



Lois, conventions collectives et contrats de travail: présentation de la hiérarchie des normes en droit du travail

Feuille de travail thématique pour la Conférence annuelle du Centre européen d'expertise (ECE) dans les domaines du droit du travail, de l'emploi et des politiques en faveur du marché du travail:

« Perspectives des droits collectifs en Europe »

Professeur Dr. Bernd Waas, Université Goethe,
Francfort

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion

Mars 2018



MENTION LÉGALE

Le contenu de la présente publication relève de la seule responsabilité de son/ses auteur(s). Le contenu de la présente publication ne reflète pas nécessairement la position ou l'opinion de la Commission européenne. Ni la Commission européenne, ni toute personne /organisation agissant au nom de la Commission n'est responsable de l'utilisation qui pourrait être faite de toute information figurant au sein de la présente publication.

Cette publication a reçu une aide financière de la part du Programme de l'Union européenne pour l'emploi et l'innovation sociale « EaSI » (2014-2020).

Vous trouverez plus d'informations sur l'Union européenne sur Internet (<http://www.europa.eu>).

1 Introduction

Le droit du travail présente un certain nombre de spécificités par rapport à d'autres branches du droit. Par exemple, les sources des droits et obligations des employeurs et employés sont variées, et certaines d'entre elles n'existent que dans le droit du travail. Ce n'est pas un hasard. Typiquement, en droit du travail, un travailleur seul est souvent en position de faiblesse par rapport à l'employeur. Il est possible de contourner ce problème en permettant aux employés de créer des syndicats, qui peuvent alors signer des conventions collectives avec leur employeur et leur organisation. Ces conventions collectives n'existent qu'en droit du travail. Si elles n'existent qu'en droit du travail, c'est parce qu'elles répondent à un besoin de protection particulier, qui n'existe que dans cette branche du droit.

Il est particulièrement intéressant de se pencher sur les sources du droit et sur les relations qui les unissent pour deux raisons. Premièrement, les réglementations, peu importe à quel niveau elles s'appliquent, ont toutes pour objectif global de protéger correctement le travailleur. Il est donc bon d'examiner les sources du droit pour étudier cet élément central du droit du travail à travers différents prismes. Deuxièmement, les acteurs possibles de la création des règles (le législateur, les partenaires sociaux et les parties à la relation professionnelle) ont tous leurs spécificités ; les parties ont, de plus, chacune une approche différente de leur relation avec leur interlocuteur réciproque. Puisque ces spécificités influencent toutes le contenu des réglementations, il est nécessaire de connaître les principes qui aiguillent la répartition, entre ces acteurs, de la capacité à définir les règles (et de la responsabilité y afférente). Il semble d'autant plus urgent de répondre à ces questions que l'évolution actuelle du monde du travail, à l'ère de la numérisation, va aussi influencer (et influence déjà) le statut des sources du droit du travail. Au vu du contexte, il paraît indispensable de procéder à un examen poussé de cette problématique.

Il nous faut mener à bien une analyse minutieuse des sources juridiques du droit du travail, ainsi que des facteurs qui déterminent les relations entre ces sources. Cependant, les rapports entre les différentes sources du droit sont, en principe, une question ouverte, aussi les réponses sont susceptibles de varier. Un exemple de la relation entre le droit écrit et les conventions collectives : dans un pays donné, la législation nationale prévaudra, tandis que dans un autre pays les législateurs laisseront aux partenaires sociaux une grande marge de manœuvre en matière de réglementation. Toutefois, le besoin de protéger les travailleurs est sans doute une préoccupation universelle du droit du travail, et c'est pourquoi on peut supposer qu'il existe certaines valeurs fondamentales à respecter dans tous les systèmes juridiques s'intéressant à la question de la relation entre les différentes sources juridiques du droit du travail.

Il semble donc judicieux de diviser cette étude en deux étapes bien différenciées. Tout d'abord, nous allons présenter les sources du droit avant d'examiner les considérations juridiques fondamentales qui aident les systèmes juridiques nationaux à définir les relations entre ces sources (**Error! Reference source not found.**). Ensuite, nous donnerons des exemples tirés de plusieurs pays, en nous arrêtant notamment sur les évolutions récentes et en gardant à l'esprit une question primordiale : comment les sources du droit et leurs relations vont-elles évoluer à l'avenir ? (**Error! Reference source not found.**) Enfin, nous traiterons des particularités du droit du travail dans l'UE (**Error! Reference source not found.**), avant de conclure rapidement (5).

2 Sources possibles du droit et relations entre ces sources

2.1 Sources possibles du droit

De quelles sources découlent les droits et obligations des employés et des employeurs ?

2.1.1 Contrat de travail

Nous avons tout d'abord le contrat de travail, qui peut être qualifié de source juridique, du moins dans son acception la plus large. Un bref examen des systèmes juridiques en Europe montre qu'il est extrêmement rare qu'une relation de travail soit engagée sans la signature d'un contrat de travail entre les parties. Il y a notamment exception dans le cas d'une relation de travail nouée entre l'employé et le nouveau propriétaire d'une entreprise, en cas de cession de celle-ci. Le fait qu'une relation de travail et un contrat de travail aillent généralement de pair montre que la liberté contractuelle est aussi importante en droit du travail que dans les autres branches du droit. Cela n'a rien d'étonnant, sachant que la liberté contractuelle est l'expression de sa propre autonomie, et donc l'expression d'une liberté d'action globale, qui est parfaitement inhérente aux systèmes juridiques libéraux. Il y a toutefois un "mais". Si un contrat est nécessaire pour forger une relation de travail, cela montre simplement qu'il y a liberté contractuelle dans le sens où l'on décide de conclure ou non un contrat de travail, et si oui, avec qui. En d'autres termes, il y a liberté contractuelle dans la mesure où il y a liberté de conclure un contrat. En revanche, la liberté de définir des droits et des devoirs est une question à part. Soulignons que dans ce contexte, les parties à un contrat de travail sont souvent réticentes à l'idée de prendre leur avenir en main. C'est le cas en Italie : souvent, le contrat de travail n'est guère que l'amorce de l'application d'une convention collective. Il est même fréquent que la liberté contractuelle soit, en ce sens, explicitement limitée. Ainsi du Danemark et de la Suède, où l'employeur n'a pas le droit de déroger à la convention collective, même pour rendre les règles plus favorables à l'employé.

2.1.2 Législation de l'État

La chose se complique si l'on s'intéresse à la législation. Tout juriste en droit du travail s'étant déjà penché sur un système juridique autre que le sien, sait qu'il existe ailleurs de nombreuses normes prévues par la loi, qui n'existent pas dans le droit de son pays. À l'inverse, un juriste allemand s'attendra sans doute à ce que la législation d'un pays régi par la common law soit assez limitée. Mais pourquoi le pouvoir législatif est-il si actif dans la plupart des pays ? Ceci s'explique essentiellement par le besoin de protection des travailleurs mentionné ci-dessus. Sans aller forcément jusqu'à considérer qu'un lieu de travail sûr et sain est un droit fondamental des travailleurs (et par là-même accepter qu'il incombe à l'État de veiller à ce que les lieux de travail répondent en conséquence à certaines normes), l'État ne peut se permettre de se dédouaner dans ce domaine : il doit garantir un certain degré de protection des travailleurs en formulant une réglementation et en veillant à son application et son respect. L'État a donc la mission (à défaut du devoir) de protéger. Afin d'éviter toute ambiguïté, précisons que les législateurs, au lieu de se concentrer exclusivement sur la protection des travailleurs, doivent aussi tenir compte des intérêts légitimes des employeurs.

Avant de clore cette section sur la législation, il est nécessaire de se pencher rapidement sur un autre acteur : les tribunaux. Leur rôle ne doit pas être sous-estimé. Il suffit pour s'en rendre compte de reprendre l'exemple de la common law ci-dessus en changeant d'angle d'observation, c'est-à-dire en étudiant l'Allemagne à travers le prisme de la common law. Pour des raisons méthodologiques, les tribunaux du Royaume-Uni sont fortement contraints par la formulation des lois, alors que les tribunaux allemands ont beaucoup plus de marge de manœuvre. Voilà pourquoi la jurisprudence des tribunaux du travail en Allemagne est aussi cruciale ; ce qui ne signifie pas pour autant que le droit écrit est restreint. Toutefois, il n'y a par exemple pas de code du travail ni de loi sur les contrats de travail en Allemagne ; par conséquent, une grande partie de la réglementation doit être complétée par les tribunaux. Le fait qu'en vertu de la Loi allemande sur les tribunaux du travail, "l'élaboration poussée de la loi" soit l'une des missions consacrées de la Cour fédérale du travail, peut sembler extrême en droit comparé. On ne peut cependant nier que dans de nombreux

systèmes, les tribunaux du travail jouent un rôle important, comme en témoigne l'exemple du concept d'employé : même si le terme est défini par une loi (et c'est le cas dans de nombreuses juridictions), les tribunaux conservent une grande marge de manœuvre à cet égard. Il est vain de se demander si les jugements des tribunaux découlent d'une source juridique ou représentent plutôt des "résultats" en tant que tels. L'importance de la jurisprudence en tant que telle est incontestable.

2.1.3 Conventions collectives

Deux sources du droit ont été examinées jusqu'ici : le contrat de travail et le droit écrit. Passons maintenant à la convention collective. Précisons d'emblée que les conventions collectives peuvent prendre des formes très diverses : il y a souvent plus d'une convention collective dans les systèmes juridiques possédant un double système de représentation des intérêts des travailleurs. C'est le cas en Allemagne : les conventions collectives peuvent être signées par les syndicats, mais aussi par les comités d'entreprise. Ces deux types de convention collective ont un effet normatif : l'effet des conventions collectives signées par les syndicats se limite essentiellement à leurs membres, tandis que les conventions collectives des comités d'entreprise (ou conventions d'entreprise) s'appliquent à tous les membres du personnel. En Allemagne, les deux types de convention collective sont considérées comme le fruit d'une législation autonome : une "autonomie de négociation collective" dans le cas des conventions collectives, et une "autonomie d'entreprise" dans le cas des conventions d'entreprise. Toutefois, la première option est nettement plus digne sur le plan juridique, étant donné qu'elle est inhérente à la liberté d'association consacrée en tant que droit fondamental par la Constitution, tandis que la deuxième option repose uniquement sur le fait que la Loi sur l'organisation du travail dans les entreprises donne au comité d'entreprise la possibilité, en partenariat avec l'employeur, de conclure des conventions qui s'appliquent directement aux relations professionnelles du personnel.

2.1.4 Constitution

Le dernier élément, et pas des moindres : la Constitution. La majeure partie du droit du travail découle de droits fondamentaux qui, dans certains cas, prennent la forme de droits sociaux explicités. Dans de nombreux pays, les droits fondamentaux jouent un rôle primordial. Ainsi, la jurisprudence "quasi-législative" susmentionnée en Allemagne est de toute évidence le produit de l'existence de nombreuses garanties des droits fondamentaux, associées à une doctrine du droit constitutionnel assez élaborée et à des juges qui ont non seulement confiance en eux, mais peuvent aussi se montrer très créatifs. Par ailleurs, on assiste à une "constitutionnalisation" croissante du droit du travail dans de nombreux États, dont la France. C'est une démarche qui peut se défendre. Nous pourrions aussi débattre des conséquences parfois problématiques de cette "constitutionnalisation" ou "fondamentalisation". Par manque de place nous ne ferons ni l'un, ni l'autre. Contentons-nous de dire qu'il ne faut pas oublier la constitution lors de l'examen des sources du droit du travail.

2.2 Les relations qu'entretiennent les sources du droit

La première étape est une analyse approfondie des sources possibles du droit. La deuxième étape, cruciale, est l'examen des facteurs qui déterminent les relations entre ces sources. Trois réflexions s'imposent : premièrement, l'idée que, comme l'indique le titre de cet article, il existe une hiérarchie des normes, au sens où une source du droit va prévaloir sur une autre. Cette hiérarchie est représentée par une "pyramide des normes", où chaque droit de rang supérieur s'appuie sur un droit de rang inférieur. Deuxièmement, l'idée qu'en principe, il doit être possible de céder la priorité (si priorité il y a) au cas par cas à un droit de rang inférieur (via une "clause dérogatoire"). Troisièmement, l'idée que la classification des sources juridiques du droit du travail n'est pas une fin en soi, mais doit viser à garantir une protection optimale des travailleurs. Il est ici question du principe de favorabilité, grâce auquel

les travailleurs bénéficient d'une protection maximale, même si cette protection découle d'un droit de rang inférieur.

2.2.1 Hiérarchie des normes

Commençons par la hiérarchie des normes. Certaines choses ne posent pas de problème, comme la relation entre le droit constitutionnel et le droit ordinaire : le premier ne peut bien entendu pas être écarté par le second. Mais quid de la relation entre les lois et les conventions collectives ?

On voit qu'il existe de grandes différences entre les divers pays d'Europe. Certaines juridictions se caractérisent par un volontarisme marqué : la réglementation des droits et obligations est en principe laissée aux partenaires sociaux, et l'État est autant que possible en retrait. L'Allemagne ne rentre pas du tout dans cette catégorie. Pourtant, les spécialistes s'y demandent tout de même s'il n'y aurait pas un ensemble fondamental de sujets sur lesquels le pouvoir législatif devrait céder la priorité aux partenaires sociaux. Dans d'autres États dont, là encore, la Suède et le Danemark, l'État peut théoriquement intervenir sur le plan législatif, mais le fait très peu. Les lois sont rares, et certaines de ces lois ne sont que le reflet d'un consensus entre les partenaires sociaux, ou ne sont que des "lois cadres" qu'il faut compléter. Ainsi, l'État laisse en grande partie le champ libre aux partenaires sociaux, ce qui ne l'empêche pas d'intervenir à l'occasion lors de litiges du travail, s'il juge que les partenaires sociaux ne sont pas à la hauteur de leurs responsabilités.

Dans ce contexte, un problème se pose lorsqu'il y a conflit entre plusieurs sources de droit qui sont essentiellement de même rang. Il peut ainsi y avoir plusieurs conventions collectives signées par plusieurs syndicats, chacun affirmant la validité de sa convention dans l'entreprise, voire pour une relation de travail particulière. Il semblerait que ce genre de problème se soit intensifié ces dernières années, car on assiste dans de nombreux pays à la création de syndicats représentant des groupes spécifiques. Il est illusoire de croire que des syndicats en concurrence parviendront à régler leurs différends, ce qui laisse essentiellement deux possibilités à l'État. Il peut tout d'abord définir des critères juridiques précisant qu'une convention collective prévaut sur une autre. Ce genre de réglementation existe depuis un certain temps en Allemagne, et repose sur le principe de la majorité. L'État peut aussi laisser les choses se faire ; il peut d'ailleurs ne pas avoir le choix si l'on part du principe que la liberté d'association (bien établie) implique la non-ingérence de l'État.

2.2.2 Principe de favorabilité

Comme nous l'avons vu, le contrat de travail est crucial sur le plan des droits et obligations de l'employeur et de l'employé. Nous pourrions dire que le contrat de travail n'est pas tout, mais qu'il n'y a rien sans contrat de travail. Toutefois, son importance est limitée par rapport à la législation et aux conventions collectives. Ceci s'explique par le fait que la législation et les conventions collectives visent à éviter que l'employé ne se retrouve typiquement dans une position d'infériorité par rapport à l'employeur. Ce qui n'est pas sans conséquences sur la mesure dans laquelle le droit écrit et les conventions collectives prévalent sur le contrat de travail : ils prévalent dès lors qu'ils contiennent des dispositions plus favorables pour l'employé. Les parties au contrat peuvent aussi s'écarter du droit ou de la convention collective si elles conviennent de dispositions plus favorables. En d'autres termes, le droit et la convention collective définissent simplement des conditions de travail de base pour les travailleurs.

Il nous faut cependant répondre à une question importante : qu'est-ce qui fait qu'une disposition est plus favorable qu'une autre ? La réponse est souvent évidente. Si, dans le cadre d'une convention collective, le salaire horaire est de 12 €, l'employé se prévaudra de son contrat de travail si celui-ci fixe un salaire horaire de 15 €. Mais les choses peuvent être beaucoup plus complexes. Par exemple, une semaine de travail

plus courte avec un salaire plus bas est-elle "plus favorable" qu'une semaine de travail plus longue qui permet au travailleur de gagner plus d'argent ? Et que dire d'une convention collective qui obligerait les travailleurs à faire des heures supplémentaires et/ou diminuerait leur salaire, mais suspendrait temporairement les licenciements ? Qu'est-ce qui compte le plus, travailler plus mais avec un salaire horaire inférieur ou être protégé face au risque de perdre son emploi ?

2.2.3 Clauses dérogatoires

S'il peut y avoir débat sur les détails, le principe de favorabilité devrait, au fond, être reconnu de tous. Dans ce contexte, il nous faut considérer une dernière réflexion : la dérogation à une réglementation de rang supérieur au profit d'une réglementation de rang inférieur. Si, dans un système juridique, une source de droit prévaut sur une autre, cette dérogation doit en principe être autorisée, dès lors qu'il est possible de "renoncer" à cette primauté dans un cas particulier. Seule est alors limitée la mesure dans laquelle une telle renonciation (pour quelque raison que ce soit) est considérée comme inadmissible. Bien entendu, il est important de veiller à ce que la portée de la renonciation soit définie précisément, et que tout écart par rapport à un droit de rang supérieur ne dépasse pas certaines limites fixées.

La dérogation se manifeste généralement sous deux formes : la dérogation au droit écrit en faveur d'un contrat individuel ou d'une convention collective, et la dérogation à une convention collective nationale ou de branche en faveur d'un régime visant une seule entreprise. Du point de vue des dispositions légales non contraignantes, soulignons qu'étant donné le déséquilibre entre l'employeur et l'employé, une cession de priorité est nettement plus "dangereuse" si elle favorise un contrat de travail plutôt qu'une convention collective. Ceci explique peut-être pourquoi, dans de nombreux pays (dont la Suède), les dispositions légales ne favorisent que les conventions collectives (on parle de "droit demi-contraignant"). En revanche, la dérogation aux conventions collectives est à double tranchant, notamment du côté de l'employeur : elle peut certes répondre aux besoins d'entreprises individuelles, mais elle "sape" la convention collective et nuit à son pouvoir contraignant. Les législateurs des États membres n'ont pas la même vision de ce deuxième risque : en France, on constate une nette tendance à la décentralisation ces dernières années, tandis que dans d'autres pays (comme le Danemark), déroger aux conventions collectives de rang supérieur est quasiment inadmissible, et sévèrement sanctionné quand le cas se présente.

3 Les problèmes de demain

3.1 Les sources individuelles du droit

3.1.1 Contrat de travail

Comme nous l'avons vu, le contrat de travail est certes fondamental, mais son rôle est limité du point de vue des droits et obligations des parties. Étant donné le déséquilibre en faveur de l'employeur, la liberté contractuelle des travailleurs ne suffit pas en tant que telle. Que nous réserve l'avenir ? Nous voyons déjà que certains "élèves doués" n'ont aucun mal à faire valoir leurs intérêts. Il est possible qu'à l'avenir, leur nombre grandisse au vu de la lutte sans merci qui sévit dans un certain nombre de secteurs à la recherche d'excellents profils. Toutefois, globalement, il y a un risque que le progrès technologique (pensons à ce que l'on appelle "l'économie des plateformes") finisse par "vider de son sens" le contrat de travail, et que le déséquilibre actuel entre les employés et les employeurs ne s'aggrave.

3.1.2 Conventions collectives

Les conventions collectives seront-elles à même de combler les lacunes en matière de protection qui verront le jour ? Peut-être. Certaines évolutions (comme la création d'une "guilde des chauffeurs indépendants" par des chauffeurs travaillant pour le service de taxi Uber) sont positives. Le scepticisme reste toutefois de mise pour deux

raisons. Premièrement, les employés sont de moins en moins enclins à s'en remettre aux syndicats dans la plupart des pays. Deuxièmement, les syndicats peinent de plus en plus à contacter les employés pour que ceux-ci s'organisent (pensons à la dissolution des entreprises causée par la numérisation et les plateformes). L'État peut-il intervenir, par exemple (comme ce fut le cas il y a peu en Allemagne) en facilitant la conclusion de conventions collectives globalement contraignantes ? Peut-être que oui. Nous pourrions aller jusqu'à dire qu'au vu de l'affaiblissement de la négociation collective dans bien des pays, il est du devoir de l'État de veiller à ce que le système retrouve sa stabilité. Néanmoins, s'il est vrai que faciliter la création de conventions collectives universellement applicables renforcera ces conventions, cela risque de nuire à l'idée que les partenaires sociaux définissent les règles de façon autonome.

3.1.3 Législation de l'État

Ici, c'est l'État qui est sous les projecteurs. La question est la suivante : de nouvelles lois sur le travail seront-elles nécessaires à l'avenir ? Les avis divergent à ce sujet. Dans certains pays (Danemark, Suède, etc.), la négociation collective reste plutôt efficace. Il est donc normal, dans ces conditions, de rester réticent à l'idée d'une intervention de l'État. En revanche, le cadre réglementaire formulé par les partenaires sociaux de bien des pays s'avère fissuré. De nombreux employeurs et employés se désengagent des négociations collectives, voire quittent leur syndicat, contournant ainsi les effets des conventions collectives, auxquelles ils ne sont plus soumis. Il est alors raisonnable de faire appel aux législateurs. Pour autant, il ne faut pas s'attendre à un miracle : le monde du travail évolue à toute vitesse, mais la législation a du mal à suivre. Sachant cela, les espoirs que certains placent dans le législateur semblent plutôt naïfs.

3.2 Les relations qu'entretiennent les sources du droit

3.2.1 Hiérarchie des normes

Le monde du travail change à un rythme effréné. La numérisation gagne de plus en plus de terrain. Les évolutions sont si profondes que certains craignent que les géants du Net ne prennent un jour la place des États-nations. Néanmoins, tant que ces derniers existeront, la pyramide des sources du droit ne devrait guère changer. Par ailleurs, le droit ordinaire ne pourra, à l'avenir, écarter le droit constitutionnel. Malgré tout, il faudra toujours se demander si une certaine source de droit découle en fin de compte de la Constitution, et si oui dans quelle mesure. La question mérite d'être posée, notamment vis-à-vis de la liberté de signer des conventions collectives. Sur ce point, on observe d'importantes disparités dans le droit constitutionnel des États membres. En Italie, la liberté de signer des conventions collectives est si solidement garantie par la constitution que ces conventions n'ont pas besoin de la protection qu'apporterait une loi spécifique. Dans d'autres pays, c'est à peine si la Constitution protège la négociation collective : on a ainsi assisté à une ingérence considérable dans les systèmes de négociation collective de la part de certains États membres appliquant des politiques d'austérité.

3.2.2 Principe de favorabilité

Le principe de favorabilité est l'un des principes essentiels à la détermination des relations entre les sources juridiques. Dans ce contexte, il semble qu'il y aurait tout intérêt à s'inspirer un peu plus des expériences des autres systèmes juridiques. Les questions à poser sont diverses et fondamentales : quels critères utiliser pour déterminer si une disposition est plus favorable qu'une autre ? Quels ensembles de règles faut-il comparer : des dispositions uniques, des corpus de règles, des instruments juridiques au sens large ? À travers quel prisme faut-il juger la favorabilité ? Les réponses à ces questions résident peut-être tout simplement dans l'examen des systèmes juridiques autres que celui de son propre pays.

Une étude comparée pourrait aussi clarifier les limites à l'application du principe. Par exemple, il pourrait être intéressant de s'inspirer du débat organisé en Allemagne dans les années 1990 à propos des "alliances pour le travail". Ce débat a notamment permis de conclure qu'une plus grande marge de manœuvre pour la conclusion de conventions entre l'employeur et le comité d'entreprise se traduit parfois par une "décentralisation" de la négociation collective, que réclament notamment de nombreux économistes. Nous pourrions aller jusqu'à dire que souvent, les employés ont eux aussi à y gagner. Il y a toutefois un risque : le système actuel de négociation collective pourrait en pâtir, de même que la représentation des intérêts des travailleurs à long terme. Ce qui peut sembler bénéfique à court terme peut ainsi s'avérer bien plus néfaste à long terme.

3.2.3 Clauses dérogatoires

Les clauses dérogatoires en faveur de la négociation collective sont un élément législatif éprouvé dans de nombreux pays. Ce type de clause est justifié pour plusieurs raisons, notamment l'expertise et la proximité des partenaires sociaux, ainsi qu'un temps de réaction de leur part souvent plus court que le législateur de l'État. Cependant, les législateurs doivent toujours veiller à bien distribuer les responsabilités aux bons acteurs. Là encore, il est utile d'observer ce qui se fait à l'étranger. L'exemple de l'Italie, un pays où le paysage syndical est très fragmenté, est intéressant. Le droit ne peut ainsi y favoriser que les syndicats "les plus représentatifs". Cela étant dit, il peut aussi y avoir des écarts à la norme au niveau de l'entreprise, bien que ce genre de clause dérogatoire ait été très rarement utilisé dans les faits.

La France est un autre cas intéressant. Ce pays est une sorte de "laboratoire" des clauses dérogatoires depuis quelque temps. Dans la loi dite loi El Khomri de 2016, des clauses dérogatoires ont été mises en œuvre à grande échelle, le législateur fournissant aux partenaires sociaux un ensemble de règles "subsidiaries" en cas de désaccord sur les normes. La loi El Khomri est aussi l'expression d'une certaine décentralisation des conventions collectives, dans le sens où elle affiche une préférence nette pour les solutions à l'échelle de l'entreprise. Cette tendance est encore plus marquée depuis la loi dite loi Macron de 2017. Ces deux lois font de la France un cas-témoin servant à l'étude de la décentralisation et de l'assouplissement, qui est à suivre de près.

4 La place du droit du travail européen

Il nous reste enfin à voir quelle est la place du droit du travail européen dans la hiérarchie des normes. La question cruciale à poser est celle de la primauté de l'application du droit européen. La justification de cette primauté n'est pas exempte de controverse, mais il existe un consensus autour de l'existence de cette primauté, quand bien même ses fondations ne sont pas explicitement constitutionnelles. En vertu de la primauté de l'application, le droit européen prévaut sur le droit de tous les États membres afin de garantir l'unité, le bon fonctionnement et l'efficacité du droit européen. Il se compose d'un droit primaire et secondaire.

Rappelons toutefois que les Directives européennes au titre de l'article 288 (3) du TFUE ne sont contraignantes que pour les États membres. Étant donné l'absence d'applicabilité directe (horizontale), les Directives sont très différentes des Dèglements et du droit primaire directement applicable. Autrement dit, il n'y a pas de conflit de droits lorsqu'une règle d'un droit national n'est pas conforme à une Directive. Bien que les Directives fassent partie du droit de l'UE qui prévaut sur le droit national, les dispositions d'une Directive ne peuvent être considérées comme faisant partie d'une hiérarchie des normes. Cette observation vaut aussi pour la jurisprudence de la CJUE qui alimente les Directives. Toutefois, la discussion ne s'arrête pas là. En effet, nous savons bien qu'en raison de la primauté de l'application du droit européen, les tribunaux nationaux sont obligés d'interpréter le droit national conformément au droit européen et, surtout, conformément à une Directive. Par conséquent, une

interprétation du droit national contraire au droit de l'UE constitue au bout du compte une infraction à la disposition concernée du TUE ou du TFUE.

Cela étant dit, la relation entre les Directives et le droit national échappe, à strictement parler, à l'objet du présent article. En revanche, la relation entre le droit primaire européen et le droit national nous concerne bel et bien. Cette relation est caractérisée par la primauté de l'application du droit européen, comme nous venons de le voir. Deux choses doivent être prises en compte dans ce contexte.

Premièrement, la primauté de l'application concerne l'ensemble du droit primaire, y compris le droit non écrit, qui est particulièrement important pour les droits fondamentaux consacrés par la CJUE en tant que principes généraux découlant des traditions constitutionnelles des États membres. Deuxièmement, cette primauté couvre l'ensemble du droit national, y compris le droit constitutionnel. Une limite mérite cependant d'être fixée à ce sujet, ce qu'ont fait la Cour suprême danoise (à travers son jugement dans l'affaire Ajos) et le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne. Ce dernier estime qu'il existe un "contenu fondamental inviolable de l'identité constitutionnelle". Par ailleurs, le Tribunal considère qu'un examen dit *ultra vires* pourrait être réalisé lorsqu'une institution européenne, y compris la CJUE, outrepassé les limites de sa compétence. Néanmoins, le Tribunal a défini des conditions extrêmement strictes pour ce type d'examen *ultra vires* ; il est donc très peu probable que l'avis du Tribunal se traduise par un véritable affaiblissement de la primauté du droit européen.

5 Conclusion

Les règles du droit du travail reposent en partie sur l'obligation qu'a l'État de garantir une protection adéquate, en partie sur l'autonomie des partenaires sociaux, et enfin sur la responsabilité personnelle de l'employeur et de l'employé. Les responsabilités et la capacité à définir les règles peuvent être déléguées, dans une certaine mesure, afin (notamment) de garantir une proximité au domaine concerné et une expertise dans ce domaine qui soient optimales. Dès lors que les règles nécessitent un consensus entre différents acteurs (comme dans le cas des conventions collectives et des contrats individuels), les concessions sont de mise ; dans le cas des conventions collectives, le droit de grève vient se rajouter au mécanisme. En droit du travail, chaque réglementation est construite autour de l'idée de protection de l'employé. Il est nécessaire, lors de l'élaboration de cette protection, d'avoir toujours à l'esprit le déséquilibre entre employeur et employé, particulièrement lorsqu'il est question de déterminer la portée de la liberté contractuelle, mais aussi de déterminer dans quelle mesure les réglementations doivent être décentralisées. En définitive, il faut trouver un juste milieu. Quant au droit européen, la primauté de l'application du droit européen est essentielle. Il est possible que l'importance de la primauté de l'application du droit européen grandisse en parallèle à la "constitutionnalisation" croissante du droit du travail au niveau de l'UE.

