

Un ordre public social de protection bientôt réduit à son noyau dur ?

YVANLOUFRANI

ISC Paris

Abstract:

By separating the legality of legitimacy, the French state has validated a private normative production taking into account the expectations of social actors. The initially planned public order concerns for the protection of workers is reduced to a hard core and become little, due to the recognition of the normative production of the company, a business performance element.

Keywords:

Legality, Legitimacy, Flexibility, Public social order

Résumé:

En dissociant la légalité de la légitimité, l'Etat a permis de valider une production normative "contrôlée" prenant en compte les attentes des acteurs sociaux. L'ordre public social initialement prévu pour la protection des salariés se réduit à un noyau dur et peu devenir, du fait de la reconnaissance de la production normative de l'entreprise, un élément de performance de l'entreprise.

Mots clés:

Légalité, Légitimité, Flexibilité, Ordre public social

INTRODUCTION

Dans la vision normativiste-positiviste (1), les normes juridiques proviennent de l'Etat, le rôle du juriste et du juge sont parfaitement déterminés, les acteurs sociaux et la société civile ne sont pas, ou peu, pris en compte. La légitimité des normes est assimilée à leur légalité. L'ensemble de ces normes est logiquement ordonné, hiérarchisé (pyramide normative) et appliqué en fonction du principe de faveur (ordre public de protection) pour les normes sociales. L'ordre juridique pensé par Kelsen se fondant sur l'impérativité des lois se concilie mal avec les exigences d'entreprises en pleine mutation recherchant avant tout la souplesse, la mobilité, la flexibilité, pour se positionner dans un marché global.

Dès lors, les demandes des acteurs sociaux et de la société civile de participer à la création des normes régulant leur activité a conduit à dissocier la légitimité de la légalité (2). Il ne suffira plus à une norme d'être légale pour être légitime, il faudra prendre en compte les attentes des acteurs sociaux et de la société civile pour mesurer l'effectivité des normes et leur donner toute légitimité.

Ce mouvement ne s'est pas fait contre l'Etat, mais a souvent été initié par l'Etat lui-même (3) par l'utilisation croissante des techniques de flexibilité (dérogations, supplétivité) et la reconnaissance non seulement de la production normative privée (4) mais aussi du pluralisme juridique (5).

De fait, l'ordre public social de protection est de plus en plus réduit à son noyau dur, voire à des droits ou principes fondamentaux (6) pour laisser libre cours à la négociation d'entreprise.

1. Vision normativiste-positiviste de l'ordre public social

La vision normativiste-positiviste développée par Kelsen repose sur un postulat : la validité d'une norme A fonde la validité d'une autre norme B. En conséquence, si une norme A est reconnue comme valide, la norme B qui en découle devra aussi être reconnue comme valide, les normes A et B valides seront reconnues comme légitimes.

Dans cette approche, la légalité se confond avec la légitimité.

En d'autres termes, la loi, sous la forme que lui a donnée en 1789 la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, expression de la volonté générale, est reconnue comme légitime. Les contrats établis conformément à la loi seront aussi reconnus comme légitimes. Les contrats

ne sont donc reconnus comme légitimes que si leur formation obéit, non à la seule volonté des parties, mais aux règles légales de validité des contrats. Si la loi impose quatre conditions : un consentement non vicié, une capacité, une cause et un objet, seuls les contrats conclus conformément à ces quatre conditions légales seront reconnus comme valides donc légitimes.

Une cohérence logique existe entre toutes les normes juridiques qui sont hiérarchisées.

La norme A conditionne et légitime l'existence de la norme B, elle lui est donc hiérarchiquement supérieure : « une norme est avec une autre norme dans un rapport de norme supérieure à norme inférieure, si la validité de celle-ci est fondée sur la validité de celle-là » (Kelsen, 1996).

En conséquence la norme supérieure détermine la procédure et le contenu des normes inférieures.

La loi déterminera donc la procédure contractuelle et le contenu pouvant être négocié par les parties.

Si la loi impose un écrit pour la conclusion d'un contrat à durée déterminée, le simple consentement des parties ne suffira pas à qualifier un contrat verbal de contrat à durée déterminée. Saisi, le juge *devra* faire respecter la hiérarchie des normes et faire requalifier le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminé. Le système de normes n'est donc pas coordonné mais hiérarchisé sous la forme d'une « ... pyramide de normes dont le niveau suprême est la constitution ...¹ ».

- L'Etat est le « créateur » de la norme juridique. Il engage et avalise le processus de création et détermine le contenu du texte normatif à des degrés différents selon qu'il est « émetteur », « auteur » ou « acteur » comme l'a justement décrit un auteur (Pomade, 2010). La règle de droit écrite, œuvre du législateur « et de lui seul » est prééminente.
- Les acteurs sociaux ne jouent aucun rôle, si ce n'est un rôle d'influence, dans l'élaboration de la règle.

¹ H.Kelsen, Théorie générale des normes, p.346

Le rôle du juriste et du juge sont parfaitement déterminés.

Le juriste doit « considérer les règles de droit comme éléments d'un ensemble plus vaste, au sein duquel, il s'agit de questionner la cohérence logique et le sens d'énoncés normatifs pris en eux-mêmes et non dans leur articulation aux faits sociaux » (Kirat, 2012).

Le juge doit faire respecter cette hiérarchie en qualifiant et classant juridiquement les normes en concours. Le travail du juge « n'est alors pas de créer le droit mais d'appliquer la loi » (Kirat, 2012), strictement, en vue de l'intérêt général s'il s'agit d'un *ordre public de direction*, ou en protégeant les intérêts de la partie la plus faible, s'il s'agit d'un *ordre public de protection*.

L'ordre public de direction ne tolère aucun dispositif d'aménagement des dispositions légales et réglementaires, dans quelque sens que ce soit ;

L'ordre public de protection est un ordre public qui « tolère des aménagements et peut comporter aussi bien des normes d'ordre public absolu n'autorisant aucun dépassement, qu'un dépassement des règles étatiques au seul profit de la partie protégée » (Canut, Juin 2015).

L'ordre public social est un ordre public de protection.

Cependant la seule légitimité des normes sociales créées par l'Etat, dont la prolifération n'a de cesse d'être dénoncée depuis le colloque tenu à l'Université de Montpellier en avril 1986 qui posait la question « Faut-il brûler le code du travail ? », est remise en cause, notamment sur le peu de place laissée aux acteurs sociaux et à la société civile dans son élaboration.

Par la publication de sa « théorie générale des normes » Hans Kelsen allait imprégner et fonder la construction normative européenne sous une forme hiérarchisée représentée sous une forme pyramidale.

2. Association des acteurs sociaux et de la société civile à l'élaboration de la norme

Pour les tenants initiaux de la théorie formelle de la validité, les normes constituant l'ordre public social de protection sont valides car légales et donc légitimes.

Cette vision est contestée. Pour certains auteurs, la légitimité ne doit plus être synonyme de légalité, elle doit être « procédurale » (attention portée au processus d'élaboration de la norme). Ces auteurs s'attachent aussi à l'*effectivité* de la norme entendue comme « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit » (Rangeon, 1989).

Ne sont dès lors valides que les normes légitimes (légitimité procédurale), conformes et effectives.

Pour d'autres auteurs, il faut introduire un « facteur temps » (théorie tridimensionnelle de la validité). La légalité ne peut s'apprécier au même moment que l'effectivité et la légitimité ne doit plus reposer sur une démarche procédurale mais doit être axiologique (respect des valeurs).

Cependant, pour l'ensemble de ces auteurs, la légitimité de la norme juridique fait abstraction de son acceptation par les acteurs sociaux.

Ce sont ces acteurs sociaux, cette société civile qu'entend réintroduire dans le processus de légitimation de la norme, Adélie Pomade (Prix Jean Carbonnier 2010) avec la théorie processuelle de la validité. Pour cette théorie, le facteur temps doit être apprécié pendant tout le processus, la légitimité doit rester procédurale, l'effectivité mesurée par la participation des acteurs sociaux. La théorie processuelle de la validité propose d'apprécier la validité d'une norme juridique sous l'angle de l'écoulement du temps depuis l'élaboration jusqu'à l'application. Il s'agit d'un processus de validation au cours duquel sont exigés une légitimité procédurale et non axiologique (respect des valeurs), une effectivité ayant un effet récursif (elle dépend de la participation des acteurs sociaux : si la norme est effective (participation des acteurs sociaux), la rétroaction confirme la norme juridique, si la norme est ineffective (refus de participation des acteurs sociaux), elle appelle sa modification et l'invalidité) (Pomade, 2010).

- Pour tous ces auteurs, la légalité ne se confond plus avec la légitimité.
- L'Etat n'est plus le seul créateur des normes juridiques.
- Les acteurs sociaux et la société civile peuvent être pris en compte pour mesurer l'effectivité de la norme et donc sa légitimité

Ils seront d'autant plus facilement pris en compte que les techniques de flexibilité se sont généralisées.

3. Techniques de flexibilité

Par le développement des « techniques de flexibilité » de la dérogation et de la supplétivité, l'Etat lui-même, favorise la création de normes juridiques par les acteurs sociaux et la société civile

Une dérogation « réalise la mise à l'écart d'une norme d'ordre public, absolu ou social, en principe applicable ». L'ordre public social de protection permet aux normes inférieures d'améliorer les normes supérieures mais non de les mettre à l'écart. « L'amélioration d'une norme d'ordre public social ne constitue en rien un acte de dérogation puisque le contenu minimal de la disposition perfectible est contenu dans la disposition correspondante » (Canut, Juin 2015). C'est donc la possibilité d'une mise à l'écart d'une norme supérieure qui constitue le critère principal de la dérogation. Cette mise à l'écart est indifférente à la notion d'amélioration des règles étatiques, elle vise surtout à répondre aux demandes de flexibilité de l'employeur, « le législateur ayant largement répondu à cette demande patronale, les possibilités de dérogation sont devenues pléthores » (Canut, Juin 2015).

La règle supplétive « promeut, comme règle de référence, la règle, dont le contenu substantiel reste par hypothèse à définir, issu de la ou des sources juridiques qu'elle vise » (Frossard, 2015). La technique de la supplétivité affecte les sources du droit : légales (la réglementation du temps de travail est largement supplétive), conventionnelles (compétence normative déléguée aux acteurs sociaux) voire contractuelles (stipulations contractuelles suspendues par les accords de mobilité interne). La technique de la supplétivité permet « de rapprocher le plus possible l'élaboration des normes du niveau de l'exécution du travail » (Frossard, 2015).

Du fait de la généralisation de ces techniques de flexibilité, le droit du travail perd de sa identité comme le notaient il y a déjà dix ans Marie-Anne Frison-Roche et Sébastien Bonfils dans leur ouvrage sur les grandes questions du droit économique « le droit du travail a perdu de sa spécificité. Ainsi, alors qu'il s'agissait avant tout d'un droit unilatéral de protection des salariés contre les employeurs ...il est aussi désormais perçu comme un élément de l'organisation performante de l'entreprise, un moyen au service de l'employeur, ce qui explique l'assouplissement des horaires, l'annualisation du temps de travail etc... Le droit du travail est devenu réversible » (Frison-Roche & Bonfils, 2005)

4. Reconnaissance du « droit souple »

En 2013, Le Conseil d'Etat va qualifier la production normative privée de « droit souple » et positionner ses instruments sur une échelle de normativité. Le droit souple sera défini comme l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives :

- ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible leur adhésion ;
- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
- ils présentent par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

Désormais, la juridicité des normes sera reconnue par la formalisation de leur langage et leur homologation par l'Etat. Elles pourront ainsi relever du droit dur ou du droit souple. Issues du dialogue social, des exigences comptables, éthiques, techniques, encadrées avec bienveillance (quand elles ne sont pas impulsées par le législateur) les normes de droit souple, bien que non contraignantes sont d'une grande effectivité et forment un système « quasi-juridictionnel », un « système clos de validité juridique ».

La vigueur de cette normativité privée est telle qu'elle s'apparente à une nouvelle forme de droit dur « privé » s'émancipant du droit dur « public ». Le juge, lui-même, a reconnu récemment la force contraignante de ces normes privées à propos de l'interprétation de la Charte du Football. Pour la cour de cassation, l'article 265 de la Charte du football a valeur de convention collective. Voici donc, une norme privée, négociée et appliquée en dehors de toutes les conditions de validité d'un accord collectif (représentativité syndicale, conditions de majorité, dépôt de l'accord..) à qui l'on prête la même force contraignante qu'un accord collectif (cass.soc., 5 novembre 2014, n°12-23135).

Gunther Teubner va jusqu'à observer « une inversion complète de la hiérarchie entre le droit étatique et l'ordonnancement privé ». Pour le professeur, un renversement total a lieu, spécialement concernant le caractère de soft law ou de hard law des codes publics et privés. Désormais, « ce sont les normes étatiques qui revêtent la qualité de *soft law*, tandis que les simples réglementations privées des entreprises transnationales apparaissent comme une

nouvelle forme de *hard law* (Teubner, 2015) », A l'instar d'auteurs ayant pointé le « désencastrement » de l'entreprise (Le Velly, 2007), on peut noter, de notre point de vue, un « désencastrement normatif » de l'entreprise favorisé par la technique de la supplétivité.

5. Reconnaissance du pluralisme juridique

Le cœur du pluralisme juridique réside dans l'idée que « le droit ne tient pas tout entier dans le droit de l'Etat, mais s'alimente à des sources multiples, dans les communautés et groupements (la famille, les communautés locales, les entreprises ...) qui produisent leur système normatif et leurs procédés de régulation « juridique » (Kirat, 2012)

D'autres concepts de référence que la pyramide normative ont été recherchés comme l'interlégalité, afin de prendre en compte la complexité, l'imbrication des réseaux juridiques. Comme le note Hassan Abdelhamid (Abdelhamid, 2012), professeur de philosophie du droit à l'Université d'Aïn Shams du Caire dans son étude sur les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridiques « les réseaux juridiques se superposent et s'entrecroisent, donnant naissance à un phénomène d'interlégalité , « processus dynamique de combinaison irrégulière et instable des systèmes juridiques ». Cette notion d'interlégalité a été définie par De Sousa Santos² comme le croisement de différents ordres juridiques : « La difficulté réside en ce que la vie socio-juridique est formée de plusieurs espaces juridiques qui agissent simultanément sur des échelles différentes à partir de perspectives interprétatives différentes, à tel point qu'en termes phénoménologiques et en ce qui concerne le résultat de l'interaction et de l'intersection des espaces juridiques nous ne pouvons pas, à vrai dire, parler de droit et de légalité mais plutôt d'interdroit et d'interlégalité. » (de Sousa Santos, 1988). Pour ce courant, l'individu n'appartient plus à un seul ordre juridique mais à plusieurs. Un salarié d'Air France appartient à deux statuts juridiques différents, comme salarié, il peut revendiquer l'application des dispositions du droit du travail, mais comme salarié d'Air France, on peut lui appliquer les dispositions du code de l'aviation civile.

L'entreprise elle-même est un creuset normatif. Elle participe à la production de multiples normes à la juridicité relative : normes comptables, techniques, normes de certification, labels, de codes (éthique, déontologie, gouvernement ...), chartes, normes RSE ... un véritable « champ de validité de normes non conventionnelles » (Jemmaud, 2006). Dans une

² <http://www.notices-pdf.com/deformee%20moment-pdf.html#a3>

contribution présentée les 12 et 13 juin 2014 lors d'un colloque au Collège de France, Gunther Teubner, Professeur à l'Université Goethe de Francfort a pu montrer que les codes d'entreprise présentent les mêmes fonctions que de véritables constitutions revêtues d'une grande force contraignante et de sanctions effectives appliquées par les organes de conformité. Il s'agit « d'un système clos de validité juridique non étatique, qui est lui-même structuré hiérarchiquement (Teubner, 2015)».

Par la supplétivité l'Etat permet de repousser le recours aux normes de droit dur aux situations ne pouvant plus être traitées par les dispositifs internes, par la dérogation, l'Etat permet une grande souplesse dans l'application de la réglementation qu'il a édicté, ainsi « la dérogation est devenue une technique normale de gestion de l'entreprise [en matière de durée du travail] » (Canut, Juin 2015)

De fait, le droit du travail se trouve de plus en plus restreint à son noyau dur.

6. Lenoyau dur du droit du travail

La tendance est lourde. De toute part, les voix les plus autorisées (Badinter & Lyon-Caen, 2015) réclament un nouvel ordre juridique social dans lequel le Code du travail fixerait les grands principes fondamentaux, les branches assureraient un minimum de droits communs à tous par secteurs d'activité, le reste étant renvoyé aux accords d'entreprise. Cette démarche consiste à ouvrir la possibilité de déroger, par accord collectif, à toute disposition du code du travail autre que celle reconnue comme faisant partie du noyau dur, c'est-à-dire autre que celle concrétisant un principe, un droit ou une liberté fondamentale. Dans cette optique, la négociation en entreprise doit prendre plus d'importance pour ne laisser dans le Code du travail que les grands principes généraux du droit (réduits à une cinquantaine pour Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen) qu'elle compléterait. « Par « principe », il faut entendre une règle d'un niveau élevé de généralité qui fonde et ordonne tout un ensemble de dispositions détaillées. Ainsi, un principe occupe une place éminente dans l'architecture globale, il apparaît comme une des poutres maîtresses de l'édifice juridique. » (Badinter & Lyon-Caen, 2015). Le débat est engagé, Pascal Lokiec estime vain de vouloir réduire le code du travail à une cinquantaine d'articles : « Ne cédon pas pour autant aux rêves de certains de le voir réduit à une cinquantaine d'articles ! La protection de la santé et de la sécurité ne peut se résumer à quelques principes généraux de prévention, le droit du licenciement perd toute consistance si la loi ne définit pas les délais et les procédures, la mise en place des institutions

représentatives du personnel est impossible si on ne définit pas leurs conditions de désignation, leur composition et leurs attributions. Renvoyer la réglementation des rapports de travail à la négociation collective pour ne laisser à la loi que la définition d'un cadre général, comme cela est notamment proposé par le Medef, ne simplifie les choses qu'en apparence. Des questions actuellement traitées par la loi et le règlement le seront par les conventions collectives qui, par l'effet domino, se complexifieront à leur tour ! Quant au recours à la jurisprudence qui, dans les pays à faible réglementation comme le Royaume-Uni, pallie le silence de la loi, il n'est pas certain que les partisans de la simplification y trouvent leur compte. » (Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, 2015).

En dehors de la polémique engagée (faut-il réduire le code du travail à une cinquantaine d'articles ?), un noyau dur a déjà été déterminé par le législateur en imposant au donneur d'ordre une obligation de vigilance en matière d'application de la législation du travail dont le non-respect engagera sa responsabilité sur dix dispositions pouvant constituer le noyau dur du droit du travail (Article L8281-1 Créé par loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 - art. 4)

- 1° Libertés individuelles et collectives dans la relation de travail ;
- 2° Discriminations et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- 3° Protection de la maternité, congés de maternité et de paternité et d'accueil de l'enfant, congés pour événements familiaux ;
- 4° Conditions de mise à disposition et garanties dues aux salariés par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire ;
- 5° Exercice du droit de grève ;
- 6° Durée du travail, repos compensateurs, jours fériés, congés annuels payés, durée du travail et travail de nuit des jeunes travailleurs ;
- 7° Conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries ;
- 8° Salaire minimum et paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires ;
- 9° Règles relatives à la santé et sécurité au travail, âge d'admission au travail, emploi des enfants.

L'article L1262-4 qui fixe la réglementation du travail applicable pour les salariés détachés temporairement par une entreprise non établie en France reprend ces neuf dispositions et rajoute une dixième disposition sur le travail illégal

10° Travail illégal. »

CONCLUSION

En dissociant la légalité de la légitimité, en recherchant à la légitimité un autre fondement que la production étatique, notamment son effectivité, en impliquant la société civile et les acteurs sociaux lors de l'élaboration des normes juridiques, l'Etat a permis aux entreprises d'orienter la production normative en fonction de leur intérêt économique.

A la suite de la polémique initiée par Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen sur le code du travail et la volonté de le réduire à une cinquantaine de droits fondamentaux déclinés par l'entreprise par accords d'entreprise, dans l'attente du Rapport Combexelle dont la mission est de « dégager des propositions pour [...] faire une plus grande place à la négociation collective ...pour une meilleure adaptabilité des normes aux besoins des entreprises , il était utile de procéder à un état des lieux du droit du travail appliqué aujourd'hui. De cet état des lieux, il ressort que la mutation du droit du travail en cours est un mouvement de fond conduisant à un repliement des normes de droit du travail sur un noyau dur tout en laissant aux acteurs sociaux et à la société civile de larges marges d'accommodement avec les intérêts économiques de l'entreprise. La diversité des modes de production normative laissera sans aucun doute aux économistes de l'AED (Analyse Economique du Droit) dont les instruments et techniques ont été scientifiquement validés une large place pour déployer leur mode d'analyse du droit.

BIBLIOGRAPHIE

ABDELHAMID, H. (2012). Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique. Dans G. Otis, *Méthodologie du pluralisme juridique* (pp. 135-182). Karthala.

BADINTER, R., & LYON-CAEN, A. (2015). *Le travail et la loi*. Fayard.

CANUT, F. (Juin 2015, Juin 8). La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée. *Semaine sociale Lamy*, pp. 53-60.

de SOUSA SANTOS, B. (1988, octobre). Droit: une carte de la lecture déformée Pour une conception post-moderne du droit. *Droit et Société*, pp. 379-405.

FRISON-ROCHE, M.-A., & Bonfils, S. (2005). *Les grandes questions du droit économique*. PUF.

FROSSARD, S. (2015, juin 8). La supplétivité, une technique de flexibilité en développement. *Semaine sociale Lamy*, pp. 61-66.

JEAMMAUD, A. (2006). L'entreprise, champ de validité de normes non conventionnelles. Dans J.-M. Beraud, & A. Jeammaud, *Le singulier en droit du travail* (pp. 133-161). Dalloz.

KELSEN, H. (1996). *Théorie générale des normes*. Presses Universitaires de France (PUF).

KIRAT, T. (2012). *Economie du droit*. La Découverte.

Le VELLY, R. (2007). Le Problème du désencastrement. *Revue du Mauss*(29), pp. 241-256.

LOKIEC, P. (2015). Il faut sauver le droit du travail. Odile Jacob.

POMADE, A. (2010). Les implications de l'influence normative de la société civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 64(2010/1), pp. 87-122.

RANGEON, F. (1989). Les usages sociaux du droit. P.U.F.



LOUFRANI, Y. 2015, Un ordre public social de protection bientôt réduit à son noyau dur ?, Revue de Management et de Stratégie, (8:2), pp.13-25, www.revue-rms.fr, VA Press.

TEUBNER, G. (2015). L'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales ? Sur les rapports entre les codes de conduite "privés" et "publics" des entreprises. Dans A. Supiot, *L'entreprise dans un monde sans frontières* (pp. 71-83). Dalloz.