il besoin de souligner l'intérêt de cette question de l'application du droit du travail dans une perspective européenne ? Intérêt juridique puisque la référence à l'état de droit, qui fait

(1) La référence aux contributions écrites ou orales des participants à ces travaux sera faite ci-dessous par simple mention de leur nom ; certaines des contributions écrites figurent dans le présent numéro de cette revue, ou feront l'objet d'une publication dans la série des « Documents travail et emploi » publiée par le SES. L'auteur de ces lignes reste évidemment seul responsable des références à ces contributions, et prie par avance leurs auteurs de bien vouloir pardonner les omissions ou mésinterprétations qu'ils y découvriront.

(*) Alain Supiot est professeur à l'Université de Nantes (ura CNRS 1154).

partie des valeurs communes célébrées par tous les pays de la Communauté, verserait dans la rhétorique ou dans l'hypocrisie si elle ne correspondait à aucun état de fait. Intérêt politique, puisque les États membres répugneront à s'engager dans la construction de l'espace social européen s'ils n'ont pas l'assurance d'une application effective du droit du travail dans chacun d'entre eux. Intérêt social, puisqu'un droit du travail dont on ne peut déclencher l'effet impératif laisse la place nette aux formes les plus extrêmes de l'exploitation des travailleurs communautaires ou extra-communautaires. Intérêt économique enfin, puisqu'il n'est pas de concurrence loyale sans respect des règles du jeu, et pas de compétitivité durable qui se puisse fonder sur le mépris des droits des travailleurs.

De fait, les problèmes d'application ont joué un rôle majeur dans l'histoire du droit du travail des principaux pays européens. A partir du moment où l'on s'accordait sur la nécessité de règles propres au travail salarié (par exemple sur une limitation de la durée du travail des enfants) l'on ne pouvait ignorer bien longtemps les problèmes particuliers que soulève l'application de ce type de règles. C'est ainsi que naquit l'inspection du travail, et plus tard, des tribunaux ou une procédure propres aux litiges du travail ; c'est ainsi que furent concédées aux syndicats des prérogatives leur permettant de veiller au respect du droit du travail.

Générale et ancienne, la question de l'application du droit du travail n'en est pas simplifiée pour autant, mais bien plutôt compliquée, puisqu'elle se trouve immédiatement référée à des histoires et à des cultures nationales différentes : ainsi dans la culture juridique de *common law*, la notion continentale d'application n'a pas de véritable équivalent, compte tenu du rôle créateur officiellement imparti aux tribunaux, et de la place centrale de conventions collectives qui ne sont pas « applicables » au sens continental du terme (i.e. sujettes à *enforcement*). Question compliquée aussi parce que l'application peut tout aussi bien désigner les mécanismes juridiques destinés à assurer la conformité des faits au droit, que les pratiques sociales par lesquelles le droit s'inscrit dans les faits. Elle mêle ainsi de façon inextricable des considérations juridique et sociologique. Si l'on entend par application la soumission des faits au droit on pourra certes distinguer a priori ces deux faces de la question : la face juridique, où se rencontrent les institutions, les procédures et les sanctions qui garantissent la réalisation du droit, et la face sociologique, où se rencontrent les enquêtes et les statistiques qui mesurent l'effectivité ou l'efficacité de cette réalisation. D'un côté la technique juridique et les institutions, de l'autre la mise en œuvre sociale, voire l'« implémentation » (si l'on tient à jargonner) des normes. Mais cette distinction est purement heuristique et ne résiste guère à l'analyse. Les catégories juridiques, sociologiques, et statistiques se pénètrent et se fécondent, si bien que dans un pays donné les instruments

de mesure statistique et sociologique de l'application du droit incorporent nécessairement quelque chose des catégories juridiques nationales ; elles se prêtent donc presque aussi difficilement que ces dernières à des comparaisons internationales. En sens inverse, tous les systèmes juridiques (et pas seulement celui de *common law*) incorporent certaines pratiques sociales, que ce soit par le canal des usages, des « coutumiers professionnels » (M. Verret), ou de la jurisprudence, cette pratique de l'application du droit qui se mue en règle de droit ; si bien que la frontière entre la création et l'application du droit ressemble davantage à une zone frontalière grouillante d'échanges, qu'à un *no man's land* infranchissable. De quelque côté qu'on la saisisse, la notion d'application du droit file entre les doigts, et refuse de se laisser enfermer dans une définition ou même dans une science déterminée.

Il n'est donc pas surprenant qu'une bonne part des travaux aient porté sur ces difficultés, et que les instructives variations auxquelles elle a donné lieu aient permis de mettre en lumière les multiples facettes de la notion d'application, qui constitue bien en elle-même un problème de droit comparé. Mais ces divergences sur la notion vont curieusement de pair avec des convergences dès lors qu'il s'agit d'identifier ce qu'elle recouvre concrètement en droit du travail : de l'application comme problème, on passe alors aux problèmes d'application. Et ces convergences sont suffisamment nombreuses pour qu'il soit possible de tracer quelques solutions européennes à ces problèmes d'application du droit du travail.

L'application comme problème

L'une des principales vertus du droit comparé est de remettre en question les notions apparemment les plus claires du point de vue national. Tel fut l'un des mérites de nos travaux qui, partant d'une série de questions apparemment simples sur l'application du droit du travail, ont conduit à remettre ce questionnement en question, posant ainsi les jalons d'une problématique de l'application du droit du travail en Europe.

Une définition délibérément compréhensive de l'application...

Conscients de ce que la notion d'application du droit ne peut avoir exactement le même sens dans les systèmes de type continental où elle se définit par opposition à la notion de création du droit, et dans les systèmes de *Common law*, où cette opposition entre création et application est très atténuée, nous suggérons de partir du sens étymologique du mot (*ad-plicare* : plier à) et d'entendre par « application du droit » la soumission des faits à l'ordre juridique, leur mise en

conformité avec les prévisions de la loi. Cette définition permettait de tracer deux voies de recherche : la voie juridique où se rencontrent les institutions et les règles destinées à garantir cette soumission des faits au droit, et la voie sociologique où se mesurent l'effectivité de ces règles et institutions. Le questionnaire comparatif élaboré sur cette base comportait donc deux volets, dont il est utile de rappeler ici sommairement le contenu.

Le volet juridique invitait à l'analyse des instruments juridiques dont la, ou l'une des fonctions est de soumettre les rapports de travail aux prévisions de la loi, et distinguait à cet effet, d'une part les organes d'application du droit, et d'autres part les mesures d'application, c'est-à-dire les sanctions juridiques.

Concernant les organes d'application du droit du travail, le questionnaire portait sur trois types d'institutions. En premier lieu, les organes judiciaires avec une série de questions relatives à l'organisation (professionnelle, élective, échevinale), aux compétences (unifiées, dispersées) et aux procédures (de droit commun, alternatives, mixtes) des juridictions appelées à connaître du contentieux du travail dans les différents pays européens. En second lieu, les organes administratifs, avec une interrogation relative à l'organisation, aux missions, et aux pouvoirs légalement attribués à ces organes. En troisième lieu, les organes représentatifs des salariés (organes syndicaux, institutions électives), avec des questions relatives aux prérogatives spécifiques reconnues à ces organes en vue d'assurer l'application du droit du travail.

Concernant les sanctions juridiques du droit du travail, trois séries de questions étaient posées. Celle de la part respective des sanctions civiles, pénales et administratives dans chaque système juridique national. Celles de la combinaison dans le système de sanctions civiles des idées de remise en état (spéc. de réintégration dans l'emploi) et de réparation par équivalent (indemnisation). Et enfin celles de la spécificité des sanctions pénales du droit du travail par rapport à la répression des autres types de délinquance.

Le volet sociologique du questionnaire invitait à s'interroger sur l'effectivité et l'efficacité de la mise en œuvre du droit du travail. Une telle interrogation soulevait à titre préalable une question de méthode : celle des instruments dont chaque pays dispose pour mesurer cette effectivité et cette efficacité.

Aussi une première série de questions portait-elle sur l'existence et la nature de ces instruments de mesure. Les unes relatives aux institutions chargées de mesurer les faits sociaux, à leur indépendance, et à leur méthodes de travail. Les autres relatives à la construction des catégories économiques, sociologiques, et statistiques en matière de travail salarié et à leur relation avec les catégories juridiques.

A partir de là, il était envisageable de s'interroger sur les résultats des recherches déjà conduites en sociologie du droit du travail. Tout d'abord en constituant, à l'échelle européenne une bibliographie systématique des travaux publiés intéressant la mise en œuvre de ce droit. Ensuite, en invitant à une confrontation de ces recherches dans un domaine particulier, telle l'analyse sociologique du fonctionnement des organes publics d'application du droit du travail (juridictions et administration du travail).

... pourtant remise en question

L'apparente simplicité de ce questionnaire n'a pas résisté à la remise en question dont il a fait l'objet durant nos travaux. Cette remise en question a été développée sur deux fronts différents.

Tout d'abord une **remise en cause de la distinction des aspects juridiques et sociologiques** de l'application du droit du travail qui a été opérée. Soit explicitement (A. Marzal, B. Bercusson) soit implicitement, nombre des juristes du travail réunis lors de ces travaux, ont manifesté leur répugnance à isoler des questions juridiques précises, et ont plaidé ou œuvré dans le sens d'une approche globale du problème de l'application du droit. C'est ainsi par exemple qu'il semble illusoire de présenter un tableau des mécanismes juridiques d'application du droit qui n'intégrerait pas l'analyse des structures syndicales ou de la segmentation du marché du travail du pays considéré (U. Mückenberger). De même, la question de l'application judiciaire du droit du travail ne peut être correctement posée si on ignore les grands indicateurs statistiques relatifs au fonctionnement des tribunaux du travail (B. Bercusson). Plus généralement, la façon dont évolue un système juridique d'application des normes du travail ne peut être comprise par qui ignore les statistiques relatives à la charge de travail des organes chargés de cette application (L. Picard, J.-M. Verdier, B. Grassi).

C'est en second lieu une **remise en cause de l'opposition entre application et création du droit** qui s'est développée au cours de nos travaux. La critique en ce sens a — comme prévu — immédiatement fusé d'outre-Manche. De ce point de vue, l'établissement d'une typologie des organes d'application ne pouvait qu'être suspect de « formalisme typiquement français » (B. Bercusson) dans la mesure justement où il met en œuvre cette opposition entre création et application du droit. La notion d'« organes d'application » semble incongrue dans un système juridique qui confère au juge un rôle central dans la création du droit. Incongruité redoublée dans le cas du droit du travail anglais, puisque celui-ci a été placé sous le signe du « volontarisme » et de l'« abstentionnisme », c'est-à-dire sous le signe d'une autoréglementation des relations professionnelles. La question des organes d'application (administratifs, judiciaires, ou professionnels) du

droit du travail apparaît alors dénuée de sens : les uns — les organes publics — n'ont rien à voir à l'affaire, et les autres — les organisations patronales et syndicales — sont indissociablement les auteurs et les garants du droit du travail. L'« axiome de Terry » (2) est la touche scientifique finale apportée à cette fusion idéalement britannique de la création et de l'application du droit (B. Bercusson).

Sans aller jusqu'à nier que la notion d'application prenne sens par opposition avec celle de création du droit, de nombreuses contributions venues du continent ont mis en évidence la fragilité d'une telle distinction. Même lorsqu'elle est opérée par les textes, pareille distinction se trouve souvent démentie par les faits, comme le montre l'analyse de la pratique allemande de répartition des attributions entre représentation syndicale et élus du personnel (U. Mückenberger). Une pente apparemment irrésistible conduit en effet les organes formellement chargés de l'application du droit à jouer un rôle créateur. Ceci est vrai des organes judiciaires, qui doivent non seulement appliquer la loi, mais aussi résoudre les litiges. Or la conciliation de ces deux missions ne va pas de soi, et conduit souvent à des usages créatifs de la loi par le juge : le droit du travail se prête particulièrement bien à cette « pratique téléologique » des textes, ou à la primauté accordée aux issues négociées sur les issues imposées (P. Lyon-Caen). Mais ceci est également vrai de l'inspection du travail, ou des organes chargés de l'application des normes internationales du travail : la notion d'application du droit semble toujours grosse d'assistance, de conseil ou de négociation (L. Picard, B. Grassi). En sorte que la loi tend à devenir l'instrument des organes d'application, au lieu que les organes d'application ne soient l'instrument de la loi.

Qu'elle porte sur la distinction des aspects juridiques et sociologiques de l'application, ou sur la distinction de l'application et de la création du droit, cette remise en cause du protocole de recherche initial, procède au fond **d'une même critique de l'opposition du fait et du droit**. Cela signifie que l'application du droit du travail ne peut être isolée comme problème de technique juridique.

En quels termes le problème de l'application du droit du travail en Europe doit-il alors être posé ?

Nos travaux sur la notion d'application sont une nouvelle illustration des difficultés des comparaisons internationales dans le domaine juridique. Les concepts juridiques apparemment les plus « durs » dans un système juridique donné —

et c'est bien le cas du concept d'« application » en droit français — se révèlent lamentablement mous dès lors qu'on les soumet au feu comparatif. La tentation peut être alors de faire de cette mollesse une vertu et de s'entendre sur des notions encore plus molles, capables d'englober la diversité des systèmes juridiques. Le droit social européen est riche de notions de ce genre, riche de « cohérence » et de « dialogue » social. Cette voie est conforme à l'approche instrumentale, qui domine les conceptions occidentales du droit du travail, et fait prévaloir dans la comparaison des systèmes juridiques une notion assez rudimentaire de « fonctions sociales du droit » : le droit serait un simple outil plus ou moins bien adapté à des objectifs de gestion sociale. Les problèmes économiques et sociaux affrontés par les sociétés occidentales étant à peu près les mêmes, le travail comparatif consisterait alors essentiellement, une fois décrite la diversité des droits nationaux, à rechercher les « équivalences fonctionnelles » entre systèmes. Sans nier l'intérêt d'une telle approche, voire sa nécessité politique dans l'édification du droit européen, il est évident qu'elle conduit à contourner l'essentiel de la question comparative, question qui peut être ainsi formulée : pourquoi les systèmes juridiques sont-ils différents ?

Ainsi comment rendre compte du fossé qui sépare juriste français et anglais sur la notion même d'application ? Pourquoi cette notion paraît-elle si familière à l'un et si obscure à l'autre ? Traiter de telles questions conduit nécessairement à sortir du cadre étroit des mécanismes d'application. S'il se livre à une introspection sur ce sujet, le juriste français illustrera par exemple cette claire notion d'application par le style des jugements qui lui est familier, c'est-à-dire le style syllogistique : la Loi est en tête, les faits lui sont soumis, la solution en est déduite. Habitué à ce style, il s'era désorienté par la manière anglaise de rédiger les jugements, qui débute sur le mode du récit (« il était une fois un ouvrier, appelé Smith etc. ») et non sur celui du prescrit (« Vu l'article X du code y etc. »).

Mais cette différence de style elle-même ne peut être comprise si on ne la rapporte pas à l'histoire et à la **culture juridique** de chacun des deux pays. La place du code et de la codification en droit français est pour beaucoup dans cette conception syllogistique qui fait des juges, selon la fameuse formule de Montesquieu, « la bouche qui prononce les paroles de la Loi ». Et ce legs de la Révolution Française ne peut lui-même être pleinement compris si on ne le rapporte pas à une tradition centralisatrice qui s'est forgée sous l'Ancien Régime. Il est encore entretenu aujourd'hui par le mode de formation des juristes français, mode universitaire, qui donne la première place au cours magistral, à la systématisation et la hiérarchisation des normes. Tandis que la formation des juristes anglais est encore à peine influencée par ce mode universitaire, et demeure un apprentissage corporatif, fondé sur la pratique des cas et non pas sur la théorie du

(2) Rapporté en ces termes par B. Bercusson : « *the effective of a rule is inverse relation to the distance between the actors creating it and those upon whom it operates* ».

droit. Ainsi s'explique que la notion d'application puisse avoir pour les uns la force d'une évidence, et pour les autres toutes les apparences de l'artificialité. Et cela malgré le fait que, d'un côté comme de l'autre de la Manche, les juges remplissent à la fois une fonction de création et d'application du droit.

C'est aussi la diversité des **cultures professionnelles** qu'il faudrait interroger. Les termes du problème de l'application varient avec un ensemble de paramètres nationaux : la structure syndicale, la place de la négociation, la taille des entreprises, le poids historique de la tutelle publique, ou au contraire de l'autonomie collective, etc. (B. Bercusson, U. Mückenberger, M. Rodriguez-Pinero). Si bien que dans certains pays cette culture professionnelle intègre le respect des lois, tandis que dans d'autres, le plus probable est que ces lois seront ignorées ou détournées (3). Ici la notion d'application évoquera les contrôles et les sanctions, et là le fonctionnement ordinaire du monde du travail. Il faudrait donc au juriste des études comparatives fines de ces cultures professionnelles. Or de telles études sont assez rares et ignorent généralement la dimension juridique de ces cultures.

On mesure dès lors le risque qu'il y aurait à adopter dans l'ordre juridique européen la conception de l'application du droit qui prévaut dans l'un des pays membres : coupée de ses racines juridiques et professionnelles, cette conception y aura la vitalité du bois mort. Simple artefact eurocratique, elle restera sans prise sur les cultures juridiques et professionnelles qui lui sont étrangères. C'est un risque de ce genre que fait courir le projet, venu d'outre-Manche (4) de faire de la négociation collective l'instrument d'application et de la négociation collective, nous vient d'un système qui donne une place marginale aux procédures d'« enforcement » dans l'application du droit du travail. Quel pourrait bien être sa mise en œuvre dans des pays, comme la France ou l'Espagne, où le syndicalisme, traditionnellement faible, est plus faible que jamais, et dont toute la culture juridique met les relations de travail sous tutelle publique ?

En voilà assez peut-être pour convaincre que la notion d'« application du droit » constitue en elle-même un problème, et qu'on ne saurait donc

(3) Analysant le cas espagnol, notre collègue M. Rodriguez-Pinero a ainsi évoqué une « *tendance généralisée à ne pas respecter la réglementation du travail* », tandis qu'à propos du cas allemand, notre collègue U. Mückenberger soulignait l'effet égalisateur de la puissance et de la centralisation de l'organisation syndicale.

(4) B. Bercusson : *Fundamental social and economic rights*. Rapport pour la Communauté européenne, IUE, Florence, sept. 1989, repris in *Modern Law Review*, 1990, pp. 624 s., spéc. pp. 632-638 ; sur le problème de l'application des normes communautaires en Grande-Bretagne, v. B. Hepple & A. Byre, *The application of EEC labour law in the United Kingdom*, Rapport pour la CEE, London, sept. 1988, dactyl. 159 p.

la manier avec assez de prudence dès lors qu'on l'utilise à des fins comparatives. Transposant ici une remarque de Paul Veyne sur la recherche historique (5), on pourrait dire qu'en droit comparé il n'est pas de bons concepts, mais il en est qui sont moins mauvais que d'autres. Et qu'il faut toujours privilégier en ce domaine l'analyse, qui remonte indéfiniment vers des éléments premiers au lieu d'en descendre. Car l'analyse tend ainsi à l'atténuation indéfinie des erreurs par approximations successives, tandis que la synthèse tend à leur aggravation. Partir du concept d'application pour aborder le thème de « l'application du droit du travail en Europe » nous situait précisément dans une démarche synthétique, ou nous ne pouvions que mettre en lumière le caractère problématique de cette notion. Aussi fut-il décidé, dans une seconde phase, d'aborder ce thème d'une façon plus analytique, et de partir non pas du problème de l'application, mais de l'observation des difficultés spécifiques posées par l'application du droit du travail dans chaque pays étudié. Au lieu de saisir l'application comme problème, il fallait traiter quelques problèmes d'application propres au droit du travail.

P roblèmes d'application

Pour contourner les difficultés de principe soulevées par la notion d'application de la loi, l'analyse doit être centrée sur les mécanismes juridiques d'application propres au droit du travail qui visent à réduire le risque d'ineffectivité. Car à la différence de la plupart des autres branches du droit, qui peuvent se reposer sur les mécanismes généraux d'application de la loi, le droit du travail, appelle nécessairement des dispositifs spécifiques d'application. Cette spécificité provient d'une part de l'existence en droit du travail d'une « partie faible » (i.e. salariale), ce qui rend l'application de ce droit à la fois plus nécessaire et plus improbable, et d'autre part de la dimension collective du rapport de travail, qui peut conforter, ou au contraire perturber les règles ordinaires d'application du droit. La question posée était alors de savoir comment, dans chacun des pays concernés, l'ordre juridique intégrait ces dimensions spécifiques de la relation de travail : autrement dit, il ne s'agissait pas de procéder à une description systématique des organes et des mesures d'application du droit du travail dans ces pays, mais d'analyser leur adaptation ou leur inadaptation aux exigences propres de ce droit. Cette approche avait l'intérêt de mettre l'accent, non plus ce qui divise, mais sur ce qui rapproche les différents systèmes juridiques des pays européens, et de tenter de dégager, au-delà de la grande diversité de ces systèmes, une problématique générale d'application du droit du travail.

(5) P. Veyne, *Le pain et le cirque*, Paris, Seuil, 1976, v. p. 43.

Les invariants du droit du travail

Nos travaux ont tout d'abord confirmé l'existence d'une problématique propre au droit du travail en matière d'application de la loi. Cette confirmation résulte de trois constats, qui se présentent comme autant d'invariants du droit du travail.

Chaque système juridique a tout d'abord créé des **organes particuliers d'application** en matière de droit du travail. La liste, et les fonctions de ces organes diffèrent évidemment d'un pays à l'autre. Concernant les organes judiciaires, l'Allemagne et la Grande-Bretagne ont opté pour le modèle échevinal, tandis que l'Espagne et l'Italie, répudiant le modèle prud'homal conservé par la France, s'en remettent à des juges professionnels. Mais à l'exception de l'Italie, tous les pays entrant dans la comparaison possèdent des tribunaux du travail spécialisés. De même, les organes d'inspection du travail sont de règle dans tous les pays, conformément aux dispositions de la convention 81 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Certes, l'organisation et les compétences de ces corps d'inspection varient d'un pays à l'autre : service unique en Allemagne, en Espagne et en Italie, services diversifiés en France et en Grande-Bretagne ; compétences générales en France, en Italie et en Espagne, compétences spécialisées en Allemagne et en Grande-Bretagne. Mais partout s'est exprimée la nécessité d'assurer un contrôle non-judiciaire de l'application de tout ou partie du droit du travail. De même, tous les systèmes font une place aux organisations représentatives des employeurs et des salariés dans l'application du droit du travail. Ici encore il y a diversité des formes, et cette participation peut se réaliser soit par l'institution d'organes tripartites répondant explicitement ou implicitement au modèle néo-corporatiste (6) (B. Bercusson, U. Mückenberger), soit par la collaboration des syndicats au fonctionnement des organes d'application (B. Veneziani), soit enfin par la consécration de la négociation collective comme instrument d'application de normes cadres, ces trois formes se trouvant d'ailleurs combinées entre elles dans plusieurs systèmes. Mais partout l'idée selon laquelle les organes de représentation collective ont un rôle à jouer dans l'application du droit du travail a trouvé une traduction juridique.

Chaque système juridique possède également des **règles de procédure spécialement destinées à garantir l'application du droit du travail**. On pense bien sûr ici tout d'abord aux procédures externes à l'entreprise, aux mécanismes qui visent à garantir l'accessibilité, la rapidité et la modicité, en un mot la facilité de la mise en œuvre du droit du travail. Ces règles particulières peuvent concerner l'information des parties, ou

des organes d'application, les modes de saisine du juge ou de l'administration, l'attribution du droit d'agir en justice (B. Veneziani, M. Rodriguez-Pinero), les modes de défense et de représentation, l'utilisation des voies de recours, etc. Elles peuvent aussi viser à garantir la généralité de l'application du droit, comme la procédure d'extension ou d'élargissement des conventions collectives (U. Mückenberger). Toutes dispositions qui témoignent de l'insuffisance ou de l'inadaptation des règles ordinaires de la procédure judiciaire ou administrative pour traiter des questions de droit du travail. Mais l'examen comparatif révèle aussi la généralité des procédures d'application internes à l'entreprise, procédures le plus souvent articulées sur les institutions représentatives du personnel, qui se voient habilitées à surveiller l'application du droit, à négocier son contenu ou sa mise en œuvre, à alerter de ses violations (B. Veneziani, U. Mückenberger), etc. Qu'elles soient internes ou externes, ces procédures spécifiques tendent toujours à faire une place privilégiée à la conciliation ou à la négociation, ce qui accentue la difficulté de distinguer entre application et création du droit.

Chaque système juridique a enfin donné le jour à des **modes originaux de sanctions de l'application** du droit du travail. Ces sanctions particulières peuvent viser tout d'abord la remise en état, c'est-à-dire une réparation en nature et non par équivalent. Ainsi en va-t-il des systèmes qui font une place à l'idée de réintégration dans l'emploi, de requalification des situations juridiques, ou de plan de mise en conformité au droit (par exemple en matière d'hygiène et de sécurité). Elles peuvent aussi viser la réparation de l'intérêt général (sanctions pénales) ou de l'intérêt collectif (indemnisation des syndicats ou d'associations agréées, remboursement des aides de l'État) lésé par la violation du droit du travail (B. Veneziani). L'expérience canadienne des plans de mise en conformité imposés aux entreprises en cas de « discrimination systémique » (A. Cote) offre une illustration presque idéale-typique de cette spécificité des sanctions du droit du travail : au-delà de la punition ou de la réparation, c'est la réalisation effective du droit dans les relations de travail qui est recherchée au travers des modes originaux de sanctions.

L'existence de ces invariants dans l'application du droit du travail permet d'affirmer que cette application ne peut être abandonnée aux mécanismes généraux d'application du droit, et appelle nécessairement des dispositions spécifiques. Mais cette nécessité ne peut à son tour qu'être la source de frictions, à l'intérieur de chaque système juridique, entre d'une part ces mécanismes d'application propres au droit du travail, et d'autre part le droit commun de l'application de la loi. Ces frictions demeurent marginales lorsque l'autonomie du droit du travail s'est inscrite de longue date dans les esprits et les institutions, comme c'est le cas par exemple en Allemagne, qui possède depuis longtemps

(6) Cf. G. Vardaro (dir.), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa : ieri e oggi*, Milano, Franco Angeli, 1988, 492 p.

un ordre de juridictions du travail entièrement autonome, des syndicats puissamment enracinés, et une doctrine forte (U. Mückenberger). Aussi, le cas allemand n'est-il peut-être que l'illustration la plus achevée d'une tendance plus générale à mettre l'application du droit du travail à l'abri de ce droit commun, et spécialement à l'abri de juges ou de fonctionnaires non spécialisés dans les relations de travail (A. Cote). Le droit anglais avait réussi ce type de mise à l'écart (B. Bercusson), peut-être trop réussi, puisque faute de tradition doctrinale et de juridictions du travail anciennes, il s'est révélé vulnérable au vent du retour au droit commun. Mais nous voilà déjà quittant les invariants pour aborder les changements dans l'application du droit du travail.

Les changements qui ont ébranlé les droits du travail en Europe ne pouvaient évidemment pas rester sans incidence sur les problèmes d'application

Le tableau général de ces changements étant bien connu (7), restait à mesurer l'ampleur de cette incidence. Avec prudence, car faute de temps, le débat sur ce point n'a été qu'entamé, avançons ici deux observations.

La première est que **les mêmes ferments sont à l'œuvre dans les différents systèmes** d'application du droit du travail. Le primat donné presque partout à une réglementation conventionnelle et décentralisée sur une réglementation étatique centralisée affecte doublement les mécanismes d'application. D'une part, il prend à revers les organes d'application qui, établis sur une base étatique et centralisée, sont mal armés pour accompagner cette évolution des sources du droit, et doivent engager eux-même un effort de décentralisation et de diversification qui contrarie leur fonctionnement traditionnel (B. Bercusson). Autant par exemple, il était relativement facile à un corps d'inspection du travail de veiller à l'application d'une réglementation uniforme en matière de temps de travail ou d'hygiène et de sécurité, autant cette tâche devient problématique avec le développement sur ces questions d'une « autoréglementation des entreprises ». La diversification et l'individualisation des formes juridiques d'emploi crée des problèmes tout à fait similaires, en complexifiant considérablement le contrôle de l'emploi de la main-d'œuvre (B. Veneziani) ou en privant certains salariés du recours syndical (U. Mückenberger). D'autre part, cette prééminence du contractuel rejaillit sur la définition des missions des organes d'application, en faisant prévaloir l'application négociée sur l'application imposée (P. Lyon-Caen, B. Grassi), la « tutelle dynamique » sur la « tutelle statique » (B. Veneziani). Cette évolution semble commune à tous les corps d'inspec-

tion du travail en Europe, qui tendent à développer leur rôle d'assistance et de conseil vis-à-vis des chefs d'entreprise (8).

La seconde observation concerne la **pérennité des modèles nationaux** de droit du travail. Affectés par les mêmes facteurs de changement, les droits du travail les digèrent chacun à leur manière, prouvant ainsi leur capacité à persévérer dans leur être propre. Le cas britannique est ici exemplaire, puisque le droit du travail anglais est, sans aucun doute possible, celui qui a dû affronter les plus violentes bourrasques du changement. L'imposant interventionnisme législatif destiné à le démanteler n'a apparemment pas réussi à briser le cœur d'un système fondé sur le volontarisme du « *collective bargaining* », et les partenaires sociaux semblent appelés à conserver une place centrale dans la mise en œuvre du droit du travail (B. Bercusson). Le droit du travail espagnol, s'il a connu de profondes transformations à la sortie du franquisme, n'en reste pas moins dominé par l'idée de tutelle publique sur l'application du droit du travail dans les entreprises. Le centre de gravité de cette tutelle s'est simplement déplacé de l'administration vers le juge. Les syndicats s'insèrent dans cette tendance à la judiciarisation, la confortant de leurs faibles forces plus qu'ils ne la contrarient. Dès lors, le problème de décentralisation se réduit à une question d'organisation judiciaire, avec la création des Tribunaux Supérieurs du Travail dans les Communautés Autonomes (M. Rodriguez-Pinero). Quant au droit du travail allemand sa stabilité séculaire, et la place qu'il a toujours accordé à la « régulation autonome » des relations de travail lui ont apparemment évité tout bouleversement profond de ses modes d'application (U. Mückenberger).

La conclusion la plus évidente de cette analyse comparative est qu'un droit du travail ne s'enracine vraiment dans une culture juridique et professionnelle que s'il développe un appareil d'application qui lui est propre et qui évolue avec lui. Cette conclusion ne peut rester sans conséquence dans une perspective communautaire.

Solutions européennes

Du côté du droit communautaire en effet tout semble-t-il, ou presque tout, reste à faire. C'est avec peine — la peine de la Cour de Justice des Communautés — que les litiges du travail ont fait l'objet de dispositions spécifiques en matière de conflits de juridictions, puisque la Convention de Bruxelles n'en soufflait mot. Et contrairement au droit social international auquel œuvre depuis

(7) V.A. Lyon-Caen & A. Jeammaud (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Arles, Actes-Sud, 1986, 260 p.

(8) Ph. Scott, *Évolution du rôle de l'inspection du travail en matière de santé et de sécurité du travail dans la Communauté européenne*, Communication au XI^e congrès mondial sur la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles, Stockholm, 1987, dactyl. 11 p.

plus d'un demi-siècle l'Organisation Internationale du Travail (OIT), le droit social européen n'a suscité à ce jour aucun mécanisme spécifique d'application. Cette lacune est d'autant plus remarquable qu'elle concerne aussi des questions, telles l'hygiène et la sécurité, qui ont toujours historiquement appelé des mécanismes spécifiques de contrôle, et qui représentent une part importante des acquis communautaires en matière de droit du travail. Ainsi les dernières directives arrêtées en ce domaine par application de l'article 118 A du Traité modifié par l'Acte Unique (directive cadre du 12 juin 1989, et directives particulières du 30 novembre 1989) ignorent le problème de l'application des normes qu'elles prescrivent.

À vrai dire ces lacunes ne sont pas très surprenantes. Il a fallu près d'un siècle pour que le droit français intègre par exemple l'idée selon laquelle l'inégalité des parties au contrat de travail impliquait une inégalité des parties au procès, et que par conséquent, pour traiter de ce contrat, l'on ne pouvait pas plus se contenter de la procédure civile que du droit civil. Les problèmes spécifiques d'application judiciaire ne semblent donc guère émerger dans la conscience juridique, tant que les règles de fond qu'il s'agit d'appliquer ne constituent pas une masse de textes suffisamment imposante pour ne pouvoir échapper à l'œil nu. Et pourtant il devrait en aller autrement du droit communautaire. Il semble en effet à première vue plus facile de s'entendre sur des règles communes de procédure, garantissant le respect des normes de chaque pays en matière de travail salarié, que de s'entendre sur des règles de fond, qui touchent de beaucoup plus près la spécificité des systèmes nationaux de relations industrielles. C'est sur ce terrain qu'il faudrait esquisser quelques pas. Pas prudents, qui doivent se garder de déraiper dans un rêve éveillé, où des syndicats européens unifiés, un système judiciaire intégré et une inspection du travail commune, garantiraient ensemble le respect de la loi sur tout le territoire d'une Europe unie. Que pourraient, que devraient être des normes communes en matière d'application du droit du travail ? Ici encore la réflexion peut être organisée autour de deux séries de questions, les unes concernant les règles à promouvoir, et les autres les institutions à créer ou à transformer.

La transposition au plan communautaire ?

Si l'analyse comparative atteste de la spécificité des problèmes d'application du droit du travail, peut-on aller plus loin et identifier des règles et principes d'application susceptibles être transposés au plan communautaire ? Une question de ce genre peut être abordée de deux manières. On peut tout d'abord — c'est l'habitude en droit social européen — partir des convergences entre les droits nationaux, pour en extraire un commun dénominateur nominatif, qui sert de base à l'élaboration de normes

européennes. On pourrait aussi, comme l'a suggéré un participant au colloque (Gérard Lyon-Caen), faire exactement l'inverse, et repérer plutôt ce qui manque à tous les systèmes, pour le promouvoir au plan européen.

La première méthode conduit à dégager de l'observation des droits nationaux des **principes généraux d'application du droit du travail**, propres à recevoir une consécration européenne. Trois principes de ce genre — mais la liste n'en est pas exhaustive — viennent ici à l'esprit. En premier lieu celui de l'association des intéressés aux mécanismes d'application. Cette association se manifeste, sous les formes les plus diverses, soit par la participation des représentants des salariés et des employeurs à des organismes chargés de l'application, soit par la place particulière qui leur est accordée dans les procédures. Cette idée d'association ne se limite d'ailleurs pas à des prérogatives conférées aux institutions représentatives des salariés et des employeurs ; elle s'exprime également dans des dispositions de portée individuelle, telle la place très généralement accordée à la conciliation dans le règlement des litiges, ou le droit de retrait accordé aux salariés placés en face d'une situation dangereuse. Un second principe est celui de l'accessibilité des organes chargés de l'application. Dans son sens le plus large, cette idée d'accessibilité signifie que tout intéressé puisse obtenir l'application du droit d'une manière facile, rapide, et peu coûteuse. Autant d'objectifs qui se retrouvent dans tous les systèmes juridiques des pays de la Communauté, par la prévision de moyens financiers ou procéduraux (ex. les règles d'exécution provisoire ; v. aussi le droit espagnol qui fait supporter à l'État les risques de lenteur de la justice du travail), ou par la proximité géographique des organes d'application. Enfin, il faudrait s'interroger sur la reconnaissance d'un principe général de remise en état des situations illicites. Cette recherche de la remise en état, c'est-à-dire de la conformité effective des relations de travail aux prévisions du droit, se manifeste par exemple dans les dispositifs, qui en matière d'hygiène et de sécurité, privilégient le retour à des conditions licites sur la simple sanction civile ou pénale (mise en demeure, plan judiciaire de mise en conformité etc.). Elle s'exprime également dans la place qui peut être accordée à la réintégration, ou à la requalification juridique, comme mode de sanction de la violation de la loi. N'y a-t-il pas sur ces différents points suffisamment de « convergences » entre les différents droits européens pour qu'on puisse espérer voir définies quelques règles communautaires ?

La deuxième méthode consiste à identifier les **lacunes communes aux différents droits nationaux**. Elle oblige à revenir aux fondements même de la spécificité de l'application du droit du travail, et à examiner quelles sont les implications logiques de cette spécificité, pour repérer celles qui demeurent ignorées en droit positif. Le cœur du problème en droit du travail, c'est celui de la partie faible. Et il ne sert à rien de disposer

d'un droit palliant cette faiblesse, si cette faiblesse décourage de recourir au droit. Dès lors qu'il ne peut s'appuyer sur une organisation collective, le droit du salarié à exiger le respect du droit du travail est paralysé par la crainte de perdre son emploi. Peu lui chaut de savoir qu'il a le droit pour lui si en exiger le respect doit le priver de son travail : autant proposer à un malade de mourir guéri ! Les statistiques citées au cours de nos travaux montrent que face à une telle alternative, le malade préfère rester malade : le juge ne voit que rarement venir à lui des salariés qui n'ont pas été licenciés (B. Bercusson). C'est à cette paralysie du droit qu'il faudrait remédier, en protégeant efficacement le droit d'agir du salarié isolé. Certes, certains mécanismes juridiques existent déjà en ce sens, notamment les droits d'agir conférés aux syndicats (B. Veneziani, M. Rodriguez-Pinero), mais aucun des pays étudiés ne possède une protection générale du droit de saisine des organes d'application du droit. Cette nécessaire protection du droit d'agir du salarié a déjà été organisée s'agissant d'assurer le respect du principe de non-discrimination sexuelle. Le droit communautaire oblige les États membres à prendre « les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement (9). Il faudrait généraliser cette disposition, en sanctionnant civilement (i.e. par un droit à réintégration dans l'emploi) et pénalement, toute atteinte à ce droit qui commande tous les autres : le droit au droit.

L'aspect organique du problème de l'application

Dans le contexte de l'adoption de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, plusieurs travaux récents ont avancé l'idée d'une juridiction et d'une inspection du travail européenne (10). Ce débat mérite d'être poursuivi, car ici encore les interrogations sont nombreuses.

Concernant la **juridiction du travail**, un projet de Cour européenne spécialisée se heurterait à de sérieux obstacles, le moindre n'étant pas celui de la lenteur, du coût et de l'éloignement, qui contrarierait l'exigence d'accessibilité (10). Mais ne serait-il pas possible, s'inspirant de l'exemple des systèmes qui n'ont pas de juridiction du travail spécialisée, d'aborder ce problème par sa

face procédurale, et d'instiller dans le fonctionnement de la Cour de justice quelques-uns des principes dont l'analyse comparative aura montré la généralité dans le domaine du droit du travail ? Serait-il par exemple déraisonnable d'ouvrir aux confédérations syndicales représentatives au plan national des droits d'agir en justice (par exemple d'exercer des recours en manquement ou en interprétation) droits conformes à leur vocation de défense des intérêts collectifs des salariés ? Le rôle extrêmement actif de la juridiction européenne dans le domaine social se trouverait ainsi conforté, et trouverait là de nouvelles occasions d'exercice.

Concernant **l'inspection du travail**, la mise sur pied de dispositifs communautaires sera à terme inévitable, sauf à renoncer à tout projet d'espace social européen. Chaque État doit avoir la garantie du respect des normes communautaires par les entreprises des autres États, et cette garantie requiert un droit de regard étranger sur les pratiques d'application. Par ailleurs, l'un des enseignements les plus sûrs de l'histoire et du droit comparé du travail est l'existence d'un lien nécessaire entre l'édiction de normes de fond et l'institution d'organismes de contrôle. Ce lien s'observe également en droit international du travail et en particulier dans la convention 81 de l'OIT. Cela dit, le débat est ouvert sur les formes que doit prendre une inspection européenne du travail. Faut-il se borner à améliorer la formation et la sensibilisation des inspecteurs nationaux à cette dimension européenne (11) ? Faut-il au contraire envisager la création d'un corps européen d'inspection ? Ou bien rechercher d'autres types de solutions, dans l'expérience acquise par l'OIT pour veiller au respect des conventions internationales du travail ?

Une chose ici encore est certaine : il faudra tenir le plus grand compte des divergences et des convergences que l'analyse comparative aura révélée. Et l'un des enseignements du droit comparé en ce domaine est la place des inspections du travail. Il y a là un véritable noyau dur du droit du travail, qui se retrouve d'ailleurs dans le droit communautaire. Dès lors ne serait-il pas judicieux de situer la mise en place d'un système européen d'inspection, quelque soit sa forme, sur ce terrain de l'hygiène et de la sécurité ? Un instrument crédible en ce domaine devrait avoir à terme un effet aussi dynamique que dans les systèmes nationaux, et il serait le prolongement logique du sort privilégié réservé à ces questions par l'Acte Unique.

Les grandes difficultés soulevées par la notion d'application du droit du travail en Europe ne doivent pas nécessairement conduire à un affaiblissement des concepts issus des droits nationaux. La fée Europe, après avoir transformé la négociation en dialogue, pourrait bien être ten-

(9) Dir. 76/207 du 9 fév. 1976, art. 7. Sur la mise en œuvre de cette directive en droit français : v. A. Supiot, *Les juridictions du travail*, Paris, Dalloz, 1987 ; n° 559 s, p. 519 s.

(10) Cf. le rapport B. Hepple sur *Les instruments juridiques communautaires : application et mise en œuvre* à la Conférence sur « la formulation juridique et la mise en œuvre de la dimension sociale du marché intérieur », IUE, Florence, déc. 1989.

(11) V. en ce sens le rapport A. Lyon-Caen sur *Hygiène et sécurité* à la Conférence de Florence préc.

tée de transformer l'application en négociation. Cette vision féerique de relations de travail suffisamment autorégulées pour rendre inutile tout recours à une contrainte extérieure, serait grosse de bien des désillusions. Car vouloir supprimer l'écart entre la règle de droit et la pratique sociale, conduit à s'en remettre aux aléas des rapports de force. C'est le point de fuite de l'« axiome de Terry » : quand il n'y a plus de règle de droit (i.e. de règle générale et

abstraite), le problème de l'application du droit ne se pose plus. Le modèle nord-américain, entièrement fondé sur la négociation collective, abandonne ainsi à leur sort une majorité de salariés (60 % au Canada), véritables « laissés pour compte » du droit du travail (A. Cote). Au moment où la prise de conscience de ces inconvénients du « tout conventionnel » se fait jour en Amérique du Nord, il n'est pas inutile de les garder à l'esprit en Europe. ■