



HAL
open science

Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail

Philippe Auvergnon

► **To cite this version:**

Philippe Auvergnon. Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail. 2006, p. 7-31. halshs-00129146

HAL Id: halshs-00129146

<https://shs.hal.science/halshs-00129146v1>

Submitted on 6 Feb 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Philippe AUVERGNON
Directeur de recherche au CNRS
Université Montesquieu - Bordeaux IV

UNE APPROCHE COMPARATIVE DE LA QUESTION DE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT DU TRAVAIL

Le terme d'effectivité relève manifestement peu du langage de la science juridique mais bien plutôt de la théorie ou de la sociologie du droit. Cependant, même les juristes les plus à cheval sur les mots et les concepts que ces derniers transportent, ne peuvent nier une certaine pénétration du terme dans le langage même du droit. Ainsi, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme parle de « recours effectif à la justice » ; ainsi, la Charte européenne de 1961, révisée en 1996, mentionne la nécessité d'assurer « l'exercice effectif » d'un droit, ... de même encore a-t-on vu apparaître en droit communautaire le concept « d'effet utile » selon lequel un instrument juridique – par exemple la directive sur le Comité d'entreprise européen - ou une disposition d'un instrument juridique doivent être interprétés précisément au regard de leur « effet utile »¹.

Sans s'embarrasser de l'existence ou non dans le langage juridique du terme « effectivité », d'autres soulignent qu'« aussi grand soit le fossé qui puisse exister entre la règle de droit et la pratique sociale, les fonctions ordinaires du juriste dogmatique le conduisent à l'ignorer, en poursuivant l'analyse de la seule norme, en qualifiant de violation tout écart. Les débats qui fondent, en amont, l'adoption des règles légales ne l'intéressent généralement que dans la mesure où ils peuvent éclairer l'interprétation, tandis que les rapports professionnels réels ne méritent son intervention que lorsqu'il s'agit de mesurer leur rattachement possible au droit en vigueur. Le champ d'action du juriste dogmatique exclut les zones qui échappent au droit, sauf lorsqu'il s'agit de confirmer leur illégalité ou de les rattacher au droit positif »². Pourtant, l'ineffectivité du droit n'est-elle pas un « fait socio-

¹ Cf. A. Jeammaud, Le concept d'effectivité du droit, dans le présent ouvrage p. 33.

² Cf. R. Filali, L'ineffectivité des normes de travail, la revanche des faits sur les prétentions de la norme formelle, L'effectivité du droit social : à quelles conditions ? , dans le présent ouvrage p. 55.

juridique fondamental sans lequel on ne peut comprendre, analyser, lire ou dire l'état du droit ? »³.

De ce fait, les juristes eux-mêmes ne peuvent pas éviter de se poser la question de l'effectivité du droit du travail. Certes, cela peut se résumer, pour certains, au fait de savoir si une règle - ou un corps de règle - est respectée. Mais, il faudrait encore que le droit ne soit qu'un ensemble de règles de conduite. Les règles qui composent le droit du travail entendent bien souvent avant tout faire advenir un certain nombre de choses ; ainsi il arrive que soient fixés des rapports, attribués des droits subjectifs. Si l'interrogation sur l'effectivité semble d'abord emporter l'idée d'une mesure « quantitative » de la conformité ou de la conformation aux modèles que constituent les règles, il s'agit aussi de ne pas oublier de s'interroger sur la qualité de la règle ou du corps de règles. On se situe ici dans une approche nécessairement moins quantitative échappant, par exemple, à des visées strictement de mesures statistiques ou s'appuyant au mieux sur ces dernières pour s'interroger sur les causes de l'ineffectivité et les conditions – y compris propres à la règle ou au corps de règles – d'une meilleure effectivité.

Si la question de l'effectivité n'est pas, en soi, spécifique au droit du travail, on a régulièrement souligné combien elle semble participer d'un certain particularisme de ce droit⁴, sous l'angle de l'ineffectivité de dispositions qui « paraissent particulièrement exposées à l'ignorance, au refus d'application, dans un espace privé où s'impose souvent le pouvoir sans partage de l'employeur »⁵. On doit aussi rappeler l'ambivalence du droit du travail. Ce dernier contient des interdictions et des prescriptions dans un souci clair de protection des personnes en situation de travail juridiquement subordonné mais il participe également à la régulation économique et sociale, à l'organisation du marché du travail et par là même au fonctionnement économique. On sait combien aujourd'hui, au regard

³ *Idem.*

⁴ Cf. not. J.-C. Javillier, *Droit du travail*, 2^e ed. LGDJ Paris 1981, n°60 ; Ph. Auvergnon, Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité en droit du travail, *Droit social* 1996, p. 598.

⁵ J. Pelissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 22 ed. Paris 2004, p. 60. ; voir aussi : G. Borenfreund, Le droit du travail en mal de transparence, *Droit social* 1996, p. 461 ; T. Grumbach, Le simple et le complexe dans le droit du travail, *Droit social* 2003, p. 48.

notamment de la situation de l'emploi et de la compétition internationale, de nombreux dispositifs de droit du travail affichent des objectifs socio-économiques. On se doit alors d'enregistrer un glissement possible – voire une confusion – du débat de l'effectivité vers celle de l'efficacité de la norme. Les questions sont distinctes mêmes si elles entretiennent d'évidence quelques relations.

En ce sens, il est utile de rappeler que « l'efficacité d'une règle de droit, d'un corps de règles de droit, ou encore d'un dispositif juridique agencé par ces règles, sera son aptitude à obtenir le résultat recherché par son auteur ou que lui assignent des acteurs sociaux ou tel observateur s'interrogeant sur cette aptitude »⁶. Mais, si l'efficacité se révèle ici hors de l'ordre juridique lui-même, pour d'autres il convient avant tout de faire une distinction entre efficacité économique ou sociale à l'extérieur du système juridique et efficacité à l'intérieur même dudit système, celle-ci se traduisant par l'aptitude à provoquer des effets juridiques (prévision par la loi de la nullité d'un acte, conditions posées à la validité, ...)⁷.

En toute hypothèse, on doit prendre acte dans de nombreux pays aujourd'hui d'un engouement pour l'évaluation des dispositifs juridiques, souvent plus affiché dans les discours que véritablement mis en pratique. Évaluer l'efficacité, d'un dispositif juridique particulier ou d'une règle de droit déterminée – sans parler d'un système juridique ! - n'est pas en effet chose évidente⁸. Cela requiert notamment que l'on identifie ou que l'on s'accorde sur l'objectif assigné, puis sur les moyens de mesurer sa réussite ou son échec dans la poursuite de ce résultat. De telles procédures d'évaluation semblent rares ; la préoccupation pour l'efficacité de la protection ou des règles reste en tous cas variable en fonction des pays, manifestement plus importante, par exemple, en Italie qu'en France ; dans ce dernier pays, il est y compris permis d'observer que les enquêtes de sociologie juridique paraissent elles-mêmes en régression.⁹ En toute hypothèse, les règles

⁶ Cf. A. Jeammaud, *op. cit.*

⁷ Cf. M. Sewerynski, L'effectivité du droit du travail : l'expérience polonaise, dans le présent ouvrage, p. 117.

⁸ Cf. notamment : A. Jeammaud et E. Serverin, *Evaluer le droit*, Recueil Dalloz 1992, Chron. p. 263.

⁹ En France, les enquêtes de « mesure » de l'écart entre un dispositif juridique donné et ses effets en pratique (personnes concernées, nombre de contrats conclus, ...) paraissent en réalité aujourd'hui concerner essentiellement les politiques d'emploi.

peuvent être effectives et efficaces, effectives et inefficaces ; en tous cas, l'effectivité est la condition, non suffisante mais nécessaire, de l'efficacité.

Mais comment identifier l'effectivité ? On souhaiterait bien évidemment, chaque fois que l'on se pose la question à propos d'un système de droit ou d'un droit particulier, avoir une réponse claire, nette, une photographie immédiate, sans nuance, « en noir et blanc ». Mais les choses ne sont pas si simples. Tout d'abord, le phénomène ou la pratique de l'interprétation n'intervient pas uniquement en cas d'obscurité du texte en cause ; l'interprétation est consubstantielle à l'existence du droit. Par ailleurs et encore, les règles de droit, notamment social, sont loin d'être toutes des règles de conduite, des règles qui disent le permis et l'interdit. Une règle qui attribue un droit, en logique, ne peut tout simplement pas être inefficace, sauf à se poser la question, non pas de son effectivité *stricto sensu*, mais celle de l'exercice ou non des prérogatives attachées à ce droit¹⁰.

En définitive, plus il y a conformation au contenu quel qu'il soit de la règle, plus celle-ci est effective. Il en va de même lorsque face à la méconnaissance ou l'inapplication de la règle, dès lors qu'il y a réaction de l'ordre juridique au travers de l'intervention d'institutions de contrôle, dès lors que cette réaction va conduire à la mise en conformité. Enfin, s'il arrive que certains s'interrogent en termes d'ineffectivité du droit à l'observation de pratiques de renonciation à des droits, il paraît important de rappeler que dès lors que pareille renonciation passe par la mobilisation d'autres règles¹¹, il apparaît inexact de parler d'ineffectivité.

Il reste à observer combien le juriste de droit du travail, peut être parfois paradoxalement pris de doute, face à la question de l'effectivité du droit du travail : est-elle toujours souhaitable ? Ainsi, à titre d'exemple et de provocation amicale, que penser des conditions posées par le droit du Royaume-Uni à l'exercice de la liberté d'action collective ? Si celle-ci existe bel et bien, les syndicats devraient « naviguer en eaux troubles » pour pouvoir bénéficier des immunités prévues par la loi lors de conflit industriel. Les conditions juridiquement posées apparaissent telles qu'on peut se

¹⁰ Cf. not. A. Jeammaud, La règle de droit comme modèle, *Recueil Dalloz 1990*, Chron. p. 199 ; du même auteur, Les règles juridiques et l'action, *Recueil Dalloz*, 1993, Chron. p. 207.

¹¹ Cf. à titre d'exemple : les transactions intervenant sur la base de l'article 2044 du Code civil français.

demander, vu du continent, comment une action collective peut véritablement être développée. Il n'empêche, tant la liberté que le droit qui l'encadre sont effectifs !¹²

D'une discussion internationale et comparative, il résulte en définitive un constat partagé concernant une ineffectivité variable d'un pays à l'autre (I), mais aussi celui de divergences quant aux voies à emprunter pour une meilleure effectivité (II).

I – LE CONSTAT PARTAGÉ D'UNE INEFFECTIVITÉ VARIABLE

Au travers des situations normatives et des débats nationaux, l'ineffectivité du droit du travail est analysée de façon générale comme une incidence d'un contexte socio-économique singulièrement tourmenté (A). Pourtant, ineffectivité comme effectivité du droit du travail ont indéniablement une dimension culturelle quasi géopolitique (B).

A – L'incidence d'un contexte tourmenté

Le contexte socio-économique n'est pas marqué dans tous les pays du monde uniquement par le chômage, mais l'impact de ce dernier sur l'effectivité du droit du travail est en règle générale relevé comme central. On ne rappellera qu'un cas : en Argentine le taux de chômage de moins de 8 % jusqu'aux années 90, est alors passé à 18 % pour atteindre 26 % avec la crise de fin 2001/2002. Même s'il se situe aujourd'hui autour de 16 %, les travailleurs tolèrent l'illégalité ; il n'y a pas de réclamations sauf après intervention de la rupture du contrat. L'action collective est difficilement envisageable avec ses incidences certaines en termes de salaire et probables en termes d'emploi. En Argentine comme dans bien des pays, les inspecteurs du travail témoignent du fait que des salariés leur demandent de ne pas venir inspecter leur entreprise¹³.

¹² Cf. J. Carby-Hall, Sur l'effectivité du droit britannique concernant les conflits collectifs de travail, dans le présent ouvrage p. 197.

¹³ Cf. A. Goldin, L'effectivité du droit social au regard de la situation argentine, dans le présent ouvrage p. 321.

Le contexte d'insécurité et de précarité de l'emploi permet effectivement d'imposer le silence aux travailleurs sur le respect de leurs droits et conditions d'emploi. Si l'on retient assez souvent les difficultés rencontrées par les entreprises dans un contexte de concurrence exacerbée, il faut aussi avoir conscience d'une concurrence accrue entre travailleurs, concurrence qu'organise parfois le droit mais qu'en tout cas il ne régule pas lorsque se développent des zones de travail dissimulé, lorsque croît le secteur informel jusqu'à, par exemple, concerner près ou plus de la moitié de la population active comme, par exemple, en Turquie ou au Maroc¹⁴. Pour certains, l'informalité ne serait pas « la cause mais la manifestation de l'ineffectivité »¹⁵ ; ainsi, en Argentine, de 20 % dans les années 80, le taux du travail informel serait passé aujourd'hui à 48 %. La cause du développement de cette « informalité » ne serait pas un droit du travail qui reviendrait trop cher et ferait peur aux employeurs ; ce serait l'évasion fiscale qui générerait des ressources qui (non blanchies) seraient nécessairement réinvesties dans la marginalité économique. Si ces causes peuvent effectivement différer d'un pays à l'autre, le travail informel n'est pas un problème spécifiquement latino-américain, africain ou moyen-oriental, son taux atteindrait jusqu'à 30 à 50 % dans les nouveaux États membres de l'Union européenne.

Quant aux causes de l'ineffectivité du droit du travail, certains entendent insister sur le fait qu'elle serait induite par un élément structurel de la relation d'emploi : la subordination¹⁶. C'est ce qui expliquerait que tout particulièrement lorsqu'un pays connaît un fort taux de chômage, le salarié en état de subordination ne s'adresse pas au juge du contrat de travail. Au mieux il recourt aux instances internes de représentation du personnel dans l'entreprise, aux syndicats à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise. La faiblesse des moyens et la spécialisation des systèmes régionaux d'inspection du travail, dans le cas de l'Allemagne, interdit d'y voir une possibilité de recours alors que dans un pays comme la France, hors prévision normative, l'inspection du travail assume le traitement d'une demande individuelle d'information, de conseil, voire d'intervention

¹⁴ Cf. M. Sur, Les moyens mis en œuvre pour l'effectivité du droit du travail en Turquie, dans le présent ouvrage p. 175 ; sur la situation marocaine voir : R. Filali, *op. cit.*

¹⁵ A. Goldin, *op. cit.*

¹⁶ Cf. M. Weiss, Observations sur l'effectivité du droit du travail fondées sur l'expérience allemande, dans le présent ouvrage p. 155.

informelle auprès de l'employeur. Cette « demande individuelle » est de plus en plus importante du fait de la crise des représentations internes du personnel et de la faiblesse du syndicalisme.

L'existence d'une zone grise entre travail salarié et travail indépendant, d'une « ligne de démarcation floue » est également une source d'ineffectivité du droit du travail dès lors qu'elle permet soit l'existence d'un statut intermédiaire ne bénéficiant que d'une partie des protections du droit du travail (phénomène des *parasubordinati* en Italie), soit un évitement de l'application du droit travail à une activité *de facto* dépendante mais « habillée » juridiquement en travail « autonome » ou « indépendant ». Un phénomène repéré en Pologne mais peut-être pas si spécifiquement polonais que cela, serait constitué par une fuite de l'encadrement de relations de travail vers le droit civil¹⁷.

Le contexte tourmenté favorisant l'ineffectivité du droit c'est aussi un travail moderne de moins en moins « prévisible » (nature du contrat, nature des tâches, ...charges variables du travail), une partie du travail immatériel soumis au principe du « débrouillez-vous ». La notion même d'entreprise a elle-même radicalement évolué. On ne comprend rien aux systèmes de production sans intégrer l'*outsourcing*, la sous-traitance d'entreprises réticulaires, l'importance aujourd'hui de réseaux de production de plus en plus souvent internationaux.

Il y a parallèlement transformation de la norme sociale. Certes, notamment dans les pays européens continentaux, il y a toujours des lois, des décrets, des conventions collectives et des contrats de travail mais, s'ajoutent à eux, des « chartes d'entreprise », des « codes de conduite », des normes techniques, des normes de qualité, ISO ou autres. On peut ainsi faire un réel constat de diversification normative généralisée, d'apparition d'objets normatifs très souvent « métissés », à la juridicité incertaine mais au rôle d'orientation des pratiques indéniable.

On peut ainsi s'interroger, à titre d'exemple, sur la prolifération d'accords plurinationaux américains relatifs ou partiellement consacrés au travail¹⁸. On

¹⁷ Cf. M. Sewerynski, *op. cit.*

¹⁸ Cf. P. Verge, Perspectives canadiennes sur l'effectivité du droit du travail : perspectives canadiennes, dans le présent ouvrage p. 291.

relève certaines similitudes, notamment l'engagement des pays signataires à appliquer leur propre droit national, mais aussi des différences ou divergences : certains accords américains (US) intègrent des sanctions commerciales alors que d'autres (canadiens) restent relativement dans une tradition de droit international public en envisageant des « mesures appropriées en cas d'inapplication ». Quelle est la nature véritable de ces accords ? S'agit-il de protéger le commerce international ou les droits fondamentaux des travailleurs ?

On pourrait aussi relever combien, singulièrement en Europe continentale, on a connu un développement certain, au cours du dernier quart de siècle, d'un droit plus procédural que substantiel. Des normes procédurales, à condition de rencontrer des acteurs pour les mettre en œuvre, apparaissent plus facilement effectives que celles plus substantielles qui se prêtent, de façon plus évidente, à une mesure de l'écart entre prévision normative et pratiques sociales.

Les mutations économiques avec leurs lots de restructurations, de « compressions du personnel » comme on dit parfois en Afrique, effectuées dans un contexte de désarticulation relative des sources du droit (normes dérogatoires, mise en cause d'un ordre public social, diversification des niveaux et acteurs de la négociation collective, ...) constituent un contexte favorable au développement de formes de complicité entre employeur et salariés pour aller (ensemble) contre le droit. En ce sens on peut relever l'existence en Allemagne d'accords d'entreprise garantissant l'emploi contre une inapplication des dispositions « gênantes » ou la réduction des salaires prévus par la convention collective sectorielle. Théoriquement (juridiquement), on pourrait aller devant le juge pour faire reconnaître l'illégalité de ce type d'accord mais ... personne n'y va : ni l'employeur bien sûr, ni les salariés, ni le comité d'établissement qui perdrait alors sa base électorale ...

B – Une dimension culturelle quasi géo-politique

L'ineffectivité de telle ou telle disposition juridique peut traduire une absence de légitimité de la norme en cause, mais il y a ici de grandes diversités nationales à prendre en compte ; à titre d'exemple, si la norme la plus légitime reste certainement en France la loi, en Europe du nord il s'agira certainement des accords collectifs. La dimension culturelle de l'ineffectivité

ou de l'effectivité du droit travail est, en tout cas, un point saillant résultant de discussions comparatives.

Une certaine « résistance » aux normes sociales peut être expliquée par l'existence d'une culture d'inaccomplissement, d'une coutume enracinée de contournement de la loi dès lors que celle-ci est synonyme de coût et de restriction. Cette culture – ou contre-culture – existerait au Portugal et aussi dans plusieurs autres pays du sud de l'Europe. Elle proviendrait notamment de la faiblesse des traditions industrielles et syndicales et de la maturation très lente d'une civilisation démocratique¹⁹. Ailleurs, comme en Argentine, on insiste sur la faiblesse de la culture sociale qui conduirait à des virages brutaux de politiques sociales passant de l'interventionnisme au non - interventionnisme, du plus d'Etat au moins d'Etat, de la centralisation à la décentralisation, ceci sans distinguer ce qui ressort de l'idéologie de ce qui peut constituer une solution adaptée²⁰.

De façon générale, les variables de contexte restent déterminantes des causes d'ineffectivité ; ainsi, pour comprendre celle qui présiderait à la situation du droit social argentin, il faudrait avoir en tête un affaiblissement normatif historique du droit social ; mais il faudrait aussi ajouter à l'explication un phénomène latino-américain conduisant à plus « déclamer le droit » qu'à le pratiquer. Une telle stigmatisation doit bien évidemment être relativisée, nuancée, tenir compte de différences existant entre pays latino-américains. On estime ainsi parfois que le très beau Code du travail du Paraguay ne connaîtrait pas véritablement d'application ; pour sa part, l'Uruguay aurait, avec un droit légal de base et un rôle important de la jurisprudence, un droit du travail qui varierait essentiellement en fonction du droit conventionnel applicable. Si au Brésil effectivement le droit ne semble pas toujours « accrocher à la réalité », ne concerner que certains espaces, il faudrait ici ne pas voir une caractéristique latino-américaine mais, selon une juriste brésilienne, « le problème de tout pays qui manque d'argent »²¹. En ce qui concerne l'Argentine, la situation serait révélatrice d'un pays « ayant tendance à vivre en marge de la loi »²², un vrai problème d'adhésion, de

¹⁹ Cf. A. Monteiro, *Réflexions sur l'effectivité en droit du travail à partir du cas portugais*, dans le présent ouvrage p. 105.

²⁰ Cf. A. Goldin, *op. cit.*

²¹ Cf. C. Lapa Wenderley, lors du séminaire international de droit comparé du travail tenu à Bordeaux en juillet 2005.

²² A. Goldin, *op. cit.*

croissance au droit, à la loi serait posé ; l'idée serait assez répandue, chez les employeurs comme les travailleurs, qu'il est légitime par moment d'aller contre ou d'être hors la loi²³.

L'Asie n'échappe pas au phénomène d'ineffectivité du droit du travail ... on s'en doute ! Mais ici aussi l'explication par la variable culturelle est parfois avancée. À titre d'exemple, on cite pour le Japon le cas de l'inapplication de certains aspects de la réglementation de la durée du travail en insistant sur des causes tenant au comportement ou à la mentalité des salariés ; l'entreprise est perçue, vécue comme une communauté dans laquelle direction et salariés assument « avantages et risques ». Une des règles internes « communautaires » concerne les heures supplémentaires. Les salariés pensent que les heures supplémentaires gratuites leur seront bénéfiques à terme. De ce fait, très peu de plaintes existeraient pour heures supplémentaires impayées²⁴.

Les aspects socio-culturels de l'ineffectivité du droit du travail doivent en toute hypothèse être pris en compte et abordés néanmoins avec précaution. L'ineffectivité n'a pas forcément les mêmes ressorts entre pays du nord et du sud et y compris entre pays du sud. Dans ces derniers, certains peuvent estimer que le maintien, voire le développement de l'ineffectivité du droit du travail doit être replacé dans le contexte historique de l'implantation d'un droit venu avec la colonisation et le développement d'une activité de type capitaliste. Ce droit moderne s'est greffé sur une part de réalité limitée, celle d'une économie marchande ; une population étrangère a amené avec elle (et souvent pour elle seule), un droit « moderne ». Deux modèles ont alors fonctionné. Dans le premier, ce droit « nouveau » venu d'ailleurs a organisé lui-même une distinction des champs d'application plus qu'une articulation entre droit « moderne » et « règles anciennes ». Dans un second cas, le droit « nouveau » a été dit applicable à tous, tout en n'intéressant ou n'étant appliqué qu'à une minorité.

Si l'on prend l'exemple du Maroc, il y a eu juxtaposition de droits, pluralisme juridique. Après la décolonisation ou « les indépendances » on a eu tendance à procéder à une extension ou une généralisation du droit

²³ *Idem.*

²⁴ Cf. M. Iwamura, Un questionnement de l'effectivité du droit du travail japonais, dans le présent ouvrage p. 339.

« moderne » au travers d'une réappropriation par les nouveaux dirigeants ; le divorce antérieur a été camouflé par la généralisation officielle du droit moderne, mais les réalités socio-économiques sont restées les mêmes voire ont connu un approfondissement. La dualité découlant d'un pluralisme normatif est devenue une dualité entre droit et réalités²⁵.

La nouveauté et l'intérêt avivé pour la question de l'ineffectivité du droit du travail dans certains pays du sud vient de la mondialisation. Avec la participation accrue de ces pays aux échanges internationaux, on s'est aperçu des insuffisances de leur régulation qui leur permettait de développer ce qui était regardé par les autres comme du *dumping* social. La thématique de la « clause sociale » s'est alors développée mais a été précisément refusée par les pays du sud qui y ont vu, pour leur part, une atteinte à leur possibilité de développement. Après l'échec de cette formule, un tournant a été pris avec la Déclaration relative aux droits sociaux fondamentaux de l'OIT de juin 1998 ; celle-ci ne cherche pas avant tout plus de ratifications (même si ce fut un effet de ladite Déclaration) ; on ne cherche pas en effet une simple conformité normative mais une mise en œuvre effective de quelques principes fondamentaux dont on entend veiller à l'application dans le champ des seuls échanges internationaux²⁶.

Il existe toutefois « plusieurs pays du sud »²⁷, plusieurs types de pays émergents ou en développement. Il faudrait de ce fait veiller à ne pas généraliser l'explication et les discours en appelant à un « droit minimaliste » ou « minimal » correspondant au minimum à ce qui peut être prévu pour tous. Dans certains pays, il faudrait jouer sur le droit, dans d'autres il faudrait « travailler sur la société » et continuer de faire jouer au droit son rôle de promotion d'une nouvelle réalité²⁸.

Au fond, c'est la question du rapport entretenu avec le droit et de sa diversité de par le monde qui, de façon récurrente, vient interférer avec celle de l'effectivité du droit du travail. Ainsi doit-on rappeler qu'aux États-Unis on ira rapidement devant le juge alors que, par exemple, en Extrême-Orient

²⁵ Cf. R. Filali, *op. cit.*

²⁶ Cf. J.-M. Servais, Normes du travail universelles et cultures nationales, dans le présent ouvrage p. 349 ; du même auteur voir notamment : *Normes internationales du travail*, LGDJ Paris 2004, 333 p.

²⁷ Cf. A. Goldin, *op. cit.*

²⁸ *Idem.*

on déteste le conflit ouvert et l'on cherchera à éviter le recours au juge en privilégiant notamment la conciliation²⁹. La place reconnue à l'État et, effectivement, tenue par lui dans les relations professionnelles correspond aussi à une variable culturelle ; on ne s'arrêtera pas ici sur « l'exemple français » !?! De même, en fonction des pays, un ensemble de divers acquis sociaux pourra être ou non considéré comme participant à l'identité même du pays³⁰.

Dans de telles conditions, comment l'Organisation Internationale du Travail (OIT) peut elle appliquer les mêmes normes à des pays économiquement et culturellement différents ? Si l'on ne veut pas « des sous-normes pour des sous-hommes », il faut appliquer les mêmes normes à tous. Mais, en même temps, pour tenir compte de la diversité, il doit exister - et il existe - des techniques, des formules et des clauses permettant la souplesse ; il est ainsi permis à certains États de ne ratifier qu'une partie de certaines normes ou d'exclure du champ d'application certaines catégories de travailleurs ; il existe des clauses d'équivalence, des clauses générales du type « si les circonstances le permettent », « dans la mesure où le gouvernement », ...

Si des efforts sont faits, des problèmes subsistent. Il y a surtout en permanence la difficulté de savoir dans quelles mesures il faut tenir compte de l'originalité culturelle et dans quelles mesures il ne faut pas suivre ou trop « comprendre » certains gouvernements (par exemple à propos de la liberté syndicale ...). Jusqu'à quel point peut-on soulever « l'exception culturelle » ? Tout dépend parfois du système juridique et des relations professionnelles du pays ; il est indéniable, par exemple, que la liberté syndicale coûte cher à un employeur aux Etats-Unis, ce n'est pas forcément le cas ailleurs ...

Tout le monde est d'accord pour établir un cadre éthique commun mais les difficultés interviennent très vite lorsqu'on aborde le contenu. En règle générale on n'a pas de problème (officiellement) pour l'interdiction du travail des enfants, les discriminations, ... mais il y a problème, par exemple, lorsqu'on en arrive à la liberté syndicale ... L'option serait pour certains

²⁹ Cf. J.-M. Servais, *op. cit.*

³⁰ *Idem.*

aujourd'hui de développer des recommandations ou de la *soft law* pour tous et sur tout ... mais : « soit c'est du *soft*, soit c'est de la *law* »³¹.

Pour tenir compte de la diversité notamment culturelle mais aussi atteindre une certaine effectivité voire efficacité de la norme internationale, il faudrait pour certains organiser au fond trois types de normes. Entre des normes affirmant des droits fondamentaux, tels que ceux visés par la Déclaration de l'OIT de 1998, et les normes « opérationnelles » des réglementations nationales, il faudrait des normes « programmatiques », fixant les objectifs et laissant le choix quant aux moyens à utiliser pour atteindre l'objectif (ex. de ce type de normes au Canada et au Japon sur l'emploi, la formation professionnelle, les relations professionnelles, ...) ³². Mais, pour que ce type de normes programmatiques soit effectif, il faut bien évidemment que les affirmations de droits fondamentaux connaissent un « suivi » et, notamment, qu'il existe des syndicats et des employeurs vraiment libres.

Si l'on peut à l'occasion souligner l'importance des dispositions internationales pour l'application et le respect des normes nationales, on voit ici qu'il faut encore qu'elles connaissent elles-mêmes une certaine effectivité. On peut dans le même sens mais à un niveau régional, s'interroger sur le contrôle de l'effectivité du droit social communautaire européen. Ce dernier apparaît plus ou moins intense en fonction des matières³³. Si le droit social communautaire *stricto sensu* (règlements et directives relatives à la libre circulation des travailleurs, à la coordination des régimes de sécurité sociale, à l'égalité), est doté d'un mécanisme de contrôle efficace. Il n'en irait pas de même en matière de « politique sociale européenne »³⁴. Certains soulignent combien « l'effectivité du droit communautaire reste peu étudiée concrètement » alors même que « l'intégration de l'acquis communautaire dans les dix nouveaux pays de l'Union européenne a mobilisé d'énormes énergies durant la décennie 1994-2004 »³⁵. L'Union européenne ne semble guère s'intéresser à l'effectivité de

³¹ Cf. J.-M. Servais, *op. cit.*

³² *Idem.*

³³ Cf. M. Dispersyn, Observations sur l'effectivité et le contrôle des normes sociales communautaires, dans le présent ouvrage p. 255.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Cf. E. Julien, A propos de la construction et de l'effectivité du dialogue social européen, dans le présent ouvrage p. 269 ; I. Schömann, Le contrôle de l'effectivité

certaines normes sociales, tant elle peine à obtenir leur transposition nationale ... Le contrôle de l'application du droit national se résume ici souvent au « recours en manquement » ; de fait, il existerait d'énormes disparités de transpositions nationales ; dans une approche soucieuse des intérêts des chefs d'entreprise, on relève qu'une difficulté supplémentaire surgirait « lorsque le législateur européen tente d'élaborer des textes trop précis, trop prescriptif, donc incompatibles avec les cultures et les pratiques nationales »³⁶.

D'autres soulignent surtout le développement, au niveau communautaire, de modes nouveaux de régulation appelant un contrôle de l'effectivité d'une autre nature. Si la stratégie européenne de convergence des objectifs et politiques de protection sociale, adoptée par le Conseil européen en 1992, n'a finalement eu qu'un contenu formel, les stratégies de coordination des politiques menées par la suite ont été plus fermes et ont manifestement permis d'atteindre de meilleurs résultats. Il en est allé ainsi de la stratégie européenne pour l'emploi et de la méthode ouverte de coordination. Dans les deux cas, on a visé à traduire des lignes directrices européennes en politiques nationales et à procéder périodiquement à un suivi, suivi n'ayant aucun caractère contraignant ... si tout cela participe certainement d'une « culture bruxelloise », peut-on sérieusement parler de contrôle d'effectivité ?

La production normative communautaire est aussi le fait des partenaires sociaux. Une interrogation est de savoir si ces derniers assument ou non un suivi des normes interprofessionnelles ou sectorielles, fruits de leurs négociations ? Se soucient-ils au fond de l'effectivité des produits du dialogue social européen ? Certains avouent que bien que les textes adoptés prévoient une procédure de suivi n'ayant « rien à envier à celle des directives communautaires », dès lors qu'aucun de ces textes n'est arrivé au terme de sa durée de vie, « une évaluation de leur effectivité serait forcément abusive »³⁷.

des normes sociales communautaires, un point de vue syndical, dans le présent ouvrage p. 277.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

II – LES VOIES DIVERGENTES D'UNE MEILLEURE EFFECTIVITÉ

Si de nombreux constats relatifs à l'ineffectivité du droit du travail sont communs à de nombreux pays, les analyses et les pistes proposées pour une meilleure effectivité sont assez souvent divergentes. D'un côté, de façon assez classique, en se référant à Hans Kelsen, on rappelle que l'effectivité si elle ne provient pas d'un respect spontané de la norme, doit advenir suite à contrôle et sanction (A). Un autre courant, ayant manifestement le vent en poupe, s'intéresse à la part de responsabilité qui revient au droit lui-même dans la recherche d'une meilleure effectivité (B). Derrière une certaine « nébulosité » du débat sur l'effectivité, c'est au fond une certaine perplexité sur l'avenir du droit du travail qui transparaît. Il est indéniable qu'on trouve ici de nouvelles raisons de dénoncer de réelles ou supposées inadaptations du droit du travail. Mais, il faut d'abord revenir sur la nécessité de véritables contrôles.

A – La nécessité de véritables contrôles

Une meilleure effectivité est attendue d'un renforcement des sanctions, des institutions de contrôle de l'application du droit externe ou interne à l'entreprise. L'augmentation des moyens matériels et humains de l'inspection du travail, la simplification des procédures juridictionnelles, la mise en place de systèmes alternatifs de résolution des litiges, sont quelques-unes des mesures proposées traditionnellement. Mais, en même temps, peut-être pour mieux justifier le renforcement des contrôles, le tableau de l'état des lieux qui en est dressé, est le plus souvent peu enthousiasmant. Ainsi, le système juridictionnel aurait, par exemple en Pologne, sa part de responsabilité en matière d'ineffectivité du droit du travail dès lors que les contentieux sont longs et décevants ce qui fait qu'on préfère ne pas aller voir le juge et garder en l'état sa relation de travail³⁸. En Turquie, la lenteur de la justice n'inciterait pas également à exiger devant le juge le respect du droit³⁹. En ce qui concerne l'inspection du travail, on relève de façon générale son importance théorique et sa faiblesse en pratique, notamment du fait de manque. Par ailleurs on signale l'évolution du contexte présidant à

³⁸ Cf. M. Sewerynski, *op. cit.*

³⁹ Cf. M. Sur, *op. cit.* ; de façon plus générale, pour une approche internationale et comparative de la question des contrôles juridictionnels : Ph. Auvergnon, (dir.), *Les juges et le droit social* », Comptrasec, Bordeaux, 2002, 238 p.

l'intervention de l'inspection du travail, notamment dans les pays européens⁴⁰. Quelles conséquences doit-on tirer des mutations singulièrement des modes d'organisation de la production, en termes de contrôle public ? Les systèmes d'inspection du travail sont marqués par leur origine, mais aujourd'hui comment peuvent-ils répondre aux défis qui leur sont posés, prendre en compte les nouvelles réalités normatives comme productives ? À propos de la situation européenne, on a pu regretter qu'il n'y ait même pas une coordination des inspections du travail au niveau européen alors qu'il existe des directives sociales communes⁴¹.

Les défis des systèmes d'inspection du travail, notamment ceux dits généralistes, tiennent peut-être aussi à l'évolution des relations entretenues avec les acteurs traditionnels (employeur, syndicats, représentants de salariés) ainsi qu'à l'émergence de « nouveaux acteurs » (salarié solitaire, Organisation Non Gouvernementale, association de défense de l'environnement ou de consommateurs, ...). À titre d'exemple, l'inspection du travail en Pologne ne bénéficierait aujourd'hui « d'aucune coopération de la part des syndicats »⁴²; en Espagne, « la plupart des travailleurs aujourd'hui ne souhaiteraient pas y recourir ou témoigner à l'occasion d'enquête »⁴³. Souvent, on souligne que des inspecteurs du travail hésiteraient à envisager certaines sanctions estimant qu'elles ne seraient pas supportables pour l'entreprise. Ainsi au Québec, « il ne faudrait pas trop compter sur l'inspectorat du travail ... »⁴⁴. En revanche, en ce qui concerne la situation japonaise, on souligne l'importance pour l'effectivité du droit du travail de l'inspection du travail. Les inspecteurs y contrôlent l'application de la loi sur les normes de travail et ses décrets d'application, de même que celles sur l'hygiène et la sécurité de travail, les salaires minimum, la garantie de versement des salaires impayés, le travail à domicile, l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, ... ils ont de façon

⁴⁰ Cf. C.-E. Triomphe, Mutations du travail, transformations de l'action publique et effectivité du droit du travail : les défis de l'inspection du travail française, dans le présent ouvrage p. 219 ; Ph. Auvergnon, Pour l'effectivité du droit du travail : quel système d'inspection et quelle indépendance des inspecteurs ?, dans le présent ouvrage p. 245.

⁴¹ *Idem.*

⁴² M. Sewerynski, *op. cit.*

⁴³ M.-A. Ballester, L'effectivité du droit du travail : observations à partir du cas espagnol, dans le présent ouvrage p. 129.

⁴⁴ P. Verge, *op. cit.*

très classique le pouvoir d'entrer dans les entreprises, de se faire remettre des documents et d'interroger employeur comme salariés ainsi que des pouvoirs de police judiciaire en cas d'infraction pénale⁴⁵. En Turquie, l'inspection du travail constituerait « la pierre angulaire du contrôle étatique dans le domaine social »⁴⁶. On a ici un système mixte d'inspection du travail se situant entre le modèle de type anglo-saxon (Royaume-Uni, Allemagne, ...) « spécialisé » en matière de santé et de sécurité au travail, et le modèle dit « généraliste » avec ses variables (Espagne, France, pays du Maghreb, ...). En Turquie, deux types d'inspecteurs coexistent : ceux ayant compétence en matière d'exécution générale du travail dans les établissements, ceux dédiés aux questions d'hygiène et de sécurité de travail. La Turquie ayant ratifié notamment la Convention n° 81, la définition donnée de l'inspection du travail turque exprime assez clairement les fonctions et les pouvoirs d'un système d'inspection du travail et sa nature fondamentale d'agent de la paix sociale⁴⁷.

Liée intrinsèquement aux interventions de l'inspecteur du travail et du juge, la question des sanctions est traditionnellement centrale dans un débat sur l'effectivité du droit du travail. Pourtant on se doit de constater – contexte libéral et pensée unique obligent ! – que les juristes du travail de par le monde semblent aujourd'hui hésiter à montrer un intérêt approfondi pour la question des sanctions ; l'existence de ces dernières demeure pourtant un levier majeur du respect du droit, ceci en cas d'application ou simplement d'évocation. Certains précisent qu'en tous cas « l'amélioration de l'effectivité du droit du travail ne passe pas par plus de sanctions – même s'il en faut ! - mais par une croissance économique et de véritables politiques d'emploi »⁴⁸. On retiendra une mise en discussion assez générale des sanctions pénales. La situation japonaise fait figure d'exception en faisant apparaître une permanence de l'effet dissuasif des sanctions pénales⁴⁹. En Espagne, on observe certes une tendance à la pénalisation d'aspects des relations de travail (ex. harcèlement) mais, en même temps, la présomption d'innocence étant forte, les sanctions pénales seraient difficilement effectives⁵⁰. Les sanctions pénales sont parfois mises en cause sous prétexte

⁴⁵ M. Iwamura, *op. cit.*

⁴⁶ M. Sur, *op. cit.*

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ A. Goldin, *op. cit.*

⁴⁹ M. Iwamura, *op. cit.*

⁵⁰ M.-A. Ballester, *op. cit.*

qu'elles ne seraient pas efficaces pour assurer une réparation des victimes de violations de la loi. On se doit de rappeler que tel n'est pas la finalité de la sanction pénale⁵¹ mais celle de la sanction civile⁵². Un droit pénal du travail accroché à n'importe quelles dispositions de droit du travail, prévoyant des peines de prison jamais appliquées, est certainement discutable. Mais la société a encore à dire ce qu'elle entend voir advenir comme comportement et ce qu'elle estime inadmissible, n'en déplaise aux tenants d'une norme sociale fabriquée au jour le jour, en kit, par ses seuls usagers en fonction de leurs intérêts du moment.

Parallèlement à ce procès latent fait au droit pénal du travail, on a observé, dans bien des discours, une réelle volonté d'efficacité de la norme sociale que l'on rechercherait du côté d'un développement des sanctions de type administratif. Les organes de contrôle ont alors des outils propres pour imposer une mise en conformité immédiate ou pour voir effectivement sanctionner financièrement l'entreprise rebelle à toute négociation de la mise en conformité, ceci sans dépendre de la bonne volonté ou des possibilités d'un juge. Ces sanctions n'interdisent pas que des recours administratifs et juridictionnels existent à leur endroit. On note une montée nette du recours aux sanctions administratives en Turquie, c'est un système qui fonctionne en Espagne et qui donne lieu à une réflexion avancée en France.

Enfin, on indique dans un certain nombre de pays l'apport à l'effectivité du droit du travail de divers organes internes à l'entreprise y compris de représentation du personnel. Ainsi des comités d'hygiène et de sécurité du travail, des médecins et unités de santé, ingénieurs et techniciens chargés de la sécurité du travail, dans les établissements de plus de 50 salariés, notamment en Turquie⁵³.

Si l'on a indiqué parfois la disparition *de facto* ou l'absence *de jure* de syndicats dans l'entreprise privée, singulièrement en Pologne⁵⁴, dans certains cas les représentants syndicaux jouent un rôle significatif dans la

⁵¹ Voir notamment : A. Lyon-Caen, Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail, *Droit social* 1984, p. 438.

⁵² Voir notamment : M. Grevy, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ Paris 2002 et revue *Droit social* 2001, p. 598.

⁵³ M. Sur, *op. cit.*

⁵⁴ M. Sewerynski, *op. cit.*

surveillance du respect du droit⁵⁵. L'incidence du système syndical sur l'effectivité ou la non effectivité du droit ou de règles particulières est soulignée par certains⁵⁶. Ainsi, en Argentine, bien que pouvant être présent dans l'entreprise dès lors qu'il est agréé ou dit représentatif, le syndicat né à l'extérieur de l'entreprise n'investit pas véritablement cet espace, semblant estimer que l'entreprise est le seul domaine de l'employeur, privilégiant d'autres investissements⁵⁷. Ce phénomène paraît commun aux systèmes nationaux dans lesquels historiquement le syndicalisme s'est trouvé très lié à l'État.

B - La part de responsabilité du droit

Le débat sur l'effectivité suscite, aujourd'hui plus ouvertement qu'hier, des questions sur ce droit lui-même, singulièrement sous l'angle de son évolution dans certains pays. La première des interrogations est certainement « politiquement incorrecte » mais bien réelle : « quel droit effectif pour qui ? »⁵⁸. Le droit du travail n'est-il pas effectif pour un groupe particulier de travailleurs, de fait bien protégés, alors même qu'il ne bénéficierait que marginalement à d'autres quand il n'en vient pas à organiser la précarité de leur emploi et de leurs droits ? Si l'on prend l'exemple espagnol, les principaux problèmes d'effectivité ou d'ineffectivité paraissent ainsi concerner d'une part la proportion élevée de contrats à durée déterminée, d'autre part la politique d'immigration. Quand on parle d'effectivité, la première des choses n'est-elle pas de s'interroger sur le champ réel d'application mais aussi d'influence du droit du travail aujourd'hui ?⁵⁹

À propos du cas espagnol comme de bien d'autres situations nationales, on peut avancer l'image de cercles concentriques entourant un noyau dur de travailleurs véritablement protégés par le droit du travail et le droit social plus généralement⁶⁰. Ces cercles dépendent les uns des autres et entretiennent entre eux des relations dynamiques. Le noyau des « protégés »

⁵⁵ Cf. notamment M. Sur, *op. cit.*

⁵⁶ A. Goldin, *op. cit.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Cf. P. Ichino, Le droit du travail favorise-t-il effectivement l'égalité entre les travailleurs ?, dans le présent ouvrage p. 79.

⁵⁹ M.-A. Ballester, *op. cit.*

⁶⁰ *Idem.*

est caractérisé par la dépendance ou la subordination mais aussi par une certaine « extériorité » aux risques de l'entreprise. Les « protégés » continueraient ainsi à bénéficier d'un salaire indépendamment de la situation commerciale ou économique de l'entreprise. Cette catégorie de salariés diminuerait de plus en plus dès lors que les employeurs cherchent à fuir l'application d'un droit du travail qui coûterait cher. Si l'idée que la situation de certains salariés n'est pas à tout moment dépendante de la situation économique de l'entreprise est juste, on peut cependant avoir quelques réticences devant la réaffirmation de cette vieille idée de cours de droit universitaire selon laquelle le salarié ne court aucun risque économique à la différence de l'employeur. Les dirigeants d'entreprise effectuant des délocalisations ou des licenciements « boursiers » connaissent rarement les « joies » du chômage qu'ils font goûter à leurs anciens salariés souvent sous contrat à durée indéterminée avec pas mal d'années de présence dans l'entreprise.

Une autre catégorie serait constituée par des travailleurs se situant hors champ du droit du travail subordonné ; ils sont « indépendants », effectivement ou fictivement ; il n'existe pas en Espagne comme en Italie, par exemple, de situation intermédiaire entre travail salarié et travail indépendant ; le statut de ces « autonomes » subit toutefois quelques influences du droit du travail, singulièrement au travers du type de couverture sociale dont ils peuvent disposer et de leur possibilité de s'organiser collectivement, de se syndiquer.

Un troisième cercle de travailleurs bénéficierait d'un droit du travail de « faible intensité »⁶¹. On retrouverait là l'ensemble des relations de travail précaire. On a expliqué comment, dans le cas espagnol, après diverses réformes du Statut des travailleurs ayant conduit à l'existence d'un véritable marché dual du travail, on avait notamment en 1997, créé un contrat à durée déterminée particulier pour atténuer le taux de travail précaire, ... Enfin, dans le quatrième et dernier cercle, celui le plus éloigné du noyau dur des « protégés », se situerait le travail « inexistant », le travail invisible, celui des travailleurs irréguliers, qu'il s'agisse de ceux nationaux ou non, acteurs fantomatiques de l'économie souterraine, alternant parfois travail non déclaré et travail déclaré, ou plus spécifiquement le travail des étrangers en situation irrégulière.

⁶¹ *Idem.*

Une autre approche incite à s'interroger sur les défaillances dans l'élaboration du droit. À titre d'exemple, on peut ici citer le cas de la Pologne qui a vécu plus de trente ans « sur » un Code du travail datant de 1974, c'est-à-dire de l'époque communiste, Code certes plusieurs fois modifié mais jamais globalement repensé, malgré l'évolution socio-économique et politique⁶². De façon générale, on relève que trop souvent des réformes sociales apparaissent ponctuelles, effectuées dans l'urgence, sous pression d'un *lobby*, pour cause d'un changement de majorité politique ; parfois il n'est pas du tout évident qu'on produise du droit pour qu'il soit effectif mais bien plutôt pour un simple effet d'annonce ou pour donner une réponse à une situation politique conjoncturelle en sachant que certaines affirmations normatives ont l'avantage de n'avoir aucune incidence en pratique.

Certains trouvent plus précisément des espoirs de meilleure effectivité dans un droit qui serait élaboré en tenant mieux compte de réalités telles, notamment, que la taille de l'entreprise, le tissu économique étant essentiellement fait non pas de grandes entreprises mais de petites voire très petites entreprises. D'autres estiment qu'un peu plus de respect du droit serait obtenu par le développement d'un droit négocié par ses propres usagers, c'est-à-dire entre partenaires sociaux⁶³. En tous cas le processus d'élaboration des règles devrait veiller à ce que ces dernières puissent donner lieu à une appropriation par les partenaires sociaux⁶⁴. Parallèlement, on ne peut passer sous silence que ces derniers sont aujourd'hui décrits, dans la plupart des pays, comme de plus en plus faibles, comme manquant d'expérience, de formation, de compétences singulièrement au niveau de l'entreprise. La question non seulement de l'accès à la connaissance mais de la formation au droit du travail des acteurs sociaux ainsi que parfois des agents d'inspection du travail - voire des juges ! - est régulièrement posée dans la perspective d'une meilleure effectivité du droit. Mais il arrive qu'on s'en tienne aujourd'hui à affirmer que « si on n'applique pas le droit qui existe c'est qu'il n'est pas efficace »⁶⁵, sans se demander si ce ne sont pas les institutions de contrôle de son application (inspection du travail, juridiction

⁶² M. Sewerynski, *op. cit.*

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Cf. notamment : M. Sur, *op. cit.*

⁶⁵ M. Sewerynski, *op. cit.*

du travail, institutions représentatives du personnel) qui rencontrent quelques problèmes d'efficacité⁶⁶.

On rappelle aussi qu'il existe des conditions intrinsèques au droit permettant une meilleure effectivité : une norme ne s'imposera de façon durable que si elle est en rapport avec les réalités socio-économiques et culturelles, notamment avec les pratiques industrielles et syndicales⁶⁷. Par ailleurs, un des enjeux actuels résiderait dans la capacité du droit du travail à intégrer la problématique des droits fondamentaux de la personne aux questions d'âge, de genre, d'ethnie, ... Il devrait aussi mieux prendre en compte le phénomène généralisé de l'éclatement de l'entreprise traditionnelle (contours réels de l'entreprise, notion d'employeur, ...). En revanche, l'idée fort répandue selon laquelle des éléments formels (simplicité, clarté du droit, ...) influent sur l'effectivité du droit, est rejetée par certains qui ne voient là qu'une source « marginale » d'ineffectivité⁶⁸. L'important serait avant tout que « toute loi soit portée par un projet politique réel et bénéficie de l'appui réel d'acteurs tels que les syndicats, les Organisations Non Gouvernementales, ... »⁶⁹.

Mais derrière toutes ces circonvolutions autour des conditions d'élaboration et du contenu concret du droit du travail comme variables de son effectivité, la question n'est-elle pas de savoir s'il faut créer des règles adaptées aux possibilités des entreprises pour qu'elles connaissent une certaine application ? Même s'il est évident que le droit doit entretenir quelques rapports avec les réalités socio-économiques et culturelles, sa seule finalité est-elle de se conformer, de coller aux réalités ? Ne faut-il pas s'inquiéter de cette nouvelle évidence du mythe de l'adaptation du droit aux faits » ?⁷⁰

Derrière pareille demande de soumission du droit du travail aux possibilités ou aux besoins des entreprises, il peut y avoir une volonté sincère de le sauver notamment lorsqu'on se trouve dans un système laissant

⁶⁶ Peut-on déduire de l'existence de pratiques *contra legem* ou d'évitement du droit que ce dernier mérite de ne pas être effectif ?

⁶⁷ Cf. P. Verge, *op. cit.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Voir notamment : C. Atias, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, Recueil Dalloz 1977, Chron. p. 251.

se développer un encadrement par le droit civil des prestations de travail tel qu'on peut l'apercevoir en Pologne. Il peut aussi y avoir la dernière marche à descendre avant la fin du droit du travail. Il est ainsi possible de se demander si le débat central relatif à l'effectivité du droit n'est pas aujourd'hui celui, tout simplement, de son utilité économique et sociale⁷¹. Il est vrai que le « procès du droit du travail » ouvert il y a près d'un quart de siècle semble aujourd'hui, par moment et pour certains, proche du verdict. On en est plus à la dénonciation du seul caractère anti-économique du droit social, introduisant des dysfonctionnements économiques sur le libre marché. Peu importe que pour qu'un marché existe il faille des règles. On en est à susciter un « rejet social » des normes de droit du travail, jugées « contre productives » pour l'emploi et la vie des entreprises, leur ineffectivité relative n'étant en soi qu'un indice de leur inadaptation. À la limite, ceci conduirait à affirmer la nécessité d'éliminer rapidement toutes ces lois « néfastes » en premier lieu pour leurs destinataires, à savoir les salariés.

La norme sociale apparaissant coûteuse, directement ou indirectement pour tous, il semblerait, pour certains, compréhensible qu'on procède à certaines violations pour préserver les intérêts essentiels de l'entreprise et des travailleurs ; l'analyse économique du droit offrirait en ce sens « beaucoup d'illustrations d'évaluation des conséquences de l'accomplissement de la norme selon une logique de coût/bénéfice »⁷². Pourtant, pour d'autres, il est important que le juriste utilise les résultats de la recherche économique pour penser et produire le droit, pour que le droit connaisse une effectivité supérieure⁷³. Si, de façon générale, on convient que le juriste doit être modeste et admettre que des questions peuvent être résolues grâce à une approche pluridisciplinaire, n'y aurait-il pas risque pour le droit à se soumettre à l'impérialisme de la seule « science » économique ? On peut répliquer en rappelant que si les économistes ont, entre eux, des divergences, il y a des points sur lesquels « de gauche comme de droite (ils) disent la même chose »⁷⁴ : ainsi du niveau de travail précaire lié à l'existence de fortes protections contre le licenciement. L'approche économique ne mettrait pas forcément au centre de l'analyse le Produit National Brut ou l'intérêt de l'entreprise ; certains économistes prendraient en compte l'utilité

⁷¹ Cf. A. Monteiro, *op. cit.*

⁷² *Idem.*

⁷³ Cf. P. Ichino, *op. cit.* ; voir également : P. Ichino, The labour market : a lawyer's view of economic arguments, *International Labour Review*, 1998, p. 299.

⁷⁴ *Idem.*

de la norme pour les êtres humains ... Refuser l'analyse économique du droit serait hypocrite comme défendre le droit du travail sans regarder les intérêts qu'il sert, c'est-à-dire aujourd'hui centralement un groupe bien particulier de travailleurs alors que les organisations syndicales disent défendre et représenter tous les travailleurs⁷⁵. On peut cependant faire remarquer que le « point aveugle » de l'analyse économique du droit est de ne pas faire apparaître l'employeur comme un acteur qui, dans un système capitaliste, recherche « naturellement » la maximalisation du profit.

En tout cas, par delà les dénonciations récurrentes parfois justifiées d'un droit instable et complexe, trop souvent hétéronome pour prendre en compte les situations concrètes, la discussion sur l'effectivité du droit du travail se développe aujourd'hui avec en fond de paysage, non seulement la mise en cause « classique » d'un droit anti-économique mais, de façon plus pernicieuse, peut-être celle d'un droit anti-social. En guise de compromis fort agaçant pour les juristes attachés au caractère protecteur et progressiste du droit du travail, certains évoquent implicitement ou explicitement⁷⁶, la solution d'un droit qualitativement moins protecteur mais quantitativement plus effectif. On se doit simplement de réaffirmer la nécessité de ne pas lâcher la proie pour l'ombre.

Conclusion

La question de l'effectivité n'est pas une question spécifique au droit du travail. Certains cependant soulignent que ce droit serait particulièrement exposé à l'ineffectivité du fait de l'importance des rapports de pouvoirs dans les relations de travail, de l'inégalité entre parties y prévalant, ... en réalité les juristes du travail sont sensibles à cette question parce que le droit du travail comme le droit social est un droit « politique », non seulement parce qu'il incarne ou traduit parfois un projet politique en tous cas un compromis social, mais parce qu'il reste à la fois porteur de protection et de justice sociale ainsi qu'instrument de police de la concurrence entre entrepreneurs comme entre travailleurs.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ En ce sens : M.-A. Ballester, *op. cit.*, R. Filali, *op. cit.*, P. Ichino, *op. cit.*

En cela, il ne faudrait pas être obsédé par la question de l'effectivité – outre la question de sa mesure - ; il ne faudrait pas trop vite dénoncer le fait que le législateur se fasse plaisir en proclamant des droits qui bien souvent ne peuvent être mobilisés par les acteurs. S'il est important que les règles de conduite affirmées en droit social soient suivies et leurs violations sanctionnées, il est tout aussi important que le droit reste le support principal de production du lien social, lieu d'énonciation des choses qui doivent être.