

Boundaries and Frontiers of Labour Law : goals and means in the regulation of work

G. Davidov, B. Langille

Contributions de B. Langille, A. Hyde, A. Treblicock, S. Deakin, A. Goldin, G. Davidov, K. Van Wezel Stone, P. Benjamin, K. Sankaran, C. Kollonany Lehoczky, S. Sciarra, P. Davies, M. Freedland, J. Fudge, H. Collins, E. Marin, J.C. Javillier, H. Arthurs,

Hart Publishing, Portland, 2006, 413 p.

L'emploi comme dispositif, réseau de normes qui enserrant le travail, peine aujourd'hui à conférer un statut aux individus. L'emploi en effet n'est pas le travail : dire « avoir un emploi », c'est désigner ce réseau de normes qui, se déclinant dans le code du travail, les accords collectifs mais aussi le droit de la sécurité sociale, caractérisent le « rapport salarial ». Aujourd'hui, les formes de mobilisation du travail défont la cohérence de ce réseau de normes. Dans *Au-delà de l'emploi*, Alain Supiot faisait la proposition d'un « nouvel état professionnel des personnes », et avançait des pistes pour refonder un ensemble de normes qui soit effectivement en mesure de créer cet « état ». L'ouvrage dirigé par Guy Davidov et Brian Langille vient nourrir ce débat, avec un ensemble de contributions qui, relevant toutes de la discipline juridique, s'intéressent à la fois au plan du droit et à ses fondements, mais également aux pratiques gestionnaires et à la mise en œuvre des politiques publiques en matière d'emploi. L'ouvrage est structuré en cinq parties. Il s'ouvre sur l'idée d'une nécessaire refondation de la réglementation du travail. Il revient ensuite sur des analyses plus détaillées de certains aspects de la relation d'emploi, au regard des nouvelles réalités du travail et des trajectoires professionnelles. Une troisième partie est consacrée à la question du périmètre de la réglementation du travail et de sa capacité à intégrer des formes d'emploi dites « atypiques ». C'est ensuite la fonction employeur et sa définition même qui sont interrogées, avant de conclure sur les possibles apports de solutions internationales et institutionnelles face aux nouveaux enjeux de la réglementation du travail.

La première partie dit la portée du changement devant lequel nous nous trouvons. Le mythe fondateur sur lequel reposent nos systèmes d'emploi a vécu, dit Langille. Quelque chose est à réécrire, susceptible de redonner du sens et de la cohérence aux dispositifs d'emploi. L'enjeu, dit Langille, est que nos catégories passées ne viennent pas dominer nos capacités d'invention et de projection, et ne nous empêchent pas de penser un nouvel avenir de la relation de travail. Certains auteurs insistent sur les apports de l'économie du développement pour « réinstitutionnaliser » la relation de travail, à travers une nouvelle idée de la liberté humaine (Langille¹), ou encore pour engager un dialogue plus poussé entre droit et économie afin de saisir, en particulier, le phénomène de l'économie informelle (Treblicock). D'autres privilégient une approche plus pragmatique. Hyde, en particulier, remet au cœur de l'analyse la place du conflit, le rôle du juge et l'économie particulière d'un système de relations professionnelles – le système américain. Il part de l'exposé de six cas « problématiques » de relations de travail qui échappent au schéma de l'emploi subordonné et à l'épure du contrat de travail classique. Il décrit comment, dans ces différents cas, la réglementation du travail en vigueur et les interprétations qu'elle véhicule conduisent à faire naître de l'injustice et des distinctions qui n'ont pas de sens au regard des situations réelles. En s'intéressant à la manière dont les juridictions compétentes en matière d'emploi acceptent

¹ Langille emprunte en particulier aux travaux de Sen, et on retrouve ici la notion de « droit réel », également mobilisée par Sen (voir par exemple Amartya Sen, « Travail et droits », *Revue internationale du Travail*, vol. 139, n°2, 2000, pp. 129-139).

ou non de se saisir de ces cas, l'auteur interroge, au bout du compte, la capacité du dispositif d'emploi à connaître les intérêts des « publics » et, ainsi, à contribuer à la reconnaissance des corps intermédiaires. À l'évidence, la place et le rôle du juge diffèrent dans les systèmes d'emploi nord-américains et européens. Mais l'article permet de rappeler que certaines questions nous sont communes et méritent d'être posées : comment, dans les nouvelles formes de mobilisation du travail auxquelles nous avons affaire, se construisent les intérêts collectifs ? Ne faut-il pas, comme le suggérait Alain Supiot, revisiter les droits d'action collective² ? En particulier, la formation des « publics » et de leurs intérêts aux Etats-Unis, à travers les procédures de recours collectif, pourrait interroger notre conception de la démocratie et de la responsabilité sociales³ : l'enjeu est sans doute en effet de « repolitiser » la société, en refondant les termes de l'échange entre les pouvoirs économiques et les « publics » qui leur font face.

Les textes portant sur la relation d'emploi comme ensemble de droits et devoirs abordent des problématiques – et une littérature – qui nous sont plus familières, telles que la nécessité de prendre la mesure des changements intervenus dans le travail (déclin progressif du critère de la subordination, évolutions liées aux NTIC), de sécuriser les transitions professionnelles (Golding), ou de faire exister des catégories intermédiaires entre travailleurs salariés et indépendants (Davidov).

La question du périmètre de la réglementation du travail constitue ensuite le point d'entrée d'une série de contributions qui, pour les lecteurs intéressés par les différents pays traités, présentent en détail les enjeux et difficultés spécifiques des systèmes d'emploi nationaux. En outre, plusieurs textes discutent, de façon tout à fait intéressante, l'usage qui peut être fait, dans des configurations nationales diverses, de certaines techniques juridiques qui intéressent également les débats français sur la flexicurité. Ces techniques méritent, de notre point de vue, une attention particulière, dans la mesure où elles visent une meilleure articulation entre marché du travail et protection sociale, entendue au sens large. Stone souligne ainsi la pertinence que présenterait l'instauration de droits de tirage sociaux dans le contexte américain, pour renforcer la protection sociale dans le cadre de dispositifs nationaux ou locaux, y compris lors des périodes de transition professionnelle. L'auteur plaide par ailleurs pour une réforme légale de la réglementation de l'emploi, pour doter les salariés « normaux » et « atypiques » des mêmes droits, dans un contexte où, compte tenu des pratiques gestionnaires en vigueur, la distinction s'estompe⁴. L'idée de droits de tirage pour faire face aux périodes d'insécurité est également avancée par P. Benjamin dans un article consacré à l'Afrique du Sud. Celui-ci se penche notamment sur les effets des changements de statut des individus (salarié/independant) en termes de couverture sociale. Il suggère la création d'une « assurance emploi » permettant de mieux articuler régime d'assurance chômage et politique de formation continue, pour garantir une protection et une promotion *réelles* des individus tout au long de leur parcours. L'enjeu plus général qu'il soulève, au plan juridique, ne nous est pas étranger : comment repenser les liens entre réglementation du travail et droit de la sécurité sociale ? Retenons enfin la façon dont Sankaran discute, dans un article consacré à la protection des travailleurs de l'économie informelle en Inde, plusieurs techniques susceptibles de contribuer à une meilleure régulation de la relation d'emploi. L'auteur évoque la création d'agences, ou d'autorités, faisant fonction d'intermédiaire entre les travailleurs et leur employeur pour la collecte et le versement des salaires. Cette technique

² Alain Supiot, « Revisiter les droits d'action collective », *Droit social*, juillet-août 2001, n°7/8, pp. 687-704.

³ Voir sur ce point Laurent Duclos, « Retour sur la lutte des class ! », *Metis*, n°10, Août 2007 (http://metis-europe.eu/class_action_france.html).

⁴ Stone cite notamment, pour appuyer ce constat au plan sociologique, les travaux très éclairants de Richard Sennett sur les difficultés auxquelles sont confrontés les salariés pour construire leur expérience professionnelle, et sur les voies nouvelles qui pourraient être empruntées (Richard Sennett, *La culture du nouveau capitalisme*, Albin Michel, Paris, 2006).

est également envisagée pour mettre en place, dans certains secteurs, un régime de protection sociale regroupant travailleurs salariés et indépendants. Enfin, pour protéger le passage du statut de salarié à celui d'indépendant – fréquent chez les saisonniers de l'agriculture –, Sankaran plaide pour une portabilité des droits : elle discute ainsi la possibilité de créer une caisse à laquelle cotisent employeurs, salariés et indépendants, sur la base de minima obligatoires, pour gérer et délivrer les prestations de sécurité sociale. L'article suggère ainsi de façon très intéressante, un lien entre la constitution de la fonction employeur, potentiellement partagée avec un tiers, et la portabilité des droits, au bénéfice de la protection des parcours professionnels des individus.

La question de la définition de l'employeur est ensuite au cœur de plusieurs contributions particulièrement stimulantes. Le thème est introduit par Deakin, quoique son article soit centré sur les origines du contrat de travail et sur une analyse comparative des systèmes d'emploi européens. L'auteur propose notamment⁵ d'aller au-delà d'une approche contractuelle de la relation de travail, au profit d'une approche fonctionnelle de l'employeur. Il identifie trois fonctions : une fonction de coordination du travail, une fonction d'imputation des risques – gestion du risque de perte de revenu (maladie, chômage, vieillesse) –, et une fonction d'équité – égalité de traitement. Cette approche nous semble particulièrement féconde à plusieurs titres. Elle interroge les faiblesses d'une analyse purement contractuelle de la relation d'emploi : Qui est l'employeur ? Quelle est la capacité contractuelle réelle des salariés ? Comment se prémunir contre les stratégies et la possible malhonnêteté d'employeurs cherchant à contourner des obligations dont ils ne veulent pas ? Quelles sont les possibilités de rétractation et de vérification, en continu, des intentions des parties ? Cette approche fonctionnelle peut aussi suggérer, dans la perspective d'une refondation des droits sociaux, qu'il s'agit peut-être moins d'« épouser » l'organisation du pouvoir économique, que d'introduire un autre cadre d'analyse susceptible de réguler la relation d'emploi : identifier des « fonctions » d'employeur, constater qu'elles peuvent être partagées, définir les obligations spécifiques qui leur sont associées, sont peut-être une façon d'y parvenir. Cette question est également au cœur de l'article de Davies et Freedland, qui critiquent la conception trop unitaire de l'employeur découlant de l'analyse binaire du contrat de travail (employeur/salarié). Focalisant le regard sur des salariés certes particuliers (travailleurs-managers, entrepreneurs personnels-salariés), l'article s'intéresse notamment au fonctionnement de la hiérarchie dans l'entreprise, qui défait le caractère supposé unitaire de l'employeur. Si l'enjeu est de réviser l'échange fondateur de la relation d'emploi et, en suivant la proposition du rapport Supiot, de substituer le couple liberté/sécurité au couple protection/subordination, cette analyse de la fonction de coordination hiérarchique vient utilement souligner que les rôles, dans les faits, ne sont peut-être d'ores et déjà plus si figés que cela, et que la figure du travailleur subordonné a perdu de sa prégnance. Par ailleurs, définir l'employeur permet aussi d'imputer des responsabilités. Le texte de Fudge insiste ainsi sur la responsabilité de l'emploi dans un contexte marqué par l'éclatement des contours juridiques de l'entreprise et le développement du travail précaire. A l'appui d'un matériau jurisprudentiel fourni, l'auteur s'interroge sur la frilosité des juges canadiens à dépasser le modèle bilatéral de la relation de travail tout comme les frontières de la firme, pour décider de l'imputation des responsabilités en matière d'emploi. Elle emprunte à Deakin l'idée d'une analyse fonctionnelle de l'employeur, qui permettrait d'imputer des responsabilités à des entités « employeur » potentiellement séparées, au regard de la fonction effectivement assumée par chacune dans telle ou telle relation d'emploi. Notons, enfin, que cette approche se distingue de celle, plus classique, du « réseau », sur laquelle débouche notamment le dernier texte de cette partie : le concept de réseau pourrait, pour Collins, soutenir l'application

⁵ Dans le prolongement d'un article de 2001 : Simon Deakin, « The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law », *Industrial Law Journal*, vol. 30, n° 1, March 2001, p. 72-84.

d'un principe de justice comparative, garantissant le même salaire à des individus effectuant le même travail, pour des employeurs différents. Reste que l'on ne voit pas avec précision comment définir le « réseau » : les pratiques gestionnaires en vigueur rendent en effet difficiles l'identification « d'un ensemble de travailleurs unifié par le fait d'être placé sous la direction d'un management coordonné, pour poursuivre un objectif commun », qui serait celui du réseau...

Pour finir, plusieurs contributions discutent de possibles solutions internationales ou institutionnelles : l'adoption d'un standard international sous la forme d'une « recommandation » (Marin) ; la production d'une vision commune impulsée par l'OIT (Javillier) ; des modalités de prise en compte au niveau national, par l'administration du travail ou des agences spécialisées, des intérêts des travailleurs dans l'élaboration des politiques publiques (Arthurs).

L'ouvrage met donc de nombreuses questions en débat, au risque de paraître un peu éclaté. Pourtant, par delà la diversité des cas et des situations nationales abordés, il est frappant de constater que de nombreuses questions sont plus partagées qu'on pourrait le croire, soulignant à leur manière une certaine porosité des frontières face aux nouvelles formes d'organisation des relations de travail. Ce n'est pas le moindre intérêt de l'ouvrage que d'en rendre compte et de contribuer ainsi, à sa mesure, à structurer un dialogue qui, dépassant lui aussi les frontières, donne à voir la façon dont ici et là se recomposent les agencements de la relation de travail. La trame commune est bien là : comment penser aujourd'hui l'homme au travail, et le doter de droits ? Le choix de présenter des entrées variées, dont certaines, on l'a dit, nous semblent particulièrement fécondes, permet de poursuivre de façon ouverte des débats difficiles, dont nous savons aujourd'hui l'importance. Certaines pistes mériteraient toutefois d'être davantage développées, en particulier la façon dont les travaux de l'économie du développement peuvent apporter à la réflexion sur une refondation de la réglementation du travail.

Solveig Grimault
IRES