

Mémoire de Master 2 Droit social, Théorie et pratique du droit social



**L'INSTRUMENTALISATION DE LA NÉGOCIATION
COLLECTIVE VERS LA FLEXIBILISATION DU DROIT DU
TRAVAIL EN FRANCE ET AU BRÉSIL :**

Une analyse comparative à l'aune des réformes mises en place en 2017

Réalisé par Luciana CORREIA DA SILVA
Sous la direction de Madame Sylvaine LAULOM

Institut d'études du travail de Lyon – Université Lumière Lyon 2
Année 2017/2018

Remerciements

Je désire adresser un remerciement à toutes les personnes qui ont contribué à l'élaboration de mon mémoire.

Je tiens tout d'abord à remercier Madame Sylvaine LAULOM, Directrice de l'IETL et Professeure de Droit pour sa disponibilité tout au long de la rédaction du mémoire et son ouverture aux droits étrangers.

J'aimerais également remercier Monsieur Antoine JEAMMAUD pour ses encouragements et le temps qu'il a consacré, au début de l'année universitaire, à m'envoyer de textes en portugais portant sur le droit français.

Enfin, j'adresse mes remerciements à mes collègues du *Tribunal Superior do Trabalho*, pour leurs encouragements à mes études en France.

Sommaire

Introduction	6
PARTIE 1. Les enjeux du droit social comparé	9
I. Pourquoi comparer ? Les avantages d'une analyse comparative des législations nationales	9
A. Prendre connaissance du droit « d'autrui »	9
B. Susciter un regard critique sur « son » droit	10
II. Les risques	10
A. L'instrumentalisation : la fonction rhétorique du droit comparé	10
1. Le recours au droit allemand par les Ordonnances de 2017 en France	12
2. Le recours au droit espagnol par la réforme de la CLT en 2017 au Brésil	12
B. L'incommensurabilité : comparer l'incomparable ? Les différences de base entre les systèmes juridiques	13
C. L'ethnocentrisme épistémique : l'utilisation des catégories de pensée européenne dans des études latines	13
III. La méthodologie	14
A. L'inadéquation de la méthode <i>institutionnelle</i>	16
B. Pour une approche entre la méthode <i>fonctionnelle</i> et la méthode <i>culturelle</i>	17
PARTIE 2. Les différences de base entre le système juridique français et brésilien	20
I. Le concept de dialogue social	20
A. La fluidité sémantique en France	21
1. Dans les rapports et le discours législatif	21
2. Dans la législation	23
3. Dans la doctrine : certains points de vue	24
a. Juridique	24
i. Une « expression envahissante » quant à l'objet et aux sujets	24
ii. Un trépied : négociation collective, représentativité, action collective	25
b. Économique : un outil au service de l'emploi et de l'efficacité économique	26
c. Politique : un outil de « théâtralisation de la démocratie »	27
B. L'absence du concept dans le droit du travail brésilien	28
1. Le recours à l'idée <i>d'autonomie privée collective</i>	28
2. Désavantage : risque de traitement hermétique de la négociation collective	30
3. Avantage : moins de malléabilité vers la légitimation de la flexibilisation du droit du travail	32
II. La liberté syndicale	
A. Aspect individuel	32
B. Aspect collectif	33
1. Le pluralisme syndical en France	34
a. Liberté de fondation et d'organisation	34
b. La question de la représentativité : de la présomption irréfragable à la preuve	36
2. Le système de syndicat unique au Brésil	37
a. Origines	38
b. Caractéristiques	39
i. Les limites à la fondation des syndicats	39
ii. Les limites à l'organisation des syndicats : les notions de <i>catégories économiques</i> et <i>professionnelles</i>	40
iii. L'absence d'élections sur la représentativité	42

III. La négociation collective	44
A. La définition en France et au Brésil	44
B. Les obligations de négociier	45
C. Les niveaux	47
D. Les négociateurs	49
1. La décentralisation en France	49
2. Le monopole des organisations syndicales de salariés au Brésil	51
E. Les conventions et accords collectifs qu'en découlent	52
1. Une précision terminologique : les différences entre « convention » et « accord »	52
a. Distinction en fonction de l'objet : France	52
b. Distinction en fonction du négociateur patronal : Brésil	53
2. Les conditions de validité	54
a. Le critère majoritaire en France	54
b. L'absence du critère majoritaire au Brésil : une conséquence de l' <i>unicité</i> syndicale	57
3. Les conditions d'application	58
a. L'engagement par la signature ou adhésion a une organisation signataire en France : le principe d'effet relatif	58
b. L'appartenance aux <i>catégories économiques</i> et <i>professionnelles</i> au Brésil : autre conséquence de l' <i>unicité</i> syndicale vers un effet absolu ?	59
PARTIE 3. Les réformes du droit de la négociation collective en 2017	61
I. Similitudes	61
A. Au niveau discursif	61
1. Le discours de crise : résoudre l'inefficacité économique	61
2. Le discours démocratique : renforcer la légitimité du droit du travail	63
B. Au niveau procédural : un paradoxal déficit démocratique ?	65
1. Le recours aux Ordonnances en France	66
2. L'adoption du <i>régime d'urgence</i> dans le parcours parlementaire au Brésil	67
C. Au niveau de l'objet : l'élargissement du champ de dérogations en tant qu'outil de flexibilisation	70
1. L'articulation entre la loi et la convention collective	70
a. L'ordre public en droit du travail	70
b. Les accords dérogatoires <i>in pejus</i>	77
c. L'exigence de contreparties	81
2. L'articulation entre les différents niveaux de conventions collectives	81
a. Une introduction au principe de faveur : assouplissement en France et extinction au Brésil ?	82
b. La règle de spécialité : élargissement de la primauté des accords d'entreprise	84
i. Les trois blocs en France	84
ii. La primauté absolue au Brésil	88
3. L'articulation entre la convention collective et le contrat du travail : la non incorporation des clauses conventionnelles après la période de vigueur, en France et au Brésil	89
D. Au niveau du pouvoir d'appréciation du juge : le prétexte de « sécurisation » des accords collectifs	90
1. La limitation à l'accès au juge en France et au Brésil	91
a. L'aménagement du délai de contestation d'un accord collectif en France : deux mois	92
b. L'accroissement du coût du contentieux social pour le salarié au Brésil	92
2. La réduction de l'objet d'appréciation du juge	93

a. L'assouplissement des critères de validité de l' « accord emploi » en France	93
b. L'adoption d'une liste exhaustive de critères ouverts à l'appréciation du juge au Brésil	94
3. La charge de la preuve et la modulation temporelle des effets de la nullité conventionnelle en France	96
II. Différences	96
A. Au niveau discursif : le mythe de l'héritage fasciste de la CLT au Brésil	97
B. Au niveau de l'objet :	98
1. L'articulation entre la convention collective et le contrat du travail :	98
a. La dérogation « provisoire » de dispositifs du contrat du travail si moins favorables en France	98
i. L'actuelle exception : le nouvel « accord emploi » unifié	100
b. L'absence de l'idée de résistance du contrat de travail face aux normes conventionnelles au Brésil	102
2. Les conditions de validité des conventions et accords collectifs	105
a. Renforcement du critère majoritaire en France	105
i. L'anticipation de la généralisation du critère majoritaire dans l'entreprise	105
ii. L'ouverture du referendum à l'initiative de l'employeur	106
b. Maintien de l' <i>unicité</i> syndicale et de l'absence du critère majoritaire au Brésil	106
III. Perspectives de résistance à la flexibilisation	107
A. Au niveau de la négociation : le rôle des syndicats	108
1. L'expérience après la loi Fillon : l'émergence des multiples formulations employées dans les accords de branche pour restreindre les marges de négociation au niveau de l'entreprise	108
2. Limitations	109
B. Au niveau de l'examen des clauses conventionnelles : le rôle des juges	112
1. Mobilisation des normes sociales fondamentales :	113
i. le droit international et communautaire	114
ii. le droit constitutionnel	116
2. Limitations	117
Conclusions	121
Bibliographie	125

Introduction

Partout, le droit du travail est actuellement confronté à de nouveaux défis face auxquels le progressif renforcement du rôle normatif de la négociation collective est présenté parfois comme l'une des solutions, parfois comme une source d'approfondissement de la « crise » vécue par les systèmes de protection des travailleurs devant le capital.

Certes, la contestation de cette branche du droit est apparue il y a longtemps et émane même de sa nature, de son âme : être une source de limitations de l'espace d'action des « détenteurs et serviteurs d'un capital à peu près libre »¹ au sein du régime capitaliste. Elle est en conséquence confrontée à l'économie depuis son origine. Dans ce contexte est apparue une « contradiction partielle entre les aspirations que cette branche du droit prétend satisfaire et les exigences auxquelles elle se trouve soumise (exigence de justice versus contrainte économique) »².

Les tensions qui émergent constamment de cette relation font l'objet de nombreuses analyses. D'après l'une d'entre elles, les rapports entre droit du travail et économie entraînent en fait une relation symbiotique. Il s'agit de « la thèse de l'ambivalence »³ du droit du travail, selon laquelle cette branche du droit incarne une fonction qui dépasse celle qui est traditionnellement pointée, la « protection des salariés ». D'un côté, le droit du travail participerait à la « médiation juridique de l'exploitation de la force du travail » dans le capitalisme et contribuerait à légitimer les rapports qui le fondent ainsi que les dispositions d'un ordre juridique qui s'y inscrivent (comme la propriété, les techniques contractuelles, la subordination du travailleur, etc.).⁴ De l'autre côté, « il est ambivalent dans sa relation avec le système capitaliste, en ce sens qu'il l'amende en assurant une réelle protection aux porteurs de cette force de travail ».⁵

Sous ce prisme, une interrogation perpétuelle sur l'avenir du droit du travail existe, qui découle de sa confrontation permanente aux « exigences économiques ». Il est essentiellement instable et « traduit à chaque instant le rapport des forces en présence, tantôt progressant, tantôt reculant au gré de la conjoncture sociale ».⁶ Ainsi, la tension provoquée par cette ambivalence ne se manifeste pas

¹ JEAMMAUD, Antoine. *Un débat difficile et nécessaire*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément.

² JEAMMAUD, Antoine. « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement ». In : JEAMMAUD, Antoine (org.). *Le droit du travail confronté à l'économie*. Paris : Dalloz. 2015. P.16.

³ *Ibid*, p. 17.

⁴ Sous cette perspective, le droit du travail tendrait ainsi, à l'origine, à la sauvegarde de ce régime économique, « en limitant ou tempérant l'exploitation de la force du travail, donc en le rendant plus acceptable ». Cela ne signifie néanmoins pas que le droit soit extérieur (ou postérieur) à l'économie et participe seulement à sa reproduction et à sa protection. Bien au contraire, une part de l'ordre juridique participe même « à la configuration des rapports sociaux de production. » *Ibid*. P. 23.

⁵ *Ibid*, p. 17-23.

⁶ LYON-CAEN, Gérard. *Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail*. Dr. ouvrier, fév. 2004. P. 54. (originellement publié dans la revue en 1951).

toujours sous la même forme. On observe actuellement la montée en puissance du critère d'efficacité dans le jugement de légitimité des dispositifs juridiques d'origine étatique et la soumission du droit aux impératifs d'une nouvelle « *modernisation du marché du travail* », qui est le plus souvent une manière euphémique de désigner la flexibilisation du droit du travail⁷. Mais à quoi renvoie le mouvement de « flexibilisation » aujourd'hui ? En quoi diffère-t-il des manifestations précédentes des exigences économiques dans le domaine du droit du travail ? Quels sont ses origines et ses outils ?

La « *flexibilité* » est apparue dans les discours revendicatifs patronaux au début des années 1980.⁸ Devenue le discours politique dominant, elle a entraîné, depuis lors, de très profondes mutations dans le droit du travail. Le moyen juridique permettant d'obtenir la flexibilité revendiquée a été pendant longtemps l'abolition des « rigidités » induites par le droit du travail, sous une logique de déréglementation. Il s'agissait de la promotion d'un « *droit du travail flexible* »⁹. Ce moyen diffère de celui actuellement plus en vogue : le retrait de la loi au profit de la négociation collective. Ce phénomène, toutefois, n'a pas spécifiquement pour but l'effacement du droit du travail, mais le basculement de ses sources normatives. Au lieu d'être dans les mains de l'État, les normes seraient de plus en plus produites par les partenaires sociaux. Il s'agit ici plutôt d'un « *droit flexible du travail* »¹⁰. La réglementation des rapports de travail est encore là, mais elle se présente plutôt comme un produit de l'autonomie normative confiée à certains interlocuteurs au sein des relations professionnelles.

En France, par exemple, un décryptage de l'historique des discours patronaux revendiquant la flexibilité¹¹ a ainsi dévoilé que, jusqu'en 1986, la revendication patronale se concentrait sur la préconisation d'une déréglementation, c'est-à-dire une diminution de la présence des règles juridiques composant le droit du travail. Depuis lors, et même si la logique de « liberté » est restée au cœur des propos, le discours patronal sur la flexibilité a commencé à s'engager dans une autre voie, celle de la promotion du dialogue social et du renforcement du rôle des normes négociées.¹²

C'est dans ce contexte que l'instrumentalisation de la négociation collective prend place. Dorénavant considéré comme un outil de flexibilisation du droit du travail au nom d'exigences économiques

⁷ JEAMMAUD, Antoine. *Un débat difficile et nécessaire*, op. cit.

⁸ DOCKES, Emmanuel. *La flexibilité de la cravache*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément

⁹ FOREST, Virginie ; JULIEN, Mathilde. *Analyse du discours patronal sur la flexibilité - Une lecture juridique et économique*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015. Supplément.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Cette recherche a porté sur le discours du Medef et de son ancêtre le CNPF, à partir de l'examen des textes des assemblées générales annuelles de l'organisation patronale (accessibles sur le site Internet du Medef depuis 2005 et communiqués par son service de communication pour les années antérieures). Elle a constitué « l'analyse sur une longue période - plus d'une trentaine d'années, de 1980 à nos jours - pour rendre compte des évolutions, des permanences ou des ruptures dans les propos tenus et les prises de positions adoptées sur le thème de la flexibilité. » *Ibid.*

¹² Dès lors, « flexibiliser, c'est aussi modifier les rapports de la loi avec les conventions collectives de travail ou des conventions collectives entre elles, en élargissant la faculté de déroger conventionnellement, sans condition de faveur pour les salariés. » *Ibid.*

(telles que « la lutte pour l'emploi » ou la « compétitivité »), cette notion a vu son rôle traditionnel être progressivement remis en cause. À l'origine source normative d'amélioration des conditions de travail et désormais moyen juridique permettant d'obtenir la flexibilité revendiquée par le patronat, la négociation collective a traversé des mouvements législatifs qui semblent n'avoir pas encore connu un horizon final. Compte tenu de la mondialisation de l'économie et des besoins de plus en plus globaux, mais aussi des démarches comparatives des droits et de leur influence dans les réformes législatives des différents pays, cette « stratégie » de flexibilité ne semble exclure en principe aucun système juridique national.

En effet, il nous semble qu'il y a lieu de reconnaître l'ambivalence de la négociation collective elle-même : à la fois un espace de plus en plus créateur de règles qui régissent et approfondissent l'exploitation du travail humain en régime capitaliste et un instrument potentiel de la lutte ouvrière contre cette exploitation, qui peut gérer une réelle « restriction aux pouvoirs unilatéraux du capital ».¹³

Dans ce contexte, nous examinerons l'instrumentalisation de la négociation collective dans deux systèmes juridiques profondément différents en ce qui concerne la configuration des relations collectives de travail (France et Brésil), et ce, dans le but de démontrer de curieuses ressemblances quant à l'utilisation de cet outil aux fins de flexibilisation du droit du travail et de contribuer, en conséquence, à la compréhension de ce phénomène normatif dans son ensemble.

À cette fin, il faudra tout d'abord développer quelques observations sur les enjeux méthodologiques et analytiques du droit comparé. De même, nous étudierons certains concepts clés pour la lecture des droits du travail français et brésilien. Nous privilégierons ensuite l'analyse du droit de la négociation collective de ces deux pays à partir du décryptage de l'ensemble des articulations des normes négociées qui en découlent (organisées en trois niveaux), sans négliger pour autant les perspectives discursives, procédurales et judiciaires des remarquables réformes législatives que ce domaine a connues en 2017¹⁴.

¹³ Dans ce deuxième sens, la négociation collective serait un moment « d'affrontement des classes » créateur. LYON-CAEN, Gérard. *Critique de la négociation collective*. Dr. soc., n° 9-10 – Septembre-Octobre, 1979.

¹⁴ Selon Hugo Baretto Ghioni, professeur de droit du travail à l'Université de la République (Uruguay), la réforme brésilienne nuit aux protections juridiques accordées aux travailleurs d'une manière jamais vue encore auparavant dans tout le continent latinoaméricain. GHIONI, Hugo Baretto. *Cuatro libros*. Trabajo y Derecho. Número 41, mayo 2018. P. 108. La réforme française, non moins ambitieuse, vise à son tour à « engager une rénovation profonde » du modèle social français. EXPOSÉ DES MOTIFS. Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Partie 1. Les enjeux du droit social comparé

L'analyse comparative des réformes du droit de la négociation collective mises en place en France et au Brésil suppose d'abord quelques observations méthodologiques, afin de bien encadrer le thème et exposer certaines prémisses qui composent le socle théorique de la recherche qui sera ici développée. Les enjeux du droit social comparé seront abordés préalablement à l'examen de l'objet de notre démarche comparative, en trois piliers : les avantages d'une analyse comparative des législations nationales, leurs risques et la méthodologie.

I. Pourquoi comparer ? Les avantages d'une analyse comparative des législations nationales

A. Prendre connaissance du droit « d'autrui »

Le premier avantage d'une approche comparative des législations nationales repose sur la prise de connaissance du droit « d'autrui ». Cet aspect est même reconnu comme étant sa fonction essentielle¹⁵. En effet, « de l'utilisation du droit comparé, on attend d'abord une amélioration des connaissances juridiques ».¹⁶ Dans cette perspective, d'éventuelles applications pratiques ne conditionnent pas la validité ni la légitimité du droit comparé, dont l'objectif premier constitue alors la compréhension et l'exposition en soi d'un droit étranger.

Cependant, l'analyse comparative ne présente pas, en général, la même maîtrise du cadre juridique étranger que celle dont disposent les juristes nationaux. Elle peut offrir néanmoins un regard nouveau qui révèle « des caractères, des évolutions ou des contradictions qui parfois leur échappent »¹⁷. Ainsi, bien que le comparatiste n'ait pas la même formation que les juristes nationaux (et peut être exactement en raison de cela), le droit comparé potentiellement « décèle les réalités non perçues de l'intérieur du système observé »¹⁸ et peut être conçu non seulement comme un outil informatif, mais aussi comme un instrument de connaissance critique du droit¹⁹.

En fin de compte, « en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture »²⁰, le droit comparé contribue au renouvellement des analyses sur un cadre juridique donné.

¹⁵ LAITHIER, Yves-Marie. *Droit comparé*. Paris : Dalloz, 2009. P. 14.

¹⁶ *Ibid*, p. 14.

¹⁷ *Ibid*, p. 15.

¹⁸ MUIR-WATT, Horatia. « La fonction subversive du droit comparé ». In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 52, n° 3, Juillet-septembre 2000. P. 518.

¹⁹ *Ibid*, p. 507.

²⁰ *Ibid*, p. 503.

B. Susciter un regard critique sur « son » droit

En outre, il faut reconnaître que la démarche comparative permet également une meilleure compréhension de « son » propre droit :

« Ensuite, parce que ayant vu et compris l'autre, la perception par le comparatiste de lui-même, ou de son propre droit, s'en trouve altérée. L'une des avancées les plus importantes de la pensée comparative contemporaine consiste précisément en l'attention donnée à cette perception critique de sa propre réalité juridique informée par un regard sur l'autre. »²¹

En fait, la comparaison des droits donne l'opportunité de réfléchir sur notre propre raisonnement juridique, sur le cadre légal qui nous semblait « naturel » auparavant.²² Cet effet est parfois décrit comme une « déterritorialisation » intellectuelle²³ du sujet chercheur qui, en étudiant ce qui se pense ailleurs, est soi-même appelé à penser autrement. « En effet, grâce à la comparaison, le juriste perçoit mieux ce qui est original, ce qui est constant, ce qui résiste aux changements, ce qui est latent et ce qui reste peu ou mal exploré dans son propre droit. »²⁴

Tel mouvement n'est néanmoins jamais total, dans la mesure où la présence « du soi » – de ce qui est passé par un processus de conditionnement qui inévitablement façonne son pré-entendement du droit étranger – est incontournable dans la construction de l'étude comparative.²⁵ Il faut reconnaître alors que la « déterritorialisation » intellectuelle est toujours partielle.

En tout état de cause, l'on doit admettre que l'analyse juridique comparative permet le développement d'un regard critique soit sur « son » droit, soit sur celui « d'autrui ».

II. Les risques

En deuxième lieu, s'agissant des risques d'une analyse comparative des droits, nous en repérons trois : son instrumentalisation rhétorique en fonction de différents objectifs (de nature politique ou économique, par exemple), la comparaison d'objets « incomparables », et l'ethnocentrisme épistémique qui, dans notre cas, entraîne le risque d'utiliser des catégories de pensée européennes/françaises dans le décryptage du système juridique brésilien.

A. L'instrumentalisation : la fonction rhétorique du droit comparé

²¹ *Ibidem*, p. 518.

²² MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure. « Approches épistémologiques de la comparaison ». In : LEGRAND, Pierre (org.). *Comparer les droits, résolument*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009. P. 144.

²³ LEGRAND, Pierre. « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants » In : LEGRAND, Pierre (org.), *op. cit.*, p. 212.

²⁴ LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p.15.

²⁵ LEGRAND, Pierre, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », ». In : LEGRAND, Pierre (org.), *op. cit.*, p. 224.

« La comparaison n'est pas seulement un instrument de connaissance »²⁶ ; il est important de ne pas négliger cet aspect. D'une manière générale, des aspirations politiques implicites peuvent orienter la recherche, depuis le choix de l'objet jusqu'aux prescriptions méthodologiques de départ : par exemple le choix de mettre l'accent plutôt sur les ressemblances que sur les différences ou *vice-versa*. En ce sens, « il existe mille façons d'user de la comparaison. La comparaison est une arme rhétorique. Lorsqu'il faut convaincre, elle est l'alliée du discours, qu'il soit juridique ou politique, l'un et l'autre si souvent difficiles à dénouer ».²⁷

Dans ce contexte, la doctrine présente même parfois « l'amélioration » du droit national en tant que l'une des fonctions contingentes du droit comparé²⁸, qui aurait ainsi une nature prescriptive.

L'utilisation rhétorique du droit comparé, néanmoins, ne lui enlève pas son caractère scientifique, encore que le recours à celui-ci comme un justificatif en soi de potentielles réformes législatives pose problème. Le principal renvoie à la question du classement ou de la hiérarchisation des droits, certains étant considérés comme étant les « meilleurs » par rapport à un référentiel donné. En ce qui concerne spécifiquement le droit social, le paramètre de comparaison est souvent « l'efficacité économique ».

À cet égard, les rapports annuels *Doing Business* en sont l'exemple le plus éloquent. Élaborés par la Banque Mondiale, ils visent à mesurer l'efficacité des législations nationales selon certains indicateurs et reçoivent bon nombre de critiques.²⁹ Ces rapports (mais plus globalement l'utilisation, d'une manière générale, de l'efficacité en tant que « comparateur global de droits »³⁰) sont source de problématiques, au moins sur trois dimensions : 1) méthodologique, dans la mesure où ce critère a été l'objet d'un saut qualitatif, détaché d'un cadre d'évaluation de mesures économiques particulières pour être utilisé dans un contexte ayant d'autres objets et finalités politiques ; 2) épistémique, étant donné que les distinctes épistémès juridiques (c'est-à-dire, « les cadres sociohistoriques du savoir » juridique³¹) ne se réduisent pas à la somme des législations qui le composent (le seul objet comparé dans ces rapports)³² ; et enfin 3) philosophique, en ce que ce critère renvoie à la question sur les

²⁶ MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure, *op. cit.*, p. 141.

²⁷ LOKIEC, Pascal ; ROBIN-OLIVIER, Sophie. *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi*. Rev. trav., 2006. P. 48.

²⁸ LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p.17.

²⁹ BERG, Nanine ; CAZES, Sandrine. *Les indicateurs Doing Business : limites méthodologiques et conséquences politiques*. Cahiers de l'économie et du marché du travail. Bureau international du Travail, Unité de recherches et analyses sur l'emploi, Département de l'analyse économique et des marchés du travail. Genève: BIT, 2007. 26 P.

³⁰ MUIR-WATT, Horatia. « Comparer l'efficacité des droits ? ». In : LEGRAND, Pierre (org.) *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.* p. 439.

³¹ LEGRAND, Pierre. « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 211.

³² « Même dans le domaine de la régulation économique comme le droit des sociétés où l'efficacité trouve spontanément sa place légitime, l'on prend conscience de la nécessité d'une « lecture plus approfondie » des conditions historiques, politiques et socio-économiques locales qui doivent encadrer l'acclimatation de la greffe juridique ». WATT-MUIR, Horatia. « Comparer l'efficacité des droits ? », *op. cit.*, p. 441.

limites de la « concurrence » entre droits nationaux, comme l'attribution de la nature fondamentale à certains droits des travailleurs.

En dépit de toutes ces problématiques, la fonction rhétorique du droit comparé a bien été explorée par les réformes du droit de la négociation collective en France et au Brésil.

1. Le recours au droit allemand par les ordonnances de 2017 en France

Le droit allemand incarne une influence déterminante et récurrente des réformes contemporaines du droit du travail français.³³ Au début des années 1990 déjà, la doctrine évoquait le modèle normatif de la négociation collective dans l'entreprise en Allemagne dans le cadre d'éventuelles réformes du système des relations professionnelles françaises.³⁴

En France, les défenseurs des ordonnances du 22 septembre de 2017 ont également eu recours, au niveau discursif, à une comparaison entre le droit allemand et le droit français, afin de démontrer un certain « retard » de ce dernier sur quelques thèmes. Il se dégage de l'étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, par exemple, que les dispositions allemandes sur le montant des indemnités allouées par le juge en cas de licenciement abusif³⁵ et sur le seuil de suppression d'emploi nécessaire à la caractérisation du licenciement pour motif économique³⁶ ont été évoquées.

Il est souvent souligné, néanmoins, que le recours au droit comparé en France n'est pas toujours accompagné de réflexions plus profondes sur les notions qui se cachent derrière les concepts étrangers, leurs usages et le contexte dans lequel elles s'inscrivent.

2. Le recours au droit espagnol par la réforme de la CLT en 2017 au Brésil

Au Brésil, à son tour, le recours argumentatif au droit comparé se fait sur la base d'une opposition entre les pays « développés » et les pays « en développement », sous une logique d'autorité et supériorité de certains systèmes juridiques d'ailleurs et, comme en France, de « retard » du sien³⁷.

³³ REMY, Patrick ; PERULLI, Adalberto. *Regards « étrangers » sur les ordonnances*. Rev. trav., 2017. P. 669.

³⁴ JAVILLIER, Jean-Claude. Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française. Dr. soc., 1990. P. 661.

³⁵ « En Allemagne, le montant des dommages et intérêts peut aller jusqu'à douze mois de salaire, en fonction de l'ancienneté (quinze mois pour les salariés de plus de 50 ans avec une ancienneté de plus de 15 ans, dix-huit mois si le salarié est âgé d'au moins 55 ans avec une ancienneté de plus de 20 ans). Dans certains cas, le salarié peut réclamer le versement des salaires entre la fin de sa période de préavis et la décision du tribunal. En moyenne, les dommages et intérêts versés pour une ancienneté de 20 ans sont de dix-huit mois, intégrant l'indemnité de licenciement et la réparation du préjudice. » Étude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. NOR : MTRX1717150L/Bleue-1. 27 juin 2017. Disponible sur : « <http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0004-ei.asp> ». Consulté le 18.05.2018. P. 51-52.

³⁶ « En Allemagne, le seuil est de 10 % pour les entreprises de 60 à 499 salariés et de 30 % pour les entreprises de 500 salariés et plus. » *Ibid.* P. 52.

³⁷ Encore que le cadre brésilien s'inscrive dans un contexte plus ample d'ethnocentrisme épistémique inexistant dans la situation française.

Suivant ce raisonnement, l'un des députés défenseurs de la réforme de la CLT a affirmé, par exemple, à propos du renforcement de la négociation collective :

« Les pays développés ont la tradition d'institutionnaliser le minimum possible et de parier sur l'économie de marché, parier sur le dialogue, sur la négociation et la force de la représentation syndicale des travailleurs. Dans les pays développés, on parie sur la coutume, la convivialité, la négociation, la flexibilité. » (traduction libre)³⁸

Mais au-delà de l'exaltation générique à propos de cet horizon de « développement » (supposément économique et normatif), c'est le droit social espagnol qui, plus spécifiquement, a fait l'objet d'ambitions réformatrices, surtout en ce qui concerne les importantes modifications mises en place en Espagne en 2012. Le rapporteur du projet de loi portant sur la réforme de la CLT devant la Commission des affaires économiques du Sénat brésilien a même affirmé que les mesures de flexibilisation du droit du travail mises en place dans le cadre de la crise de l'emploi espagnole auraient résolu le problème du chômage et devraient, en conséquence, jouer un rôle d'inspiration au Brésil.³⁹

B. L'incommensurabilité : comparer l'incomparable ? Les différences de base entre les systèmes juridiques

Un deuxième risque de notre démarche serait la comparaison entre objets incomparables. Pour bien comprendre cet aspect, il faut d'abord souligner qu'il y a une incommensurabilité intrinsèque aux différents droits, qui évite que le comparatiste mesure la « qualité » des uns par rapports aux autres – ce qui l'inscrirait dans l'ancien et critiqué « paradigme de l'autorité » du droit comparé⁴⁰. Cette réserve renvoie d'ailleurs aux questions traitées dans le sous-titre précédent.

Cependant, « affirmer que des droits sont incommensurables ne signifie toutefois pas qu'ils sont incomparables »⁴¹. Pour être comparables, certains aspects doivent pourtant être observés.

En premier lieu, la démarche comparative demande un élément commun entre les deux droits « qui permet, au point de départ, d'entrer dans la comparaison, un pont théorique pour ainsi dire »⁴². En second lieu, il faut que les objets de la comparaison soient situés dans leur contexte, sous peine que leur sens – qui va bien au-delà de leur terminologie – échappe à l'étude. Dans cette perspective :

« Ce que fait le comparatiste c'est d'élucider deux singularités enchâssées localement,

³⁸ Deputado Marcos Pestana, PSDB/MG. Sessão Deliberativa Extraordinária. Sessão: 094.3.55.O. Data: 26/04/2017. Disponible sur «<http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquiograficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/deputado-marcus-pestana-1>». Consulté le 18.05.2018.

³⁹ Senador Ricardo Ferraço, PSDB/ES. Parecer n° 34, de 2017 CAE. 06/06/2017. P. 20-21. Disponible sur «<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline>». Consulté le 18/04/2018

⁴⁰ LEGRAND, Pierre. « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 241.

⁴¹ *Ibid.*, p. 240.

⁴² *Ibid.*

c'est-à-dire inscrite dans une histoire, une économie, une société locales. [...] Pour rendre compte d'une manière fidèle d'un droit situé, il faut le situer. Si on ne le situe pas, alors qu' « il y a » sa situation, la ré-présentation qu'on en fait et nécessairement lacunaire. »⁴³

Sous cette aune, d'une part, le point théorique qui autorise, à notre avis, une étude comparative entre le droit de la négociation collective en France et au Brésil après les réformes de 2017 constitue la nature normative des conventions et accords collectifs en découlant. C'est précisément sa capacité à créer des normes qui situe la négociation collective dans ces deux systèmes juridiques au centre des enjeux de la flexibilisation du droit du travail étatique.

D'autre part, on analysera d'abord les différences de base entre les systèmes juridiques portant sur les relations professionnelles au Brésil et en France, qui influencent la lecture et l'attribution de sens aux notions de ce domaine du droit. Ensuite, étant donné que les concepts ne sont pas isolés des autres éléments d'un système juridique donné, celui-ci, à son tour, n'est pas isolé des contextes culturels, sociaux, économiques et politiques qui l'entourent. Les réformes du droit de la négociation collective ne seront pas examinées alors seulement sous la perspective de la législation *stricto sensu*, mais selon un spectre plus large.

C. L'ethnocentrisme épistémique : l'utilisation des catégories de pensée européenne dans des études latines

Un troisième risque du droit comparé émerge surtout des cadres comparatifs entre pays ayant des historiques d'« autonomie épistémique » profondément distincts. Si la démarche de comparaison est toujours une reconstruction narrative de ce qui « est » dans le monde des faits, l'interlocuteur comparatiste a recours à des catégories de pensée et de concepts pour mettre en œuvre cette reconstruction de son objet et son interprétation comparative. En conséquence, il doit être attentif aux éléments du langage scientifique propres aux deux systèmes.

Afin de bien délimiter les contours de cette problématique, il y a lieu d'adopter d'abord une conception d'épistémologie. En ce sens, citons celle du comparatiste Pierre Legrand, selon laquelle :

« L'épistémè, du mot grec « connaissance », c'est un peu le cadre sociohistorique du savoir, c'est-à-dire l'ensemble de critères qui, en un lieu donné et à une époque donnée, permettent de distinguer entre les différents types de connaissances, d'en retenir certains comme étant légitimes et d'en écarter d'autres comme étant illégitimes ». ⁴⁴

En outre, on ne peut pas négliger que le chercheur est forcément inséré dans un cadre épistémique donné, qui l'influence. Sous cette autre prémisse de départ, il faut souligner encore que :

« Because any representation is generated by a situated observer (it consists, more

⁴³ *Ibidem*, p. 241-242.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 211.

accurately, of a *re-presentation*, that is, of a presentation anew), it is inevitably other than mere description. In this sense at least, it seems reasonable to call the world which legal academics fashion through their use of language, fictional. The basic point is that ‘language and discourse cannot copy reality’, that each language or discourse will necessarily filter reality through the prism of its own assumptions. »⁴⁵

Dans ces circonstances, « on peut certes regretter cette situation et estimer qu’il serait franchement magnifique de pouvoir étudier un autre droit sans aucun *a priori* que ce soit, sans aucun préjugé. Or ceci est impossible – et il faut le savoir. »⁴⁶ Tenant compte de ces réserves, le droit comparé a bien absorbé les préoccupations méthodologiques portant sur les cadres épistémologiques en jeu.

Les comparatistes européens, en général, semblent se préoccuper de cet aspect notamment lorsqu’ils confrontent les systèmes de *civil law* et de *common law*. Une autre perspective non négligeable du sujet est présentée par les analyses de l’« injustice épistémique du colonialisme », phénomène découlant des anciennes démarches vers l’hégémonie et la domination intellectuelle et scientifique des pays colonisateurs sur « leurs » territoires.⁴⁷

Mais c’est une autre manifestation de ces enjeux qui attire notre attention en tant que risque au sein du présent travail : celle d’un ethnocentrisme épistémique des études sur le « Sud »⁴⁸. Chez les historiens du travail, par exemple, l’« eurocentrisme méthodologique » fait l’objet de nombreuses critiques⁴⁹. Défini comme « l’organisation mentale du monde à partir du point de vue de la région Atlantique Nord »⁵⁰, il peut devenir difficile à reconnaître et à surmonter. En ce sens : « Lorsque les classes sociales et les mouvements d’Amérique Latine, d’Afrique et d’Asie ont fait l’objet de recherches, ces derniers ont été interprétés selon des schémas nord-atlantiques. »⁵¹

Un tel ethnocentrisme épistémique est dénoncé, à l’origine, par la philosophie des sciences elle-même. Selon une perspective plus théorique du sujet, l’éloignement d’une « *eurocentric tradition* » dans la construction du savoir « du Sud » peut ouvrir des espaces analytiques qui sont cachés derrière des catégories de pensée et des schémas qui négligent certains aspects qui ne leur sont pas propres. Cela ne vise pas à entraîner un abandon total et simple de leurs riches expériences théoriques, mais plutôt une ouverture de l’horizon analytique vers de nouvelles possibilités épistémologiques de construction

⁴⁵ GLANERT, Simone. “Method?”. In : MONATERI, Pier Giuseppe (Org.). *Methods in Comparative Law*. Research Handbooks in Comparative Law. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Limited, 2012. P. 69.

⁴⁶ LEGRAND, Pierre. « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 213.

⁴⁷ BHARGAVA, Rajeev. *Pour en finir avec l’injustice épistémique du colonialisme*. Socio, v. 1 /2013.

⁴⁸ Qui n’est pas néanmoins du tout déconnecté du colonialisme. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologies of the South : justice against epistemicide*. New York : Routledge, 2016.

⁴⁹ LINDEN, Marcel van der. *Enjeux pour une histoire mondiale du travail*. Le Mouvement Social, 2012/4 (n° 241), p. 3-29.

⁵⁰ *Ibid*, p. 4.

⁵¹ *Ibid*, p. 4

d'un savoir authentique et émancipé, qui s'inscrit dans un mouvement contre-hégémonique de science.⁵²

Dans cette perspective, il nous incombe, dans le présent travail, d'en prendre conscience et d'être attentifs à une utilisation irréfléchie de catégories de pensée, concepts et schémas de théorisation françaises/européennes non adaptées au contexte brésilien. Ainsi, un exercice « herméneutique de suspicion »⁵³ par rapport à leur adéquation doit nous accompagner tout au long de la démarche comparative.

III. La méthodologie

Après avoir analysé les avantages et certains risques du droit comparé, il nous incombe enfin de présenter quelques aspects méthodologiques de notre recherche.

A. L'inadéquation de la méthode *institutionnelle*

Il convient d'évoquer en ce sens les principales méthodes du droit comparé : la méthode institutionnelle, la méthode fonctionnelle et la méthode culturelle.⁵⁴ La première d'entre elles, aussi appelée « méthode conceptuelle », est celle qui fait l'objet du plus grand nombre de critiques.⁵⁵ Cette méthode privilégie la comparaison des institutions juridiques, comme la convention collective, les syndicats, les élus du personnel, etc. Elle s'appuie sur la conception selon laquelle les phénomènes juridiques se manifestent surtout par le biais d'institutions. En effet, « partant d'institutions ou de notions, il s'agit de les comparer dans des droits différents ».⁵⁶

Une première difficulté de la méthode institutionnelle repose néanmoins sur le décryptage du sens qui se cache derrière la terminologie des institutions juridiques. D'un pays à l'autre, les termes n'ont pas forcément le même sens. Par exemple, l'expression « convention collective » ne désigne pas la même chose en France, au Brésil, en Espagne et en Allemagne, ni en ce qui concerne son contenu, ni en ce qui concerne ses effets.⁵⁷ En conséquence, le comparatiste fait face au risque de comparer des notions n'ayant pas le même objet.

Par ailleurs, le comparatiste est confronté, ensuite, à des difficultés d'interprétation des différences.

⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, p. 44.

⁵³ *Idem*, p.44.

⁵⁴ Les comparatistes mentionnent encore d'autres méthodes, comme la causale, structurale, actancielle, dialectique, herméneutique, etc. V. : DE FUMICHON, Bruno de Loynes. *Introduction au droit comparé*. Journal de Droit Comparé du Pacifique. Collection 'Ex Professo'. Volume II (2013). P. 87.

⁵⁵ JALUZOT, Béatrice. *Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective*. Revue internationale de droit comparé. Vol. 57. N°1, 2005. P. 39.

⁵⁶ *Ibid*, p. 39.

⁵⁷ Ce qui entraînera d'ailleurs le développement d'une précision terminologique dans la partie 2 du présent travail.

Étant donné la perspective limitée que l'examen d'une seule notion offre au comparatiste, il est difficile, pour ce dernier, de dégager des analyses contextualisées sur les distinctions qu'il a trouvées. Que peut-on conclure des différences entre les syndicats de deux pays si on ne connaît pas le cadre dans lequel ils s'insèrent ? Est-ce que, par exemple, la différence de niveaux de syndicalisation indique en soi que les syndicats d'un pays sont moins légitimes que les syndicats d'un autre pays ? La réponse est bien sûr négative. En fait, le constat des similitudes et des différences n'est pas qu'une étape de la démarche comparative. Il faut ensuite les comprendre dans un paysage composé de beaucoup d'autres éléments qu'une seule institution.

En somme, la clé de la compréhension des critiques sur cette méthode repose sur le cadre limité qu'elle offre au comparatiste. Une institution n'est jamais seule. C'est le maillage dans lequel elle s'insère qui lui donne sens et dicte la dynamique des relations. Il faut alors privilégier la recherche de l'ensemble des éléments qui permettent de « faire parler les signes et de découvrir leur sens »⁵⁸.

B. Pour une approche entre la méthode *fonctionnelle* et la méthode *culturelle*

La démarche comparative requiert alors une aptitude à poser les questions de manière plus large. Cela étant dit, nous pouvons procéder à l'examen des autres méthodes.

Soulignons tout d'abord que le fonctionnalisme est la méthode classique du droit comparé. Dans cette conception traditionnelle, la maîtrise de la problématique de la fonctionnalité des règles et des institutions est essentielle.⁵⁹ Elle s'appuie en somme sur « la recherche de la fonction de la notion, de la règle (ou norme), de l'institution (organe ou mécanisme) et la découverte du fonctionnement du système ».⁶⁰ En effet, la méthode fonctionnelle accorde à la fonction d'un élément d'un système la primauté sur sa définition, sa terminologie. Les institutions répondent à des besoins, qui en justifient l'existence. Le comparatiste devrait ainsi rechercher leurs sources matérielles au sein du système, car elles fournissent leur raison d'être et expliquent leur matière.

Cette conception classique de la méthode comparative a pourtant été récemment l'objet de vives critiques.⁶¹ Ainsi, l'« impérialisme théorique, sinon idéologique » du fonctionnalisme est souvent dénoncé, accompagné de l'exposition de ses limitations.⁶² Cette méthode supposerait, pour certains, « un savoir juridique constitué de règles ou de normes bien définies, existant en tant que système

⁵⁸ DE FUMICHON, Bruno de Loynes, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 84.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 84.

⁶¹ *Ibid.*, p. 86.

⁶² Par exemple, v. : SAMUEL, Geoffrey. «Dépasser le fonctionnalisme». In : LEGRAND, Pierre (org.) *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 405-430 ; et GLANERT, Simone, *op. cit.*

indépendant des faits sociaux »⁶³. Certains auteurs ont dès lors proposé de recourir à d'autres méthodes de travail, comme celle qui intègre l'examen de la « jurisculture »⁶⁴ dans la démarche comparatiste : la méthode culturelle. Celle-ci aurait certains avantages :

« Cultural comparison in contrast (sometimes called comparative legal studies or comparative legal cultures) rejects the reduction of law to its function and instead understands national law as an expression and development of the general culture of a society (legal culture).»⁶⁵

Le comparatiste doit alors plutôt aborder une loi ou une décision de jurisprudence en se rappelant qu'« elle s'explique à la lumière d'une culture tout en ne s'expliquant pas qu'à la lumière d'une culture ».⁶⁶ En effet, le discours juridique constituerait l'une des manifestations du discours culturel, dont d'autres expressions – comme le discours politique, sociologique, philosophique, etc. – sont susceptibles de nous aider à élucider le droit :

« C'est ce qu'on pourrait appeler le phénomène d' « inter-textualité », l'idée étant qu'il y a des liens [...] entre les différents discours (ou les différents textes) dans la mesure où chacun d'entre eux constitue une manifestation du méta-discours culturel. »⁶⁷

Ainsi, la norme émane certes d'un texte juridique. Mais elle doit être appréhendée en tant qu'élément d'un ensemble plus ample de « praxis » sociales.⁶⁸

En tout état de cause, aucune méthode de droit comparé n'est pour autant absolue⁶⁹. Ces deux méthodes si diverses ne peuvent, sans dommage ni perte d'efficacité, être écartées de la panoplie des outils à la disposition du comparatiste.⁷⁰ En effet, « on voit immédiatement que l'étude du droit fait rencontrer des phénomènes de combinaison de ces méthodes. »⁷¹

Entre la méthode fonctionnelle et la méthode culturelle, d'ailleurs : « *The discrepancies between the approaches are smaller than the sometimes fierce debate suggests. Both approaches reject a limitation of comparative law to the analysis of black letter law* »⁷².

Ainsi, on se positionnera en faveur d'une approche combinant ces deux méthodes. En conséquence, on privilégiera, tout au long de la démarche comparative, l'examen de l'ensemble des définitions,

⁶³ SAMUEL, Geoffrey, *op. cit.*

⁶⁴ Cette perspective est en faveur du remplacement de « l'idée (limitée, étriquée de « droit (positif) » par celle (ouverte, ample) de « jurisculture ». LEGRAND, Pierre. « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 228.

⁶⁵ MICHAELS, Ralf. *Comparative Law*. Oxford Handbook of European Private Law. Zimmermann eds., Oxford University Press, jan. 2011.

⁶⁶ LEGRAND, Pierre. « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants » *op. cit.*, p. 228.

⁶⁷ *Ibid*, p. 230.

⁶⁸ BELL, John. « De la culture. » In : LEGRAND, Pierre (org.), *op. cit.*, p. 247.

⁶⁹ GLANERT, Simone, *op. cit.*

⁷⁰ DE FUMICHON, Bruno de Loynes, *op. cit.*, p. 87.

⁷¹ *Ibid*, p. 87.

⁷² MICHAELS, Ralf, *op. cit.*

concepts, règles et notions liés à la négociation collective en France et au Brésil à partir d'une perspective non simplement institutionnelle, mais capable de contribuer au décodage de ses fonctions et des pratiques culturelles qui l'entourent.

Partie 2. Les différences de base entre les systèmes juridiques français et brésilien

Afin de bien comprendre les récentes réformes législatives en France et au Brésil et contribuer pour l'étude de la flexibilisation du droit du travail par voie conventionnelle dans son ensemble, nous étudierons d'abord certains concepts clés pour la lecture des droits du travail français et brésilien. À notre avis, le dialogue social, la liberté syndical et la négociation collective sont les clés de décryptage des principaux enjeux de départ suscités par ce phénomène dans ces deux pays.

I. Le concept de dialogue social

Le syntagme « dialogue social » est apparu pour la première fois dans le contexte institutionnel de la Communauté européenne, en 1984, à l'occasion de la présidence française de son Conseil⁷³, afin de désigner le cadre des procédures visant l'intervention des partenaires sociaux⁷⁴ dans la prise de décisions. L'usage de ce terme s'est ensuite largement étendu dans les États membres.

Cependant, étant donné que le dialogue social constitue encore – soit au niveau supranational, soit au niveau français – une « catégorie générale sous laquelle il est possible de regrouper différentes procédures juridiques »⁷⁵ – telles que la négociation collective, la consultation, l'information ou encore la concertation – il est important de délimiter précisément le périmètre de notre objet d'examen. Le présent travail ne s'intéresse qu'à la perspective du dialogue social inscrit dans le contexte de légitimation et de renforcement de la négociation collective en France. Cette perspective s'est développée progressivement autour d'un système lexico-sémantique dans lequel la notion de partenaires sociaux constitue un élément essentiel du process normatif du droit du travail.

Même au sein de ce domaine, le terme ne fait l'objet d'aucune définition juridique et possède une fluidité sémantique remarquable, ce qui permet son instrumentalisation vers l'affirmation de différentes conceptions du droit du travail. En fait, « l'absence de définition précise et univoque montre que la notion de dialogue social se détermine au regard de certaines finalités plus qu'elle ne se définit par un contenu technique »⁷⁶.

Afin de mieux les identifier et de pouvoir comparer les bases de la flexibilisation du droit du travail par le biais de la négociation collective en France et au Brésil, nous présenterons d'abord une brève

⁷³ GOBIN, Corinne. *Dialogue social*. In: Nouveaux mots du pouvoir : fragments d'un abécédaire. Quaderni, n°63, Printemps 2007. Pp. 32-36.

⁷⁴ En France, ce terme fait référence aux organisations représentatives socioprofessionnelles syndicales et patronales. GOBIN, Corinne. *Ibid.*

⁷⁵ MAGGI-GERMAIN, Nicole. *Sur le dialogue social*. Dr. soc., 2007, p. 798.

⁷⁶ *Idem.*

étude de la fluidité de l'utilisation du terme « dialogue social » dans de différents champs en France : les procédures législatives, la législation elle-même et la doctrine.

A. La fluidité sémantique en France

1. Dans les rapports et le discours législatif

Les réformes du droit de la négociation collective en France prennent appui sur un appareil lexical bien particulier⁷⁷. Du décryptage du lexique fondant ces réformes apparaît l'utilisation fréquente du terme « dialogue social », sans qu'il n'ait jamais été bien délimité. À partir de 2015, cette tendance s'est accrue, à partir de diagnostics selon lesquels il fallait « améliorer son efficacité et sa qualité », puis le « moderniser », et ensuite le « renforcer ».⁷⁸

Dans les rapports⁷⁹ et les exposés des motifs des lois insérées dans ce cadre, le dialogue social est présenté parfois comme une vertu, parfois comme la recherche d'un compromis permettant de concilier performance économique et progrès social, parfois comme un processus vers l'affranchissement des règles étatiques, et parfois même comme un ensemble de plusieurs de ces perspectives⁸⁰... En outre, le dialogue social apparaît encore comme un instrument de mise en relation du gouvernement et des partenaires sociaux dans le contexte de réformes du travail.

Dans le premier sens, le dialogue social serait, en soi, un avantage par rapport aux espaces vus comme « non dialogiques » du droit du travail, où le développement des conflits démontrerait nécessairement un dysfonctionnement du système juridique français⁸¹. Cela émanait déjà, par exemple, du rapport Virville en 2004⁸². Selon ce texte, le droit du travail, devenu complexe en raison de la faible place laissée à la négociation collective, serait : « Pour l'employeur, (...) une source majeure de désorganisation, pour le représentant des salariés, (...) une incitation à la judiciarisation aux dépens du dialogue social et de la recherche amiable de solutions efficaces »⁸³. En 2016, l'exposé des motifs du projet de la loi Travail démontrera encore ce même binarisme entre le dialogue social – présumé bénéfique – et une notion abstraite et également non définie de conflit, en annonçant l'objectif de «

⁷⁷ LOKIEC, Pascal ; BENREBAI, Dounia ; DI CAMILLO, Nicolas ; SABLAYROLLES, Chloé ; THOMAS, Lou. *Première partie. Les fonctions et les mots - Simplification, dialogue social, confiance, emploi*. Rev. trav., 2016. P. 754.

⁷⁸ BAUDUIN, Bérénice. *Le renforcement du dialogue social au prisme du droit constitutionnel*. Rev. trav., 2017. P. 525.

⁷⁹ Sur ce type de rapport : « genre littéraire très répandu en France : le document établi à la demande d'une autorité politique, ici le Premier Ministre, par un expert éminent, ayant, en général, une expérience de la gestion publique, constitué d'un diagnostic sur un problème et de propositions de réforme. » LYON-CAEN, Antoine. *Pour une modernisation du dialogue social - Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*. Rev. trav., 2006. P. 64.

⁸⁰ LOKIEC, Pascal ; BENREBAI, Dounia ; DI CAMILLO, Nicolas ; SABLAYROLLES, Chloé ; THOMAS, Lou. *op. cit.*

⁸¹ Comme des actions collectives de grève et des contentieux sociaux.

⁸² Qui a préparé le terrain par la loi du 4 mai 2004, parallèlement à la position commune du 16 juillet 2001.

⁸³ Rapport « Pour un code du travail plus efficace ». Présenté au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité par VIRVILLE Michel de. Janvier 2004.

donner au dialogue social une place beaucoup plus importante dans la définition des règles sociales pour que le pays passe enfin d'une culture de l'affrontement à une culture du compromis et de la négociation »⁸⁴.

D'ailleurs, l'idée de compromis émerge également, par exemple, du rapport Combrexelle en 2015⁸⁵ (selon lequel « le dialogue social est le point de convergence qui permettrait d'assurer l'efficacité économique et le progrès social »), ainsi que de la loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, du 15 septembre 2017⁸⁶ (qui lie le terme à la « concertation de nature à concilier les attentes respectives de l'employeur et des salariés »).

En outre, quant à la notion de dialogue social attachée plus précisément à l'assouplissement des normes étatiques, il est possible d'observer une évolution du domaine conventionnel considéré comme important dans le contexte de son renforcement. Alors que cette notion concernait initialement la négociation collective en général, l'objectif a glissé vers la négociation au niveau de l'entreprise⁸⁷ (et non au niveau de la branche, qui n'est plus considérée comme un espace adéquat au plein développement du dialogue social) et même plus spécifiquement vers certaines entreprises : celles dépourvues de délégués syndicaux⁸⁸. En ce sens, le pas franchi plus récemment dans cette direction⁸⁹ faisait référence à : (I) la primauté de la négociation d'entreprise en tant que « garante d'un dialogue social constamment entretenu et effectif », motif pour lequel la consolidation de la négociation à ce niveau indiquerait en elle-même le renforcement du dialogue social, et à (II) l'affermissement d'une notion « au-delà du dialogue social », mettant en avant « les vertus du dialogue professionnel, c'est-à-dire du dialogue direct entre les *managers* et les salariés ».

De plus, le terme apparaît encore dans le contexte de la procédure des réformes du droit du travail.

⁸⁴ LOKIEC, Pascal ; BENREBAI, Dounia ; DI CAMILLO, Nicolas ; SABLAYROLLES, Chloé ; THOMAS, Lou. *op. cit.*

⁸⁵ Rapport "La négociation collective, le travail et l'emploi", qui a influencé profondément la loi Travail. Présenté au Premier Ministre par COMBEXELLE Jean-Dennis. Septembre 2015.

⁸⁶ On a placé l'examen du lexique de cette loi d'habilitation dans le présent sous-titre et pas dans le suivant (dédié à la législation) vu qu'elle s'inscrit plutôt dans le champ des procédures préalables aux réformes du droit de la négociation collective.

⁸⁷ Sur le dialogue social au niveau de l'entreprise : « Jamais l'expression dialogue social n'est définie. Il ressort toutefois des discours comme du texte de loi dont il est ici question (loi du 17 août 2015), que le dialogue social comprend, au niveau de l'entreprise, l'ensemble des institutions et des moyens permettant la défense et l'expression collectives des droits et intérêts des salariés, autrement dit l'ensemble des dispositifs rendant possible la consultation, l'information et la négociation avec les représentants des salariés et les syndicats ». NICOD, Cécile. *La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration*. Rev. trav., 2015, p. 549.

⁸⁸ Ce changement est bien noté, par exemple, à partir du passage suivant, daté de 2006 et issu du rapport « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales » présenté au Premier Ministre par HADAS-LEBEL : « La branche est souvent reconnue comme le niveau pertinent du dialogue social, tandis que le développement de dispositions dérogatoires adoptées par les entreprises est assimilé à une distorsion de concurrence. De plus, les petites entreprises, souvent peu syndiquées, ne sont pas considérées comme des niveaux de négociation appropriés. »

⁸⁹ Loi du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

En ce sens, nous identifions le rapport remis au Premier ministre français en 2006 par Dominique-Jean Chertier, intitulé « Pour une modernisation du dialogue social »⁹⁰. Cette modernisation serait attachée à l'évolution du processus législatif vers l'institution d'une procédure de consultation préalable des partenaires sociaux, qui pourrait ensuite donner lieu à une négociation collective. En l'absence d'accord, le gouvernement recouvrerait l'initiative de la réforme. Il ressort alors de cette autre conception du dialogue social qu'il est aussi un outil de renforcement de la légitimité des règles étatiques elles-mêmes, dans la mesure où certaines d'entre elles feraient seulement suite à la tentative de réglementation du sujet par les partenaires sociaux.

Dans ce contexte, on observe l'amplitude du champ couvert par les différentes notions de dialogue social, développées pour fonder une aussi grande diversité d'objectifs annoncés dans les réformes des dernières années : harmonisation des conflits de travail, promotion d'efficacité économique, démocratisation de l'entreprise, accroissement de la qualité des relations entre les interlocuteurs sociaux, y compris avec le gouvernement, etc. En effet, cette expression « intervient préalablement à l'adoption des réformes sociales afin d'en étendre la légitimité »⁹¹ et peut couvrir, par son sens, la perspective la plus en vogue à un moment donné, compte tenu de sa fluidité sémantique.

2. Dans la législation

La multiplicité du recours au terme « dialogue social » préalablement aux réformes législatives et au sein de leurs exposés de motifs ne s'accompagne pas, néanmoins, d'une telle diversité dans la législation elle-même.

Bien que mentionné au titre de diverses lois⁹², ce terme n'apparaît dans le tissu du droit du travail positif qu'au chapitre préliminaire du Code du travail, dénommé exactement « dialogue social ». En conservant l'absence d'une définition précise, le chapitre se limite à régler la procédure de concertation préalable entre le gouvernement et les partenaires sociaux dont traitait le rapport Chertier. Cette procédure est devenue, à partir de la loi du 31 janvier 2007⁹³, une étape du process normatif portant « sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle »⁹⁴ :

Toutefois, il est possible d'en dégager certains contours :

⁹⁰ Rapport « Pour une modernisation du dialogue social ». Présenté au Premier Ministre par CHERTIER Dominique-Jean. Avril 2006.

⁹¹ MAGGI-GERMAIN, Nicole, *op. cit.*

⁹² La Loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, la Loi du 31 janvier 2007 dite de modernisation du dialogue social et la Loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, par exemple.

⁹³ Loi fortement influencée par le rapport Chertier mentionné dans le sous-titre précédent.

⁹⁴ C. trav., art. L. 1.

« Le dialogue social comprend donc, au sens de la loi du 31 janvier 2007, des procédures de concertation, de consultation et d'information des partenaires sociaux pouvant donner lieu à une négociation collective et, le cas échéant, à la signature d'un accord collectif de travail préalablement à l'adoption d'un projet de loi ou à l'édition d'un texte réglementaire. »⁹⁵

Permettant ensuite l'édition des dites « lois négociées », ladite procédure n'est pas en soi contestable⁹⁶ et reprend une pratique déjà ancienne en France⁹⁷. Cependant, quelques risques et faiblesses sont soulignés par la doctrine. En somme :

« L'État peut (...) trouver avantage à déléguer, de manière contrôlée, certaines compétences aux acteurs sociaux, soit pour renforcer la légitimité de ses décisions ultérieures, soit pour transférer la responsabilité de décisions douloureuses (par exemple, indemnisation du chômage, retraites complémentaires). »⁹⁸

D'un côté, la recherche de la légitimité des réformes portant sur la flexibilisation du droit du travail ressort renforcée de cette procédure. Et, en fait, « la « législation négociée » a, dans la période récente, apporté au droit français du travail quelques modifications faisant écho à la revendication de flexibilité »⁹⁹. D'un autre côté, « cette implication des partenaires sociaux dans la mise en œuvre de réformes politiques se traduit, corrélativement, par une responsabilisation accrue » de ces acteurs¹⁰⁰.

3. Dans la doctrine : certains points de vue

Le dialogue social, entendu comme un concept, s'est diffusé dans le droit, mais aussi dans le langage des acteurs politiques et économiques¹⁰¹. Dans ce contexte, il ne faut pas négliger l'importance d'une approche pluridisciplinaire de ce sujet, à partir de différents points de vue développés par la doctrine. Nous présenterons brièvement ainsi certaines perspectives de la doctrine juridique, économique et politique.

a. Juridique

i. Une « expression envahissante » quant à l'objet et aux sujets

La première perspective juridique sur le dialogue social que nous exposerons est celle d'Antoine Jeammaud, qui reflète bien ladite fluidité sémantique du concept. Selon l'auteur, le dialogue social configure une « expression envahissante »¹⁰². Envahissante quant à l'objet aussi bien que quant aux sujets qu'elle aborde.

⁹⁵ MAGGI-GERMAIN, Nicole, *op. cit.*

⁹⁶ SOURIAC, Marie-Armelle. *Les réformes de la négociation collective*. Rev. trav., 2009, p. 14.

⁹⁷ VERKINDT, Pierre-Yves. *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi*. Dr. soc., 2015, p. 954.

⁹⁸ FREYSSINET, Jacques ; SOURIAC, Marie-Armelle. *Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ?* Rev. trav., 2013, p. 156.

⁹⁹ JEAMMAUD, Antoine. *Un débat difficile et nécessaire*, *op. cit.*.

¹⁰⁰ MAGGI-GERMAIN, Nicole, *op. cit.*

¹⁰¹ LOKIEC, Pascal ; BENREBAI, Dounia ; DI CAMILLO, Nicolas ; SABLAYROLLES, Chloé ; THOMAS, Lou. *op. cit.*

¹⁰² JEAMMAUD, Antoine. *Un débat difficile et nécessaire*, *op. cit.*.

À l'égard de l'objet, l'auteur souligne que l'expression

« tend, dans le discours des organisations syndicales et professionnelles comme des politiques, à recouvrir toutes les formes de négociation, consultation, concertation ou échange sur des réclamations ou revendications, dans le cadre de l'entreprise comme à l'échelon national et interprofessionnel. »¹⁰³

À l'égard des sujets, il remarque que « les acteurs de ce dialogue désormais valorisé, exalté même, sont des “corps intermédiaires” - organisations patronales, organisations syndicales, institutions représentatives du personnel - plutôt que les salariés eux-mêmes ».

Cette perspective comporte ainsi un diagnostic sur la portée sémantique du « dialogue social », considérée comme étant très élargie.

ii. Un trépied : négociation collective, représentativité, action collective

La deuxième perspective juridique de la doctrine que l'on ne peut négliger se réfère plutôt au domaine de « l'efficacité » du dialogue social pour les salariés. Comment mener ce dialogue devant les nouvelles organisations du travail marquées par la « globalisation » de l'économie ? Telle était la question déjà posée par Alan Supiot en 2001¹⁰⁴.

Sans qu'il ne s'interroge spécifiquement sur la terminologie du dialogue social, il est possible néanmoins de dégager que l'auteur l'associe à la notion de négociation collective. Cependant, il le fait en reconnaissant la complexité des enjeux qui l'entourent. En ce sens, il estime que c'est donc l'ensemble du droit des relations collectives du travail qu'il conviendrait de reconsidérer.

Dans ce contexte, Supiot affirme que l'existence d'un vrai dialogue social passe par la garantie de son trépied :

« Négociation, représentation et action collective forment un trépied nécessaire pour asseoir le dialogue social. Il n'y a pas de négociation collective concevable sans personnes morales habilitées à représenter les intérêts en présence et dotées des moyens de peser effectivement sur les termes de la négociation. »¹⁰⁵

Ainsi, sa conception de la négociation collective (et en conséquence du dialogue social) prend appui sur des acteurs représentatifs des titulaires des droits en jeu. Cette conception a trouvé un écho dans la législation, dont on cite comme principal exemple la loi du 20 août 2008¹⁰⁶ qui, en annonçant une « rénovation de la démocratie sociale »¹⁰⁷, a apporté d'importantes innovations dans le champ des

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ SUPIOT, Alain. *Revisiter les droits d'action collective*. Dr. soc., 2001, p. 687.

¹⁰⁵ *Ibid*.

¹⁰⁶ LOI n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, aussi connue comme Loi Bertrand.

¹⁰⁷ Sur la relation entre dialogue sociale et démocratie sociale, voir : V. : RODIERE, Pierre. *Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme*. Sem. soc. Lamy, 2008, n° 1370.

règles de représentativité des syndicats de salariés en France.¹⁰⁸

D'ailleurs, au regard du pilier « action collective » tel que conçu par Supiot, il faut remarquer qu'il ne doit plus seulement être vu comme un droit des travailleurs de suspendre l'exécution de leur contrat, mais aussi comme un droit pour les citoyens de peser collectivement sur le pouvoir économique – organisé actuellement à partir d'architectures entrepreneuriales beaucoup plus complexes que celles existant auparavant, quand l'action collective dans un rapport binaire salarié-employeur (comme la grève) était plus efficace qu'aujourd'hui.

b. Économique : un outil au service de l'emploi et de l'efficacité économique

Selon la perspective économique ici examinée¹⁰⁹, à son tour, le dialogue social est présenté comme un élément clé de la performance économique¹¹⁰, puisqu'il permettrait la production d'un droit conventionnel moins rigide et plus adéquat face aux besoins conjoncturels de l'entreprise. En ce sens, un contexte de faible dialogue social contribuerait « au développement d'un droit réglementaire rigide qui nuit à la performance économique en limitant la capacité de réallocation des emplois sur le marché de travail »¹¹¹. En revanche, le fait de « permettre au droit conventionnel de déroger à la loi et au règlement engendrait sans doute une plus grande efficacité économique »¹¹². En suivant cette logique, le dialogue social devrait constituer ainsi un véritable instrument de la politique de l'emploi, au service de la fluidité du marché du travail.

Il faut remarquer, d'ailleurs, que cette perspective économique a été largement adoptée par les réformes du droit social dans les pays de l'Union européenne après la crise de 2008. Même si l'adoption de dispositions concernant la flexibilité du droit du travail par le biais d'accords collectifs, telles que celles dites de « chômage partiel », sont souvent défendues comme des instruments qui « ont contribué à stabiliser l'emploi permanent et à limiter l'augmentation du chômage »¹¹³ dans cette période, leurs résultats ont toutefois été contestés par certaines recherches empiriques¹¹⁴. Par ailleurs, leurs effets en termes d'affaiblissement des droits sociaux sont actuellement bien connus¹¹⁵.

¹⁰⁸ Ces aspects seront mieux examinés dans la sous-partie III de cette partie 2.

¹⁰⁹ Elle ne constitue pas nécessairement la seule perspective économique du thème. Etant donné sa fréquence aujourd'hui dans le débat public, elle sera néanmoins la seule à être exposée dans notre brève approche pluridisciplinaire.

¹¹⁰ FERRACCI, Marc Ferracci ; GUYOT, Florian. *Dialogue social et performance économique*. Paris : Presses de Sciences Po, DL 2015, cop. 2015.

¹¹¹ *Ibid*, p. 94-95.

¹¹² *Ibid*, p. 97.

¹¹³ *Ibid*, p. 97.

¹¹⁴ CARRERE-GEE, Marie-Claire. *Présentation du rapport « Les réformes des marchés du travail en Europe »*. Dr. soc., 2016, p. 314.

¹¹⁵ ESCANDE-VARNIOL, Marie-Cécile ; LAULOM, Sylvaine ; MAZUYER, Emmanuelle. *Quel droit social dans une Europe en crise ?* Bruxelles : Larcier, DL 2012.

En outre, l'écho que ce point de vue rencontre dans les réformes législatives en France n'est pas non plus négligeable. On observe cet aspect, par exemple, dans la création des « accords de maintien de l'emploi » par la loi du 14 juin 2013 (loi de sécurisation de l'emploi), qui a dévolu à la négociation d'entreprise un rôle plus marqué dans la « gestion de l'emploi », dans la mesure où elle a permis l'aménagement du temps de travail et la réduction de la rémunération lorsqu'une entreprise est confrontée à de « graves difficultés économiques conjoncturelles ». Dès lors, le dialogue social au niveau de l'entreprise est mis nettement au service de la compétitivité et de l'emploi.

c. Politique : un outil de théâtralisation de la démocratie

Enfin, la perspective politique du terme « dialogue social » que nous allons examiner, loin d'être la seule existante, est celle qui nous permet le mieux de mettre en lumière la forte controverse existant sur ce sujet, surtout en opposition à ladite perspective économique.

Conçu par Corinne Gobain à partir du contexte communautaire (mais que l'on considère, dans ses grandes lignes, applicable aux relations professionnelles françaises), le dialogue social s'inscrirait dans un contexte de stratégies politiques d'« harmonisation » des conflits sociaux vers la promotion d'un prétendu intérêt commun, soumis aux exigences du marché. Ces stratégies se développeraient à partir de la construction d'une « utopie sociale » où les conflits dans les relations collectives du travail seraient remplacés par « une vision consensuelle de la marche à suivre pour gérer les sociétés de façon « efficace » »¹¹⁶. Une telle vision constituerait une philosophie ayant des effets délétères au niveau pédagogique et psychologique pour les acteurs concernés. Sous cet angle :

« La philosophie du dialogue social permet de transformer en profondeur la nature de ces relations collectives. [...] Le conflit et la confrontation sociale doivent être abandonnés au profit de relations sociales plus harmonieuses vécues comme des relations entre partenaires orientés vers un objectif commun, stimuler la compétitivité des entreprises. Ce sont celles-ci qui sont présentées comme créant la richesse collective, il faut donc tout mettre en œuvre pour produire un cadre « sociétal » qui permette leur épanouissement. [...] Le dialogue est donc une pédagogie du consensus social, qui discrédite le conflit social de façon globale. [...] Il s'agit ainsi de construire un univers psychologique où il n'y a plus d'opposants mais des gens de bonne volonté, des partenaires, qui doivent se vivre comme complémentaires et en harmonie du fait qu'ils possèdent des objectifs généraux communs (le « bon fonctionnement de la société et de l'économie »). »¹¹⁷

Ainsi conçu, le dialogue social entraînerait deux conséquences majeures : (1) la généralisation de revendications et de modes d'actions collectives plus dociles et (2) la théâtralisation de la démocratie.

¹¹⁶ De telles stratégies politiques s'accompagnent d'une conception juridique particulière selon laquelle les conflits sur le plan des relations professionnelles caractérisent un dysfonctionnement du droit du travail. Elle n'est pas, néanmoins, la seule conception existante à l'égard de ces conflits. Gérard Lyon-Caen, par exemple, considérait le conflit comme étant la matière première du droit du travail. LYON-CAEN, Gérard. *apud* LOKIEC, Pascal ; BENREBAI, Dounia ; DI CAMILLO, Nicolas ; SABLAYROLLES, Chloé ; THOMAS, Lou, *op. cit.*

¹¹⁷ GOBIN, Corinne, *op. cit.*

Quant à la première conséquence, l'auteure souligne que l'utopie du consensus tend à nier la légitimité de poursuivre des formules d'extension de la démocratie et d'affront au système économique en vigueur, aussi bien que de mener des actions collectives réputées « non dialogiques », comme la grève, au fur et à mesure que leurs acteurs sont vus comme des menaces à l'« équilibre » essentiel au dit « consensus ».

En outre, deuxième conséquence, le dialogue social déstabiliserait « la substance de la démocratie basée sur la reconnaissance du pluralisme de projets politiques qui s'affrontent et donc sur la légitimité du conflit sociopolitique »¹¹⁸. Dans cet esprit, il n'y aurait plus besoin de « contre-pouvoirs », étant donné que tout le monde est « partenaire ». D'ailleurs, ces « partenaires sociaux » – étant en mesure de présenter des objectifs déjà plus dociles – sont davantage encadrés par la procéduralisation de la mise en œuvre de ce dialogue par exactement l'autre pôle qui, en général, contrôle l'ensemble du processus et surtout la définition du cadre d'analyse¹¹⁹. Ainsi, le dialogue social « théâtralise la démocratie, ce qui permet une plus forte concentration du pouvoir en peu de mains »¹²⁰.

En conclusion, selon Gobain, « considéré d'un point de vue théorico-critique, le dialogue social représente une version dégradée, sur le plan de la qualité démocratique du fonctionnement des sociétés, des relations collectives du travail »¹²¹. Cette perspective politique du dialogue social réalise alors non seulement une relecture de la perspective économique la plus fréquente actuellement, mais offre également une hypothèse de ses méthodes et stratégies pour se rendre prévalente.

B. L'absence du concept dans le droit du travail brésilien

1. Le recours à l'idée d'autonomie de la volonté collective

Dans le droit du travail brésilien, *a contrario*, le concept de dialogue social, tel que construit en France, n'existe pas du tout. Dans le contexte français, comme démontré, il est bien présent dans le débat public et parlementaire, la politique, la législation, la doctrine, etc., et apparaît comme l'un des fondements de la négociation collective. Bien que sa fluidité sémantique, d'un côté, et les critiques qui lui sont opposées, d'un autre côté, ne soient pas négligeables, il faut reconnaître que le recours à l'idée de dialogue social occupe une place centrale dans l'architecture française des relations collectives du travail.

Au Brésil, en revanche, le concept reste peu développé. Il apparaît rarement et de manière seulement

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Il est possible d'observer cet aspect, par exemple, dans le cadre des lois négociées et de la procédure de consultations préalables du C. Trav., arts. L. 1 à L. 3, dont le champ du négociable est décidé par le gouvernement.

¹²⁰ GOBIN, Corinne. *op. cit.*

¹²¹ *Ibid.*

supplétive dans la justification de la négociation collective.¹²² Par exemple, dans le cadre de l'approbation de la loi n° 13.467/17 (l'essence de la réforme de la CLT sur laquelle se concentre le présent travail), le terme n'apparaît qu'une seule fois, lors de l'exposé des motifs du projet législatif de base¹²³. Selon ce dernier, le renforcement de la négociation collective et la diminution du rôle du juge dans l'appréciation de son contenu s'inscriraient dans le contexte de valorisation du dialogue social promu depuis la redémocratisation du pays.

En outre, dans la législation brésilienne elle-même, la seule mention du terme se place dans le cadre de la participation des partenaires sociaux à la prise de décisions publiques au sein d'organes de composition tripartite, et non dans le contexte de la négociation collective (art. 1°, alinéa II, Loi n° 11.648/08). Ce deuxième aspect du terme paraît d'ailleurs être plus fréquent dans la doctrine brésilienne que celui qui le rattache aux négociations collectives¹²⁴.

Alors, quel est le fondement théorique mobilisé pour la mise en place d'une négociation collective au Brésil ? En quoi la négociation collective est-elle légitime ? Malgré les nombreuses différences existant par rapport au concept de dialogue social, on risque de répondre : la notion d'autonomie de la volonté collective, aussi appelée *autonomia privada coletiva*¹²⁵.

Développé à partir de l'idée d'autonomie de la volonté individuelle propre au droit civil et influencé alors par la notion de liberté contractuelle, le terme se base également sur le pluralisme juridique qui, en opposition à la théorie moniste, consacre que l'État n'est pas la seule source de normes juridiques. En ce sens, « la base de la négociation collective, en tant qu'instrument de création de la norme juridique dans le régime pluraliste, c'est l'autonomie privée collective reconnue aux agents de négociation ». ¹²⁶ Ce rattachement à l'idée de pluralisme des sources normatives se reflète dans une construction doctrinale largement adoptée au Brésil et selon laquelle le droit du travail a une double source : (1) la source autonome : la volonté des parties concernées par la relation de travail, exprimée par le biais de la négociation collective ; et (2) la source dite « *hétéronome* » : la volonté externe aux

¹²² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr. 12^a ed. 2018. p. 1736.

¹²³ Projet de loi n° 6.787/16, présenté à la Chambre de Députés le 22 décembre 2016. Disponible sur « <http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista-1> ». Consulté le 19.03.2018.

¹²⁴ En ce sens, par exemple, voir : NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8^a edição. São Paulo : LTr. 2015; et SIMÃO DE MELO, Raimundo; JANOTTI DA ROCHA, Cláudio. *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. 1^a Ed. São Paulo : LTr. 2018.

¹²⁵ Traduction libre du terme « *autonomia privada coletiva* », en portugais. DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.* Ce concept apparaît parfois aussi dans les études françaises, mais ne semble pas constituer le principal fondement théorique de la négociation collective comme c'est le cas au Brésil.

¹²⁶ GOMES, Miriam Cipriani. *Violação de direitos fundamentais na negociação coletiva de trabalho*. 1^a Ed. São Paulo : LTr. 2011. p. 74.

parties concernées, exprimée par l'État au moyen de la législation¹²⁷.

Mais quelles seraient les désavantages et avantages théoriques de fonder la négociation collective sur le concept d'autonomie de la volonté collective ?

2. Désavantage : le risque de traitement hermétique de la négociation collective

À notre avis, le risque de mobilisation de la notion d'autonomie de la volonté collective en tant que fondement théorique de la négociation collective se place sur le traitement hermétique de cette notion. Le terme en lui-même n'est pas fondé que sur l'autonomie des parties de définir les normes applicables à leurs relations, ce qui ignore l'architecture institutionnelle plus large et complexe dans lequel la négociation collective s'insère – composée de la question de la représentativité des agents de négociation des salariés, de leurs modes d'action et de pression, de leur capacité de résistance devant les initiatives de flexibilisation, etc.

Le seul fait que la volonté des salariés soit exprimée par un sujet collectif – le syndicat¹²⁸ – est souvent invoqué comme une présomption selon laquelle les salariés seraient dans un rapport d'égalité devant le négociateur patronal, motif en vertu duquel les conventions collectives en découlant seraient automatiquement légitimes et devraient rester à l'écart de l'intervention du juge.

Il est possible d'observer ce traitement hermétique de la négociation collective depuis les années 1980.¹²⁹ Plus récemment, il est apparu, par exemple, dans le rapport favorable à la réforme de la CLT présenté par le Sénateur Ricardo Ferraço devant la Commission des Affaires Économiques du Senat brésilien. Ce dernier a estimé que la valorisation de la négociation était, en soi, une source de renforcement et d'« autonomisation » des travailleurs, en confondant l'affermissement de l'outil et l'affermissement des sujets qui le mènent :

« On considère que c'est un impératif de flexibiliser la législation du travail et d'autonomiser les travailleurs, en leur permettant une plus grande participation dans la création des normes qui régissent leur propre vie » (traduction libre)¹³⁰

Une autre évidence repose sur le fait que la défense de l'élargissement de l'espace de la négociation collective au Brésil n'a jamais remis en cause la culture juridique d'aversion à la grève¹³¹ qui persiste

¹²⁷ Ce dualisme peut être mieux compris si on considère qu'il n'existe pas au Brésil de mécanismes équivalents à la « loi négociée » française, qui effacent un peu les frontières entre le droit du travail issu de négociations collectives et celui résultant de procédures parlementaires.

¹²⁸ Sur le monopole des syndicats de salariés pour mener la négociation collective au Brésil, voir la sous-partie III – la négociation collective, incluse dans la présente partie II.

¹²⁹ BARATA SILVA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais do direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 1981.

¹³⁰ Senador Ricardo Ferraço, PSDB/ES. Parecer n° 34, de 2017 CAE. 06/06/2017, *op. cit.*

¹³¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Massacre dos trabalhadores nunca mais: o exemplo do Paraná*. Blog da Boitempo, 12/05/2015. Disponible en « <https://blogdaboitempo.com.br/2015/05/12/massacre-de-trabalhadores-nunca-mais-o-exemplo-do-parana> ». Consulté le 21/03/2018.

encore aujourd'hui, trace de l'héritage du régime dictatorial. En dépit d'être l'un des instruments les plus importants offert aux travailleurs pour aboutir à des négociations avantageuses et de disposer d'une protection constitutionnelle depuis 1988, la grève reste fortement combattue par le pouvoir judiciaire brésilien, qui s'appuie souvent sur les forces policières pour la réprimer.¹³²

En ce sens, l'on peut remarquer un potentiel désavantage par rapport à l'utilisation du concept de dialogue social en tant que fondement de la négociation collective. Cette autre construction théorique, bien qu'aussi instrumentalisée en vue de la réalisation de différents objectifs politiques – il faut le reconnaître –, tend à couvrir un ensemble plus complet d'aspects liés à la négociation collective. En témoignent par exemple la conception d'Alain Supiot selon laquelle le dialogue social dispose d'un trépied (représentativité, modes d'action et négociation collective) ou encore les lois encadrées dans le mouvement français de modernisation/refondation du dialogue social, qui ont traité, par exemple, de la mesure de la représentativité des organisations syndicales (loi du 20 août 2008), de leur financement (loi du 5 mars 2014), de la formation des acteurs du dialogue social (loi du 17 août 2015), etc.

Le dialogue social ne se base pas, dès lors, sur l'idée isolée que les syndicats et les parties à la relation de travail doivent de plein droit disposer d'un espace d'autonomie normative – *a contrario* de ce que se passe souvent sous la logique d'autonomie de la volonté collective. Cependant, il ne faut pas négliger que la doctrine brésilienne a, en général, résisté à cette conjoncture, soulignant depuis longtemps que cette autonomie a des limites.¹³³

La résistance à une conception très élargie de l'autonomie de la volonté collective vise initialement à la délimiter et à l'encadrer : il y aurait des normes légales d'indisponibilité absolue (auxquelles l'on ne peut déroger par négociation collective), des normes légales d'indisponibilité relative (sur lesquelles la négociation collective peut intervenir, pour ajouter des dispositions plus favorables) et des normes légales disponibles (champ de libre négociation collective)¹³⁴. Par ailleurs, même dans les espaces ouverts à la négociation collective, une remarquable doctrine reconnaît qu'il faut réunir certaines conditions pour que l'expression de la volonté des syndicats des salariés soit légitime : par

¹³² BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Tutela judicial e movimentos grevistas : um estudo sobre a atuação dos órgãos do poder judiciário diante das novas formas de manifestação coletiva dos operários São Paulo* : Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Tese de Doutorado em Direito do Trabalho. [accès 2018-03-21].

¹³³ Em ce sens, par exemple : SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História do Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho*, Vol. I: Parte I. 1^a Ed. São Paulo : LTr. 2017. p. 662-664, et DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1557.

¹³⁴ Nous sommes d'accord avec cette construction doctrinale, adoptée par la jurisprudence. Elle trouve un appui dans l'article 7^o de la Constitution de 1988, dont le *caput* mentionne que les travailleurs ont droit à ce qui est prévu dans ses alinéas, « au-delà d'autres droits qui visent l'amélioration de leur condition sociale » – ce qui serait la base de l'indisponibilité relative. En outre, les cas dans lesquels la dérogation par négociation collective est admise sont mentionnés expressément – ce qui serait la liste exhaustive de matières disponibles à la dérogation *in pejus*.

exemple concernant les modes d'action disponibles pour exercer une pression sur l'employeur, la protection des agents impliqués dans la négociation, etc.¹³⁵

Quoi qu'il en soit, la construction d'un ensemble de limites au fondement théorique de la négociation collective – bien que fondée sur la Constitution, comme au Brésil¹³⁶ – présente une nature différente de la construction d'un fondement qui intègre lui-même la préoccupation vis-à-vis des aspects liés à la représentativité, aux modes d'action, etc. Autrement dit, à notre avis, la différence essentielle entre les concepts de dialogue social et d'autonomie de la volonté collective, en tant que base de légitimation de la négociation collective dans les deux pays, est mise en exergue par le fait que le premier tend à considérer lesdits aspects comme faisant partie intégrante du concept, sans lesquels le dialogue n'existe même pas, tandis que le deuxième existe en lui-même, seul son exercice étant limité¹³⁷.

3. Avantage : moins de malléabilité vers la légitimation de la flexibilisation du droit du travail

Bien que le traitement hermétique de la négociation collective soit un risque qui influence la légitimation de cet outil lorsque le contexte est peu favorable aux salariés, le recours au fondement de l'autonomie de la volonté collective présente un avantage par rapport au dialogue social : il fait moins appel à la notion de démocratie – ce qui peut être une source de « légitimation » plus profonde des conventions collectives flexibilisant le droit du travail. L'autonomie collective s'appuie sur une idée plutôt libérale, différente de celle derrière le concept de dialogue social, selon laquelle la notion de débat social entre « partenaires sociaux » fait partie d'une démocratie non seulement politique mais aussi sociale. Le terme « partenaires sociaux » n'existe même pas dans le lexique commun du droit du travail brésilien.

L'idée selon laquelle les normes issues de conventions collectives sont plus démocratiques que celles ayant une origine strictement étatique est apparue dans la rhétorique de défense de la réforme de la CLT mise en place au Brésil en 2017¹³⁸. Néanmoins, ce recours nous semble moins direct et puissant, ainsi que moins utilisé que celui qui s'appuie sur le dialogue social en France. En fait, cette malléabilité du concept de dialogue social est instrumentalisée depuis longtemps vers des réformes ouvrant de plus en plus le champ de la négociation collective dérogatoire française ; elle intègre un mouvement législatif laissant moins apparaître les préjudices causés aux salariés par rapport à ce qui est survenu au Brésil, et

¹³⁵ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1557.

¹³⁶ Comme nous l'analyserons dans la partie 3, la « réforme » du droit de la négociation collective en 2017 au Brésil n'a pas observé cette construction constitutionnelle, largement pointée par la doctrine et la jurisprudence.

¹³⁷ Malgré tout, ces limites pointées par la doctrine brésilienne n'ont pas été entièrement retenues par le législateur brésilien lors de l'élargissement du champ de la négociation collective en 2017.

¹³⁸ Cet aspect sera examiné dans la partie 3.

sa légitimité est moins questionnée¹³⁹.

En ce sens, et tenant compte des risques d'ethnocentrisme épistémique, on souligne l'importance, pour les études brésiliennes, de développer une approche critique du concept de dialogue social, de se méfier des analyses qui se limitent à en pointer ses bénéfices. En fait, la description des espaces de dialogue social (au moins) au niveau de l'Union européenne est fréquente dans des manuels et ouvrages de droit du travail au Brésil ; il en résulte parfois une compréhension un peu idéaliste de ce sujet.

II. La liberté syndicale

Le deuxième concept central pour l'examen des différences fondamentales entre les systèmes juridiques de relations collectives du travail français et brésilien est celui de liberté syndicale. Même si, au Brésil, depuis la redémocratisation et la promulgation de la Constitution de 1988, la liberté syndicale est reconnue comme un droit fondamental¹⁴⁰, son encadrement et ses modes d'exercice sont empreints de limitations¹⁴¹ et nuances qui marquent profondément, et de façon très distincte par rapport à la France, la manière par laquelle l'architecture de la flexibilisation du droit du travail par le biais de la négociation collective est mise en place.

A. Aspect individuel

La liberté syndicale, vue à partir de l'optique individuelle, a en principe le même objet en France¹⁴² et au Brésil¹⁴³ : la liberté des salariés d'adhérer à un syndicat (dite « positive »), ainsi que la liberté de ne pas adhérer à un syndicat et celle de se retirer d'un syndicat (dite « négative »). En ce sens, des clauses qui imposent à l'employeur de n'engager que des travailleurs déjà syndiqués (*closed shop*) ou qui s'engagent à adhérer au syndicat (*union shop*), ainsi que celles qui imposent la préférence d'embauche des travailleurs syndiqués (*preferencial shop*) sont nulles¹⁴⁴.

Cependant, les limitations à la liberté syndicale au Brésil commencent à apparaître lorsque nous regardons de plus près le spectre de choix que le salarié a en termes d'affiliation et d'appartenance à un syndicat. En somme, en raison de l'*unicité* syndicale, chaque catégorie professionnelle de

¹³⁹ Il faut remarquer bien sûr que le déficit de légitimité de la réforme du droit de la négociation collective mise en place au Brésil s'inscrit dans un contexte politique complexe qui inclut d'ailleurs l'*impeachment* du Président – cadre qui sera examiné plus en détail dans la partie 3 – et qui possède bien sûr d'autres éléments générateurs.

¹⁴⁰ VAZ, Andréa Arruda. *Direito Fundamental à Liberdade Sindical no Brasil e os Tratados de Direitos Humanos*. São Paulo : LTr. 2016.

¹⁴¹ Du point de vue du domaine collectif du droit du travail, la Constitution de 1988 a fait l'objet de nombreuses critiques, compte tenu des contradictions telles que l'énonciation de la liberté de s'affilier à un syndicat à côté de la conservation du système d'unicité syndicale.

¹⁴² Alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, C. trav., arts. L.2141-1 et L. 2141-3.

¹⁴³ Constitution de 1988, art. 8°, V : « personne ne sera obligé de s'affilier ou de se maintenir affilié à un syndicat ».

¹⁴⁴ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa. *Droit du Travail 2017*. Collection HyperCours. N° d'édition : 11. Dalloz : 2017, p. 520. DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1548-1549.

travailleurs ne peut fonder qu'un seul syndicat dans chaque zone géographique. En conséquence, la liberté syndicale individuelle dite « positive » ne comprend pas, en fait, la possibilité, pour le travailleur, d'adhérer ou pas à un syndicat en général, mais seulement la possibilité d'adhérer ou non au seul syndicat existant pour le représenter.¹⁴⁵ Cela affecte également la liberté « négative », dans la mesure où la volonté de ne pas adhérer à ce syndicat implique nécessairement que le travailleur ne sera affilié à aucun autre.

Sous cet angle, il faut alors examiner l'aspect collectif de la liberté syndicale dans les deux pays, sur lequel repose le point nodal des différences entre les deux systèmes et, probablement, la clé permettant la compréhension des perspectives de chacun d'entre eux, non seulement quant au champ d'application de leurs réformes, mais aussi quant à leurs moyens de résistance.

B. Aspect collectif

Dans sa dimension collective, la liberté syndicale en France renvoie en particulier aux relations entre les syndicats et l'employeur, et concerne surtout les enjeux de l'organisation et le fonctionnement de ces organisations. En ce sens, Franck Petit estime que la liberté de créer un syndicat échappe à la distinction entre la dimension individuelle et la dimension collective¹⁴⁶. Néanmoins, considérant que la question de la liberté syndicale par rapport à l'employeur ne précède pas la question de la liberté syndicale par rapport à l'État – qui n'est pas toujours assurée – nous utiliserons cette classification pour examiner initialement les différences entre le système de pluralisme syndical et celui de l'*unicité*, en intégrant la liberté de fondation des syndicats dans le domaine collectif de la liberté syndicale. La liberté concernant l'organisation sera analysée ensuite.

1. Le pluralisme syndical en France

La liberté syndicale actuelle, sous sa dimension collective, s'est construite en France en réaction à l'organisation du travail pendant la période du gouvernement de Vichy¹⁴⁷. En fait, après une période où les syndicats et associations professionnelles pouvaient « se constituer librement sans l'autorisation du gouvernement »¹⁴⁸, la loi du 4 octobre 1941 – plus connue sous l'appellation « Charte du Travail »¹⁴⁹ – a substitué le principe de la liberté syndicale par celui du syndicalisme unique et

¹⁴⁵ Depuis la période dictatoriale, il est souligné que, dans le régime d'unicité syndicale, « le droit d'association se résume à une option insignifiante entre adhérer ou ne pas adhérer au syndicat officiel ». RUSSOMANO, Mozart Victor. *A organização sindical e a futura constituição*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 55, p. 182-190, 1986.

¹⁴⁶ PETIT, Franck. *La protection de la liberté syndicale par la Constitution*. Dr. soc., 2014, p. 340.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Art. 2 de la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels, dite loi Waldeck-Rousseau.

¹⁴⁹ Sous l'influence des théories corporatistes. KAPLAN, Steven L. « Un laboratoire de la doctrine corporatiste sous le régime de Vichy : l'Institut d'études corporatives et sociales », *Le Mouvement Social*, vol. n° 195, n. 2, 2001, pp. 35-77.

obligatoire.¹⁵⁰ Cependant, dans le contexte de la Libération, une ordonnance du 27 juillet 1944 a déclaré la Charte nulle et non avenue et a rétabli les organisations syndicales existant en septembre 1939 dans leurs biens et attributions tout en créant les commissions de reconstitution des organisations syndicales.¹⁵¹ Cette reconstruction du syndicalisme français est d'abord passée par la reconnaissance juridique et administrative du pluralisme.

Plus récemment, il a été estimé que la loi du 20 août 2008 a quelque peu bousculé ce pluralisme avec l'introduction de critères électoraux¹⁵² visant une sélection des groupements habilités à exercer les principales prérogatives syndicales¹⁵³. La Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ont conclu néanmoins qu'il était possible de concilier les nouveaux critères électoraux avec le concept de pluralisme syndical.¹⁵⁴

Enfin, dans le cadre actuel, l'aspect collectif de la liberté syndicale en France, fondée sur le pluralisme, comprend des éléments tels que la liberté de créer un syndicat, la liberté du syndicat de déterminer son statut, le droit d'agir en défense de l'intérêt collectif de la profession, le droit de faire obstacle au déplacement d'autorité du local syndical, etc.¹⁵⁵

a. Liberté de fondation et d'organisation

La liberté syndicale française régit ainsi la constitution du groupement syndical ainsi que son organisation. D'une part, la liberté de créer un syndicat relève, en France, de la liberté de fonder plusieurs syndicats couvrant un même champ géographique et professionnel, sans aucun contrôle judiciaire ni administratif préalable. La déclaration à la mairie suffit pour la constitution de l'organisation syndicale.¹⁵⁶

D'autre part, en ce qui concerne le critère de regroupement des travailleurs, la liberté est également assurée. Libres de déterminer le cadre géographique et professionnel de représentation au sein de leurs statuts¹⁵⁷, les syndicats peuvent s'organiser selon une logique professionnelle¹⁵⁸ ou même en

¹⁵⁰ NADAL, Sophie. *Conventions et accords collectifs de travail* (I - Droit de la négociation collective), Répertoire de droit du travail, Dalloz, janvier 2008 (actualisation : janvier 2018).

¹⁵¹ Ordonnance du 27 juillet 1944, sur le rétablissement de la liberté syndicale. JORF du 30 août 1944, p. 776.

¹⁵² Comme l'audience électorale en tant que critère de représentativité, avec un seuil de 10 % dans l'entreprise et de 8% dans la branche.

¹⁵³ PETIT, Franck, *op. cit.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa, *op. cit.*, p. 519.

¹⁵⁷ Cass. soc., 8 déc. 2010, n° 09-71.896 : « La compétence géographique et professionnelle d'un syndicat est déterminée par ses statuts qu'il peut, en application du principe de la liberté syndicale et des articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du code du travail, déterminer librement ».

¹⁵⁸ C. trav. art. L. 2131-2. « Les syndicats ou associations professionnels de personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale peuvent se constituer librement. »

groupements régionaux, départementaux et locaux interprofessionnels. Certains entre eux, d'ailleurs, choisissent de ne représenter qu'une partie des travailleurs, ce qui est à l'origine des syndicats catégoriels¹⁵⁹. De surcroît, dans le prolongement de cette liberté d'organisation, les syndicats déterminent librement leurs règles de fonctionnement interne.

b. La question de la représentativité : de la présomption irréfragable à la preuve

Bien que les syndicats puissent librement être créés en France, seuls ceux considérés comme étant représentatifs jouissent de certaines prérogatives telles que la possibilité de désigner des délégués syndicaux dans les entreprises, de siéger dans les diverses instances – locales, nationales ou internationales – au sein desquelles les travailleurs doivent être représentés, etc. Parmi ces prérogatives, néanmoins, c'est la *capacité de négocier* les accords et conventions collectives de travail qui occupe une place essentielle.¹⁶⁰ À cet égard, la question de la mesure de la représentativité d'une organisation syndicale joue un rôle majeur dans l'examen du droit de la négociation collective français.

En France, le législateur avait créé, en 1947, une liste accordant à diverses organisations nationales une présomption de représentativité. La représentativité des organisations aux niveaux les plus restreints découlait de l'affiliation à l'une des organisations composant la liste nationale, dans une logique d'irradiation de la représentativité présumée « du sommet vers la base »¹⁶¹. Cette présomption étant irréfragable, aucune preuve contraire n'était admise.

En principe, ce système ne présentait pas d'inconvénient majeur puisque les négociations collectives menées par ces organisations syndicales avaient pour seul objet l'amélioration des conditions de travail¹⁶². Cependant, l'ouverture législative de plus en plus importante vers les possibilités de dérogations à la loi par le biais de la convention collective renvoyait au problème de la légitimité des négociateurs. Il a donc fallu d'abord reconnaître que légitimité des acteurs sociaux et légitimité des accords étaient indissolublement liées¹⁶³.

Dans ce contexte, les conditions posées à la reconnaissance de la représentativité ont été profondément réformées par une loi du 20 août 2008 qui, comme déjà mentionné, a approfondi le

¹⁵⁹ FAVENNEC-HERY, François. *Syndicats catégoriels : de l'importance des statuts*. Semaine sociale Lamy, n° 1508, 10 oct. 2011.

¹⁶⁰ SUPIOT, Alain. « Les relations collectives de travail », dans *Le droit du travail*. Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2016, p. 81-104.

¹⁶¹ VERDIER, Jean-Maurice. *Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales*. Dr. soc., 1991, p. 5.

¹⁶² SUPIOT, Alain. « Les relations collectives de travail », *op. cit.*

¹⁶³ Rapport Hadas-Lebel, qui a préparé le terrain pour la loi du 20 août 2008, selon LYON-CAEN, Antoine. *Pour une modernisation du dialogue social - Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*. Rev. trav., 2006, p. 64.

rapport entre représentativité et légitimité de la négociation collective. Cette loi a prévu la substitution¹⁶⁴ des présomptions de représentativité par une nouvelle liste de critères, qui comprend désormais le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, l'ancienneté, l'audience électorale, l'influence, les effectifs et les cotisations¹⁶⁵.

Le critère concernant l'audience électorale devient l'élément clé de cette nouvelle représentativité syndicale légitimée par le vote. Elle bouscule le rôle des élections professionnelles, qui ne servent plus seulement au choix des élus du personnel, mais deviennent, plus profondément, un instrument d'appréciation de la représentativité et même, ensuite, de la validité des accords collectifs. Ce critère diffère selon le niveau de l'organisation syndicale. Dès lors, la représentativité au niveau de la branche et au niveau national interprofessionnel demande un seuil d'au moins 8 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires de comités d'entreprise ou, à défaut, de délégués du personnel (actuellement des élections des titulaires au comité social et économique)¹⁶⁶. Dans l'entreprise et l'établissement, le seuil de 10 % devient le principal critère¹⁶⁷.

En conséquence, la représentativité syndicale en France est elle-même pluraliste, plusieurs syndicats pouvant être concurremment représentatifs à un même niveau.

Il faut remarquer néanmoins que la capacité de négocier – c'est-à-dire, d'être représentatif selon les nouveaux critères – n'est pas une condition suffisante pour qu'un syndicat puisse engager les salariés¹⁶⁸. Il faut également que la convention collective ait été signée par des syndicats représentant un pourcentage plus important des salariés ou que, à défaut, certaines procédures de référendum soient mises en œuvre par les salariés.

2. Le système de syndicat unique au Brésil

Au Brésil, contrairement au système juridique français, la perspective collective de la liberté syndicale ne relève pas d'un pluralisme d'organisations syndicales. En fait, le pays conserve jusqu'à aujourd'hui encore un système d'*unicité* syndicale. Le modèle de relations collectives de travail qui en découle comprend alors l'existence, imposée verticalement par la loi, d'un seul syndicat dans chaque champ professionnel et géographique.

¹⁶⁴Jusqu'au 20 août 2012 (soit quatre ans après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2012, correspondant à la durée maximale d'un mandat électif), les syndicats affiliés à l'une des organisations réputées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la loi, le 21 août 2008, restaient néanmoins présumés représentatifs dans l'entreprise. V : Cass. soc., 10 mars 2010, nos 09-60.065 et 09-60.282, Bull. civ. et LAGESSE, Pascale ; BOUFFIER, Nicolas. *Dispositions transitoires sur la représentativité syndicale : les premières solutions de la Cour de cassation*, Dr. soc., 2011, p. 62.

¹⁶⁵ C. trav., art. L. 2121-1.

¹⁶⁶ C. trav., arts. L. 2122-5 et 2122-9.

¹⁶⁷ C. trav., Art. L. 2122-1.

¹⁶⁸ SUPIOT, Alain, *op. cit.*

L'origine du syndicat unique dans ce type de système – la loi, non la volonté des partenaires sociaux eux-mêmes – marque d'ailleurs sa différence majeure par rapport aux systèmes d'*unité* syndicale, même s'ils possèdent également un syndicat unique. Dans ceux-ci, ce sont les rapports de force entre les partenaires sociaux, dans des conditions sociologiques, juridiques et politiques particulières, qui entraînent spontanément l'unification de certaines structures et revendications.

Dans ce contexte, certains auteurs brésiliens dénoncent qu'un tel modèle configure en fait une « architecture syndicale d'État », qui génère une « relation de dépendance politico-idéologique du mouvement syndical des travailleurs devant l'appareil d'État »¹⁶⁹. En ce sens, l'unification forcée des syndicats ne renforce pas la mobilisation des travailleurs, mais leur contrôle. Il n'y a pas alors de relation univoque entre le degré d'unité des organisations syndicales et la force du mouvement ouvrier¹⁷⁰, celle-ci étant plutôt liée à l'autonomie organisationnelle et aux moyens d'action de ses sujets.

Ces circonstances remettent en cause l'existence même de la liberté syndicale au Brésil. En ce sens, il faut souligner d'ailleurs que le pays n'a pas ratifié, par exemple, la Convention n° 87 de l'Organisation Internationale du Travail, portant sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical¹⁷¹.

a. Origines

Comme toute l'histoire du droit de la négociation collective au Brésil, l'*unicité* syndicale a été le reflet des fluctuations politiques dans le pays¹⁷². Ainsi, le mouvement de construction de la « structure syndicale d'État » a débuté dans le contexte post-révolution de 1930, qui a remis en cause au Brésil le domine politique des oligarchies rurales¹⁷³. Dans un cadre complexe de disputes pour la nouvelle configuration des pouvoirs économique et politique, le processus d'implantation de la « syndicalisation officielle » a vu le jour dans un décret du 19 mars 1931¹⁷⁴. Ce décret a introduit la

¹⁶⁹ BARISON, Thiago. *A estrutura sindical de Estado no Brasil e o controle judiciário após a Constituição de 1988*. São Paulo : LTr, 2016. P. 19.

¹⁷⁰ *Ibid*, p. 20.

¹⁷¹ Lorsque la proposition de ratification de ladite Convention a été débattue au Sénat, à la fin des années 1980, non seulement les organisations syndicales patronales, mais aussi les neuf confédérations syndicales de salariés se sont mobilisées contre la ratification. BARISON, Thiago, *op. cit.*, p. 162. Il faut noter néanmoins que cette convention est l'une des huit conventions de l'OIT considérées juridiquement comme impératives pour tous les États membres de l'organisation, même s'ils ne les ont pas ratifiées (d'après la déclaration adoptée du 19 juin 1998). Étant donné que ces conventions fondamentales reflètent les valeurs fondatrices de l'OIT, l'adhésion à son traité fondateur vaut adhésion à ces conventions.

¹⁷² En fait, la restriction à la liberté syndicale est souvent l'une des premières mesures des régimes gouvernementaux autoritaires. V. : MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 100.

¹⁷³ *Ibid*, p. 40-58.

¹⁷⁴ Decreto n° 19.770/31.

pierre angulaire de l'architecture syndicale d'État : le monopole légal de la représentativité syndicale, octroyé par l'État à un syndicat officiel et entièrement déconnecté des critères relevant de l'organisation et de l'action de la classe ouvrière. En 1932, l'accès aux nouvelles Commissions de Conciliation et Jugement des litiges individuels fut conditionné à l'affiliation au syndicat officiel.¹⁷⁵ En 1934, dans le même ordre d'idées, la création du droit au congé annuel payé fut soumise à la même condition.¹⁷⁶ Toutefois, à partir de cette année, un mouvement de va-et-vient fut instauré.

À la suite d'une nouvelle révolution¹⁷⁷, un pluralisme restreint a été rétabli par la Constitution de 1934 (art. 120). La Constitution de 1937 (art. 138), inaugurant une période dictatoriale au Brésil, a, quant à elle, réintroduit l'*unicité* syndicale, en reprenant les termes de la Déclaration II de la *Carta del Lavoro* du régime fasciste italien.¹⁷⁸ Une fois la démocratie reconquise, la Constitution de 1946 a mentionné que l'organisation syndicale « est libre, dans les conditions de la loi »¹⁷⁹. Cependant, au niveau légal, l'*unicité* syndicale fut maintenue.

Lors d'un nouveau régime dictatorial (1964-1988), l'*unicité* syndicale fut réaffirmée, accompagnée d'un approfondissement des mécanismes de contrôle de la classe ouvrière¹⁸⁰. Enfin, suite à la redémocratisation du pays, la Constitution de 1988 – actuellement en vigueur – influencée principalement par le lobby des organisations syndicales patronales dans l'Assemblée Constituante¹⁸¹ – a préservé l'*unicité* syndicale, en maintenant ainsi les bases de l'architecture syndicale d'État brésilienne.

b. Caractéristiques

i. Les limites à la fondation des syndicats

Le système d'*unicité* syndicale au Brésil est caractérisé principalement par les limites posées à la création des syndicats. Ces limites encadrent deux périmètres : l'un géographique, l'autre lié à l'activité de l'entreprise. Plus spécifiquement, le *caput* de l'article 8^o de la Constitution de 1988 dispose que :

« L'association professionnelle et syndicale est libre, tenant compte de ce qui suit :
[...]

Alinéa II : Il est interdit de créer, à tous les niveaux, plusieurs organisations syndicales représentatives de la catégorie professionnelle ou économique dans la même base territoriale, qui sera définie par les travailleurs ou employeurs intéressés

¹⁷⁵ Decreto nº 22.132/32.

¹⁷⁶ Decreto nº 23.768/34.

¹⁷⁷ Révolution de 1932.

¹⁷⁸ BARISON, Thiago, *op. cit.*, p. 59.

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 59.

¹⁸⁰ Mentionnons par exemple l'approfondissement des restrictions au droit de grève. V. : RUSSOMANO, Mozart Victor, *op. cit.*, p. 185.

¹⁸¹ BARISON, Thiago, *op. cit.*, p. 163.

et qui ne peut pas être inférieure à une municipalité. » (traduction libre)

Il apparaît ainsi qu'un seul syndicat est autorisé dans chaque base territoriale, pour chaque catégorie professionnelle (de salariés) ou économique (d'employeurs). La restriction à la base territoriale mentionne d'ailleurs que le champ géographique doit couvrir au moins une municipalité entière.

À l'aune de ces limitations, il existe deux voies permettant la création d'un syndicat au Brésil : la voie originaire et la voie non originaire. Par le biais de la première, un syndicat est créé pour la première fois dans le cadre d'une catégorie professionnelle ou économique n'ayant aucune représentation dans une base territoriale donnée. Dans le cas de la deuxième voie, en revanche, il existe déjà un syndicat. Celle-ci peut avoir lieu dans trois situations différentes : la fondation d'un nouveau syndicat suite à un démembrement d'une catégorie large, représentée auparavant par un syndicat plus important ; la fondation d'un nouveau syndicat suite à la division de la base territoriale, couverte auparavant par un syndicat dont le champ était plus large qu'une municipalité ; et la fondation d'un nouveau syndicat par la fusion d'anciens syndicats, dans un mouvement d'élargissement inverse aux deux antérieurs, parfois de la catégorie, parfois de la base territoriale¹⁸². Il faut observer que dans aucune de ces situations le nouveau syndicat ne concourra avec d'autres, étant donné qu'il acquerra automatiquement le monopole de la représentation syndicale de la catégorie au sein de son champ géographique, en excluant cet espace du champ d'action des anciens syndicats.

Cette marge de manœuvre au sein de l'*unicité* syndicale est néanmoins fortement encadrée par les notions de catégorie professionnelle et de catégorie économique, qui ne relèvent pas de critères d'agrégation choisis librement. En plus, le processus de fondation du syndicat est conditionné à l'enregistrement de ses statuts auprès du ministère du Travail et de l'Emploi¹⁸³, qui analyse si le critère de l'*unicité* syndicale a été correctement appliqué¹⁸⁴. Dès lors, l'attribution du caractère syndical est distincte de la constitution de la personne morale, préalable, et ne découle pas automatiquement du dépôt des statuts à la mairie, par exemple, comme en France.

ii. Les limites à l'organisation des syndicats : les notions de catégories professionnelles et économiques

Par ailleurs, la question de la liberté organisationnelle des syndicats est complexe et comprend

¹⁸² NASCIMENTO, Amauri, *op. cit.*, p. 264.

¹⁸³ STF, 17 oct. 1991, RMS n° 21.305-1; STF, 3 août 1992, MI n° 1418.

¹⁸⁴ Selon une doctrine traditionnelle, l'enregistrement du syndicat devant ce ministère ne constitue pas une interférence étatique dans l'architecture syndicale brésilienne, ni un acte préjudiciable à la liberté syndicale. V. : NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 286. Une doctrine plus critique souligne néanmoins qu'il ne faut pas dénier que ce mécanisme montre un contrôle de l'État envers l'organisation syndicale brésilienne (encore qu'assouplie par rapport à l'ancienne autorisation préalable à la constitution des syndicats exigée pendant la dictature). BARISON, Thiago, *op. cit.*

plusieurs aspects tels que leurs relations externes avec des organisations internationales, par exemple, et leurs structures internes, comme leurs organes et les attributions correspondantes. Toutefois, nous nous concentrerons sur un aspect préalable à ce domaine, concernant les critères d'agrégation autour desquels les syndicats se fondent et s'organisent.

En ce sens, il faut d'abord souligner que l'article 8^o, II, de la Constitution brésilienne, au-delà de limiter la fondation des syndicats, impacte aussi leur liberté organisationnelle dans la mesure où elle encadre leurs critères d'agrégation. En effet, l'architecture organisationnelle est modelée par les notions de catégories économiques et professionnelles. Ainsi, il n'incombe pas aux fondateurs de fixer les frontières du groupement en dehors de ces limites, à partir par exemple de la notion de profession¹⁸⁵ ou de lieu de travail¹⁸⁶.

D'une part, la catégorie professionnelle¹⁸⁷ concerne les salariés en lien avec des employeurs d'un même secteur économique ou des secteurs similaires ou connexes¹⁸⁸. En conséquence, cette notion n'a pas, en règle générale, de lien avec la fonction ou la profession du salarié, mais avec le secteur dont son employeur fait partie. Ainsi, l'exemple classique dans les manuels brésiliens est celui du portier d'une industrie métallurgique qui, en dépit de sa fonction – et de sa volonté –, intégrera la catégorie professionnelle de la métallurgie. Ce critère témoigne du caractère vertical du syndicat au Brésil, dans la mesure où il rassemble verticalement tous les salariés des entreprises exerçant des activités économiques similaires ou connexes (bancaires, commerciales, métallurgiques, etc.).¹⁸⁹

D'autre part, la catégorie économique correspondante comprend les entreprises d'un tel secteur :

« Le syndicat par catégorie, dès lors, est celui qui représente les travailleurs des entreprises d'un même secteur d'activité de production ou de prestation de services. Les entreprises du même secteur, pour leur part, constituent la catégorie économique correspondante. »¹⁹⁰

Certes, il y a, dans les grandes lignes, un rejet de la notion de syndicat de métier au profit du syndicat de branche d'activité. Cependant, le système comporte une exception ouvrant un espace à un type de regroupement horizontal de travailleurs : la *catégorie professionnelle différenciée*, qui rassemble les salariés exerçant des « professions ou fonctions différenciées en raison de l'existence d'un statut

¹⁸⁵ Sauf exceptions.

¹⁸⁶ Dans ce contexte, la fondation d'un syndicat « d'entreprise », par exemple, est impossible. V. : DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1585.

¹⁸⁷ Il faut ici faire une réserve terminologique. La notion de catégorie professionnelle en droit du travail brésilien n'a aucune relation avec celle existant en France, qui sert de base à l'établissement de l'ordre des licenciements dans le cadre du plan de sauvegarde d'emploi, encore qu'elle ne soit pas définie par la loi. V. : ORIO, Eugénie. *L'indivisibilité de l'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi*. Dr. soc., 2018, p. 181.

¹⁸⁸ CLT, art. 511, §2^o.

¹⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1583.

¹⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.*, p. 204.

professionnel spécial ou de conditions de vie singulières ». ¹⁹¹ C'est le cas, par exemple, des professeurs, aéronautes, musiciens professionnels, journalistes, etc. ¹⁹² – qui peuvent se syndicaliser peu importe le secteur économique de leur patron.

Ainsi, on remarque que la notion de catégorie est, en soi, inexorablement instituée et gérée par l'appareil d'État, qui détermine lui-même la portée des fonctions et des activités qui la constituent ¹⁹³. Sous cette aune, il y a une vraie gestion judiciaire de la « liberté » syndicale au moyen de cette perspective organisationnelle, dont on cite deux exemples : 1) la répression des mouvements syndicaux organisés conjointement entre les salariés embauchés directement par l'entreprise et ceux qui ont été embauchés par le biais d'une entreprise prestataire – sous l'argument qu'ils travaillent au bénéfice d'entreprises de différents secteurs économiques et intègrent, ainsi, des catégories professionnelles différentes ¹⁹⁴ ; ainsi que 2) la répression des grèves organisées spontanément par les travailleurs hors de la structure syndicale officielle ¹⁹⁵.

Dans le domaine organisationnel, dès lors, l'unicité syndicale entraîne également une importante limitation de la liberté des travailleurs, et suscite des questionnements sur la portée de la liberté syndicale au Brésil.

iii. L'absence d'élections sur la représentativité

La troisième caractéristique remarquable du système syndical brésilien repose sur l'absence d'élections sur la représentativité des syndicats. Il découle des caractéristiques précédentes l'existence de syndicats officiels qui ne sont pas en compétition pour l'adhésion et le vote des travailleurs. La « représentativité » procède alors non de ceux qui constituent la base de la représentation, mais de l'État, à partir d'un octroi légal de la représentativité à une seule organisation. Cette circonstance pousse d'ailleurs à réfléchir sur la différence terminologique entre être « représentant » et « représentatif ».

Dans ce contexte, où le monopole de la représentativité syndicale est octroyé par l'État aux organisations constituées selon les périmètres territoriaux et catégoriels autorisés ¹⁹⁶, les questions sur les contours du champ conflictuel de cette « représentativité » se pose en des termes autres que ceux existant en France, où les élections professionnelles occupent une place centrale (et se déroulent d'une

¹⁹¹ CLT, art. 513, §3°.

¹⁹² DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1582.

¹⁹³ BARISON, Thiago, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁴ SILVA, Luciana Correia da. "O controle judiciário sobre o direito de greve: uma análise das lutas dos terceirizados diante da estrutura sindical de Estado no Brasil." In: Aldacy Rachid Coutinho e Leonardo Vieira Wandelli. (Org.). *Anais do II Encontro RENAPEDTS*. 1ed. Curitiba: Empório do Direito, 2017, v. 1, p. 537-564.

¹⁹⁵ CORREGLIANO, Danilo Uler. *A captura da greve e suas fugas*. Thèse de doctorat. Universidade de São Paulo. São Paulo : 2018.

¹⁹⁶ BARISON, Thiago, *op. cit.*, p. 19-22.

manière bien plus dynamique, étant donné que la représentation en découlant n'entraîne pas un monopole). Certes, les disputes pour la reconnaissance de la « représentativité » au Brésil génèrent, par exemple, des actions en justice portant sur l'examen des statuts et des frontières de la catégorie, mais non sur d'élections, votes, seuils, etc. Ce type de contentieux donne lieu ainsi, une nouvelle fois, à l'intervention de l'État dans le domaine organisationnel. En fait, « il est impossible d'avoir un octroi légal/officiel et une *unicité* sans qu'il n'y ait de contrôle étatique »¹⁹⁷.

Cela ne signifie pas, néanmoins, qu'il n'existe aucune modalité d'élection au sein du système syndical brésilien. La direction des syndicats est choisie par voie électorale. La course à la gestion des prérogatives syndicales est toutefois encadrée par les frontières rigides du syndicat officiel, limitées à l'accession aux postes de sa direction. Il n'est pas possible, par le biais de la création d'un autre syndicat dans le même champ géographique et professionnel et d'un engagement envers les travailleurs, de concourir pour atteindre, lors des prochaines élections professionnelles, le seuil nécessaire pour devenir représentatif.

Enfin, un autre aspect découlant de l'octroi légal du monopole de la « représentativité » syndicale au syndicat officiel repose sur la paradoxale incitation qu'il crée à la pluralisation des organisations syndicales, fragilisant davantage le mouvement collectif des travailleurs. Au contraire de ce qui pourrait être déduit d'un examen superficiel de ce sujet, le monopole de la représentation syndicale par un syndicat unique ne renforce pas, pas plus qu'il ne protège l'organisation des travailleurs¹⁹⁸. Compte tenu de la possibilité de recevoir ce monopole automatiquement, les dissidences internes¹⁹⁹ sont incitées, par l'architecture même du système, à constituer de nouveaux syndicats couvrant des champs géographiques ou professionnels plus restreints, de manière à ne pas coïncider avec le champ déjà existant et à avoir, dans ce nouveau terrain, le monopole automatique de la représentation syndicale. Certes, la jurisprudence constitutionnelle brésilienne estime que les syndicats « clones » sont interdits – ceux qui ont exactement le même champ géographique et professionnel – mais pas ceux qui sont plus spécifiques et ne rassemblent qu'une partie du champ auparavant couvert par un autre syndicat²⁰⁰. Certains syndicats fondés sous cette logique sont appelés des syndicats « fantôme » ou des « syndicats de cachet »²⁰¹ par la classe ouvrière.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibid*, p. 17-39.

¹⁹⁹ Ces dissidences peuvent d'ailleurs être construites artificiellement ou appuyées par les employeurs, intéressés à la fondation des syndicats plus dociles vis-à-vis des besoins patronaux. Dans le cas examiné par BARISON, par exemple, survenu dans la région de Franca – São Paulo, le nouveau syndicat, qui n'avait pas le soutien des salariés, a été reconnu comme le nouveau syndicat officiel dans une base territoriale plus restreinte que celle de l'ancien et combattif syndicat, qui représentait la catégorie professionnelle dans toute la région. Avec l'appui de l'employeur, des « négociations » collectives entre eux ont eu lieu. BARISON, Thiago, *op. cit.*, p. 173-178.

²⁰⁰ BARISON, Thiago, *op. cit.*, p. 168-179.

²⁰¹ En se référant à l'enregistrement devant le ministère du Travail qui leur reconnaît le caractère syndical.

Une partie des travailleurs représentés précédemment par le syndicat ancien est alors, de plein droit, transférée vers la sphère du nouveau syndicat, selon la zone ou le secteur économique où ils travaillent. Ainsi, sans porter atteinte à l'*unicité* syndicale, la marge de manœuvre de création des syndicats mentionnée antérieurement, combinée à cet octroi légal du monopole de la représentation, fragmente l'organisation syndicale sans créer nécessairement des syndicats plus combattifs (puisque relativement indépendants de ceux qu'ils représentent).

Cette possibilité de distanciation entre les syndicats et les travailleurs et de fragmentation du tissu syndical remet en question la légitimité des négociations collectives menées dans ce contexte, préalablement même à l'analyse du contenu des conventions collectives en découlant.

III. La négociation collective

Le troisième concept central pour l'examen des différences fondamentales entre les systèmes juridique français et brésilien des relations collectives du travail concerne la négociation collective elle-même. Après avoir étudié ses fondements et les sujets qui l'engagent, il faut analyser ses contours.

A. La définition en France et au Brésil

Dans les grandes lignes, le terme « négociation collective » désigne la même notion du domaine collectif du droit du travail en France et au Brésil, et est marqué par trois éléments essentiels : (I) le processus, (II) les deux pôles négociateurs qui le mènent et (III) l'objectif²⁰².

Dans les deux pays²⁰³, la négociation collective peut être définie comme (I) l'ensemble des discussions entre (II) les représentants des employeurs ou des organisations professionnelles d'une part, et des syndicats représentatifs des salariés d'autre part²⁰⁴, en vue de (III) conclure une convention ou un accord collectif²⁰⁵.

Il faut souligner néanmoins que cette perspective initiale ne fait référence qu'à la définition de la

²⁰² SUPIOT, Alain. *Revisiter les droits d'action collective*, *op. cit.*

²⁰³ GUINCHARD, Serge ; DEBARD, Thierry. *Lexique des termes juridiques 2017-2018*. 25^e Édition. Dalloz. Paris : 2017. P 752. ; DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 1630-1631.

²⁰⁴ Il faut remarquer néanmoins qu'un mouvement de décentralisation de la négociation collective vers des agents à caractère non syndical a eu lieu en France les dernières années.

²⁰⁵ Cependant, au Brésil, il est souvent souligné que la négociation collective a aussi un autre objectif : résoudre des conflits collectifs de travail. V. : DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 1630-1631. En France, la négociation collective n'est non plus vue seulement dans la perspective de cet objectif. En ce sens : « cette définition est imparfaite car elle limite la finalité du droit de la négociation collective à organiser les relations entre les partenaires sociaux afin de produire des normes professionnelles. En réalité, le droit de la négociation collective a d'autres finalités comme d'assurer une certaine justice sociale ». KAPPOPOULOS I., *Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle*, Th. Université Lille, 2010.

négociation collective en tant qu'activité. Toutefois, elle peut également être vue comme un droit.

Sous cet angle, l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution française de 1946 formule que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail », ce qui est aujourd'hui entendu comme le « droit des salariés à la négociation collective »²⁰⁶ en France. Au Brésil, d'une part, l'article 7^o, XXVIII de la Constitution de 1988 prévoit que tous les travailleurs ont le droit à la reconnaissance des conventions et accords collectifs, ce qui est entendu comme le fondement constitutionnel de « *l'autonomie privée collective* » sur laquelle repose la base de la négociation collective. D'autre part, l'article 616 de la Consolidation des Lois du Travail (CLT) stipule que les employeurs et leurs organisations professionnelles ne peuvent pas récuser un engagement à la négociation collective à l'initiative des syndicats de salariés²⁰⁷.

En outre, les deux pays sont signataires de la Convention n° 154 de l'Organisation Internationale du Travail, qui prévoit que « des mesures adaptées aux circonstances nationales devront être prises en vue de promouvoir la négociation collective »²⁰⁸.

B. Les niveaux

S'agissant des niveaux de négociation collective, le système français en comporte plusieurs : branche professionnelle, interprofessionnelle, entreprise, interentreprises, établissement et groupe. Ces différents niveaux ont des règles qui leur sont propres (Code du travail, art. L. 2232-1 à L. 2232-38).

La branche professionnelle comprend un ensemble d'entreprises qui opèrent sur un même marché et ont une même activité économique en tant qu'activité principale, comme la métallurgie, la chimie, etc.²⁰⁹ Elle a été, pendant longtemps, le niveau plus important de la négociation collective française.

²⁰⁶ Il importe néanmoins de souligner que le principe de participation visé par l'alinéa 8 du Préambule englobe non seulement la négociation, mais aussi la consultation. NADAL, Sophie, *op. cit.*

²⁰⁷ Toutefois, la doctrine estime que les conséquences en cas de refus n'ont pas été réceptionnées par le nouvel ordre constitutionnel de 1988. V. : DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1735. En fait, selon les §§ 1^o et 2^o de l'art. 616 de la CLT, il incombait aux syndicats des salariés d'informer du refus de l'employeur à négocier avec les organes régionaux du ministère du Travail, qui mettrait en place une convocation compulsive des récalcitrants. Inattendue la convocation, ou dans le cas de la négociation ne pas aboutir à un accord, les syndicats de salariés pouvaient encore mener une action collective spécifique en justice (le « *dissídio coletivo* »), dans le cadre de laquelle le juge se prononçait sur leurs demandes en exerçant son « pouvoir normatif ». La décision, appelée « *sentença normativa* », avait les mêmes effets que ceux d'une convention collective.

²⁰⁸ Art. 5, point 1, de la C. 154 de l'OIT.

²⁰⁹ DOCKES, Emmanuel ; AUZERO, Gilles. *Droit du travail*. Collection : Précis. 31^e édition. Dalloz : Paris. 2017. P. 1695. Il faut néanmoins souligner que la branche est privée de définition légale, étant communément comprise en tant que « le champ d'application d'une règle conventionnelle ». Elle n'a ainsi d'autres contours que ceux tracés par les signataires de l'accord. Il en résulte un nombre très important de branches, ce qui a provoqué des réformes législatives instaurant un processus de restructurations (inauguré par la loi du 5 mars 2014) pouvant prendre une forme volontaire ou être imposée par le ministre du Travail (arrêté de fusion). V. : ADAM, Patrice. *L'accord de branche*. Dr. soc., 2017. P. 1039.

Son rôle a néanmoins été progressivement revu à la baisse par un mouvement législatif prônant la primauté des accords existant au niveau de l'entreprise. En tout état de cause, elle reste compétente pour la régulation de la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application²¹⁰, mais aussi la définition des conditions de travail des salariés dans des matières telles que les salaires minima hiérarchiques et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes²¹¹.

Le niveau interprofessionnel, en revanche, dépasse le périmètre d'une seule branche professionnelle, et intègre des négociateurs représentant différents secteurs économiques.

Les négociations collectives à ces deux niveaux peuvent porter sur différentes dimensions territoriales : niveau national, régional ou local. En ce sens, il faut souligner que les accords nationaux interprofessionnels ont une grande importance par rapport aux réformes législatives du droit du travail, dans le cadre du processus de concertation préalable entre le gouvernement et les acteurs sociaux sur les projets de réforme concernant les relations de travail, l'emploi et la formation professionnelle²¹² – motif pour lequel ils sont aussi appelés « négociation légiférante », puisqu'ils sont susceptibles d'être repris en tout ou en partie dans une loi.²¹³

En ce qui concerne les niveaux « entreprise » et « interentreprises », leur définition n'entraîne pas de difficultés. Le débat doctrinal se place surtout sur le terrain du rôle et de la légitimité (ou de l'absence) des conventions collectives qui en découlent, points qui seront étudiés ultérieurement.

Le niveau de l'établissement implique la possibilité, pour les entreprises en ayant plusieurs, d'avoir différents statuts collectifs en leur sein. À ce sujet, la Cour de cassation considère que les salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts ne sont pas victimes d'une atteinte au principe d'égalité de traitement au seul motif qu'ils ne bénéficient pas des mêmes avantages²¹⁴. En ce sens, elle estime que de telles différences sont présumées justifiées, raison pour laquelle il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles ne sont pas objectives et pertinentes, mais étrangères à toute considération de nature professionnelle²¹⁵.

²¹⁰ Initialement soulignée par la doctrine, cette mission souligne la capacité des dispositions conventionnelles de branche d'éviter que les entreprises entrant dans son champ d'application ne se concurrencent par une politique de bas salaires ou de mauvaises conditions de travail, mais par le développement de technologies, par exemple. Cependant, il ne faut pas négliger que l'accroissement du cadre des accords dérogatoires d'entreprises pose de problématiques sur cette mission de la branche. DOCKES, Emmanuel ; AUZERO, Gilles, *op. cit.*, p. 1595.

²¹¹ C. trav., art. L. 2232-5-1.

²¹² C. trav., art. L. 1 à L. 3.

²¹³ FREYSSINET, Jacques ; SOURIAC, Marie-Armelle. *Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ?*, *op. cit.*

²¹⁴ Cass. soc., 18 janvier 2006, 03-45.422, publié au bulletin.

²¹⁵ Cass. soc., 3 novembre 2016, 15-18.444, publié au bulletin.

Enfin, le niveau du groupe²¹⁶ concerne une société dominante et ses filiales directes et indirectes dont plus de la moitié du capital est directement ou indirectement sous son contrôle. Toutefois, le groupe peut aussi comprendre des sociétés dont au moins 10% du capital est contrôlé par l'entreprise qui exerce une « influence dominante » sur elles, caractérisée par certaines conditions de permanence de leurs relations et d'appartenance à un même ensemble économique (C. trav., art. L. 2331-1)²¹⁷.

Par ailleurs, au Brésil, les niveaux de négociation collective ne sont que deux, en principe : la branche professionnelle et l'entreprise. Cependant, il se dégage de la rédaction de l'article 611, §1°, de la CLT la possibilité d'un engagement interentreprises, même s'il n'est que rarement utilisé.

Il n'existe alors pas de négociations collectives interprofessionnelles, ni au niveau seulement d'un ou d'une partie des établissements de l'entreprise. En outre, le concept même de groupe tel qu'existant en droit français n'existe pas²¹⁸.

C. Les obligations de négociier

Concernant les obligations de négociier, elles existent en France depuis 1982²¹⁹ afin de doter le droit à la négociation collective d'une certaine effectivité. Ces obligations varient selon le niveau de la négociation, les thèmes et la périodicité, au sein d'une architecture complexe.

En somme, les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels doivent négocier, tous les quatre ans, des accords de méthode sur le calendrier, la périodicité et les modalités des négociations futures sur certains thèmes tels que les salaires et les conditions de travail ; et tous les cinq ans, des accords sur d'autres thèmes : la révision des classifications et l'institution de plans d'épargne interentreprises²²⁰. Cependant, le Code du travail présente des dispositions supplétives applicables en cas d'absence d'accord de méthode, qui imposent des négociations annuelles sur le salaire, ainsi que des négociations triennales et quinquennales sur

²¹⁶ La possibilité de négociation collective au niveau du groupe en France a été initialement reconnue par la jurisprudence (Cass. soc. 30 avr. 2003, arrêt Axa) et, plus tard, par la loi du 4 mai 2004 (loi Fillon).

²¹⁷ C'est la doctrine, et non la loi directement, qui souligne que le champ d'application des conventions et accords collectifs de groupe prévus aux arts. L. 2232-30 à L. 2232-35 du Code du travail doit s'entendre du groupe au sens de l'article L. 2331-1. DOCKES, Emmanuel ; AUZERO, Gilles. *op. cit.*, p. 1623.

²¹⁸ La notion de « groupe économique » au Brésil – étant l'ensemble d'entreprises sous la direction, contrôle ou administration d'une autre – ne s'applique que dans le but de permettre la mobilité des travailleurs entre les entreprises concernées sans qu'elle n'entraîne une modification du contrat de travail, ainsi que de reconnaître leur responsabilité solidaire pour les droits de leurs travailleurs (arts. 2°, §§ 2° et 3°, de la CLT). Cette notion du droit du travail brésilien n'entraîne aucune conséquence dans le domaine de la négociation collective.

²¹⁹ Toutefois, il est utile de préciser qu'existaient déjà, dans le droit positif, des tempéraments à la liberté contractuelle de l'employeur sur le droit à la négociation collective des salariés (M.-A. SOURIAU, *Le droit à la négociation et sa sanction*, *op. cit.*, p. 730). En effet, le régime des accords préélectoraux, comme de ceux relatifs à la participation, connaissaient déjà des mécanismes légaux en vue de contraindre l'employeur à engager une négociation.

²²⁰ C. trav., art. L. 2241-1.

d'autres sujets.²²¹

Au niveau de l'entreprise, il existe également des dispositions d'ordre public qui doivent être obligatoirement suivies en cas d'existence d'accords de méthode ainsi que des dispositions supplétives prévoyant, en l'absence de ces accords, des négociations annuelles et triennales. Les négociations annuelles portent sur la rémunération, le temps de travail, le partage de la valeur ajoutée, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail²²². D'ailleurs, le Code du travail prévoit des sanctions pénales pour le fait de se soustraire aux obligations relatives à la convocation des parties à la négociation et à l'obligation périodique de négocier au niveau de l'entreprise, différentes de ce que prévoient les dispositions au niveau de la branche²²³.

Cependant, ces obligations, quel que soit le niveau considéré, ne correspondent pas à une obligation d'aboutir à un accord²²⁴.

Au Brésil, le droit à la négociation collective ne s'accompagne d'aucune obligation précise et détaillée par rapport à aucun thème. Seule existe une obligation générale de ne pas refuser l'engagement des travailleurs dans une négociation²²⁵. Les seules « obligations » spécifiques s'inscrivent sur le terrain des procédures 1) d'engagement d'une grève par les travailleurs – qui est considérée abusive si les revendications n'ont pas fait l'objet d'une tentative préalable de négociation collective²²⁶ – et 2) d'accès à l'arbitrage et à la poursuite en justice du « *dissídio coletivo* de nature économique »²²⁷, qui ne peuvent également avoir lieu qu'en cas d'échec de la négociation collective en vue d'aboutir à un accord²²⁸.

Cette circonstance démontre que la négociation collective en tant que source normative de droit du travail brésilien ne connaît pas d'obligations strictes et périodiques comme en France ; mais elle en a lorsque l'on se place dans une autre perspective : celle de la négociation en tant qu'instrument principal de résolution des conflits collectifs, les autres étant subsidiaires²²⁹.

²²¹ C. trav., arts. L 2241-8 à L. 2241-18.

²²² C. trav. L. 2242-1 à L. 2242-21.

²²³ Emprisonnement d'un an et amende de 3 750 euros. C. trav., art. L. 2243-1 et L. 2243-2.

²²⁴ NADAL, Sophie, *op. cit.*

²²⁵ CLT, art. 616, *caput*.

²²⁶ Art. 3 de la Loi n° 7.783 du 28 juin 1989.

²²⁷ Ce type d'action collective n'a aucune correspondance en droit du travail français. Comme mentionné brièvement en note de bas page n° 127, cette action s'inscrit dans le « pouvoir normatif » de la justice du travail brésilienne, fonction atypique qui lui permet de résoudre les conflits collectifs entre employeur et travailleurs en réglant elle-même les conditions de travail, à partir du jugement de revendication de ces derniers. La décision, on le rappelle, a les mêmes effets qu'une convention collective de travail. Selon la doctrine, cela reflète les vestiges autoritaires de l'intervention de l'État dans le domaine collectif du droit du travail brésilien. DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 1554.

²²⁸ Constitution de 1988, art. 114, §§ 1° et 2°.

²²⁹ Encore que les deux perspectives ne soient pas déconnectées, vu que les conflits collectifs entre employeur et travailleurs reposent souvent exactement sur le contenu du droit d'origine conventionnelle, cette différence en termes

D. Les négociateurs

Quant aux agents de négociation, on remarque initialement que le côté patronal ne pose pas beaucoup de questions. Que ce soit en France²³⁰ ou au Brésil, la capacité de négocier et de contracter un accord collectif n'est pas réservée aux organisations syndicales. Tout autre groupement d'employeurs ainsi que les employeurs pris individuellement peuvent valablement remplir ce rôle²³¹.

Le côté des salariés présente néanmoins un contexte plus complexe par rapport aux différences entre les deux systèmes juridiques.

1. La décentralisation en France

Du côté des salariés, le Code du travail en France dispose que la convention ou l'accord doivent être conclus « par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord »²³². En principe, les syndicats représentatifs ont donc, seuls, la capacité de signer des conventions. Toutefois, ce monopole²³³ n'ayant pas de valeur constitutionnelle, le législateur y a apporté certaines entorses.²³⁴

En fait, les termes des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoient que « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale » et que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », respectivement. Dans une décision du 6 novembre 1996²³⁵ (n° 96-383 DC), le Conseil constitutionnel a considéré que, si ces dispositions

« confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective »²³⁶

d' « obligations » renforce l'observation selon laquelle la définition brésilienne de la négociation collective se place fréquemment sur l'objectif d'être un instrument de résolution de ces conflits, et pas seulement sur la signature de conventions et accords collectifs.

²³⁰ C. trav., art. L. 2231-1.

²³¹ Encore qu'au Brésil, pour un certain type de négociation collective, le seul négociateur du côté patronal soit l'organisation syndicale des employeurs. Voir le sous-titre E. Les conventions et accords collectifs qui en découlent.

²³² C. trav., art. L. 2231-1.

²³³ Cette notion de « monopole » en France, comme mentionné dans le titre II, intègre plusieurs organisations syndicales représentatives, motif pour lequel le débat autour de cet aspect n'a aucune relation avec le débat sur le monopole découlant du système d'unicité syndicale au Brésil, qui n'intègre qu'un seul syndicat officiel.

²³⁴ DOCKES, Emmanuel ; AUZERO, Gilles. *op. cit.*, p. 1545.

²³⁵ Cette décision a été rendue dans le cadre de validation de la procédure de mandatement de la Loi expérimentale (trois ans) du 12 novembre 1996, qui écartait déjà le monopole des organisations syndicales de salariés en matière de négociation collective, par le biais de l'autorisation, sous certaines conditions et pendant un temps limité, d'une véritable négociation collective d'entreprise sans délégués syndicaux. V. : ANTONMATTEI, Paul-Henri. *À propos du développement de la négociation collective*. Dr. soc. 1997, p. 164.

²³⁶ Conseil constitutionnel, 6 novembre 1996 (n° 96-383 DC).

Dès lors, le législateur français a reconnu à d'autres acteurs que les organisations syndicales représentatives le droit de négocier et de conclure des conventions ou accords collectifs, notamment au niveau de l'entreprise. Dans ce contexte, la loi du 4 mai 2004²³⁷ est considérée comme étant l'origine de la fin définitive du monopole syndical de la négociation collective²³⁸, dans la mesure où elle a ouvert la possibilité de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux (les acteurs traditionnellement investis du pouvoir de représenter le syndicat lors de la conclusion des conventions collectives à ce niveau).

Cette possibilité a été progressivement étendue par les lois du 20 août 2008, du 17 août 2015 et du 8 août 2016, pour aboutir enfin à la situation actuelle, issue de l'ordonnance n° 2017-1385.

En somme, en cas d'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, 1) les salariés expressément mandatés par les organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel, ainsi que 2) les représentants élus du personnel du comité social et économique peuvent négocier devant l'employeur et conclure des conventions et accords collectifs²³⁹. Des règles spécifiques varient selon le nombre de salariés dans l'entreprise (11 à 20, 11 à 49 ou à partir de 50)²⁴⁰.

Selon le législateur, la légitimité de ces négociateurs individuels dits « palliatifs » est « tirée de l'élection dans l'entreprise et/ou de son mandatement par une organisation syndicale représentative »²⁴¹.

En outre, dans le cas des entreprises dépourvues de délégués syndicaux de moins de 20 salariés, il est possible de soumettre la proposition d'accord par l'employeur directement à l'ensemble des salariés eux-mêmes, dont l'approbation est réalisée par référendum²⁴².

²³⁷ En ce qui concerne cet aspect, cette loi s'inscrit dans un mouvement majeur de diversification des négociateurs qui « était déjà bien sinueux avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 », non seulement par l'action du législateur mais aussi par la jurisprudence. En ce sens, la doctrine mentionne, par exemple, (i) l'article L. 132-20 issu de la loi du 13 novembre 1982, qui plaça le délégué syndical en tant que membre de droit de la délégation qui négocie dans l'entreprise et qui permet à chaque syndicat représentatif de compléter sa délégation par des salariés « ordinaires » ; (ii) l'arrêt rendu le 25 janvier 1995 par la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui a estimé que « des accords peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux, par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif » ; (iii) et même l'expérience transitoire de la loi du 12 novembre 1996. BORENFREUND, Georges, *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, Dr. Soc., 2004, p. 606.

²³⁸ MAGGI-GERMAIN, Nicole, *op. cit.*

²³⁹ Cela s'inscrit nettement dans la voie ouverte par le Conseil constitutionnel en 1996, qui a estimé que « des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ».

²⁴⁰ C. trav., art. L. 2232-23 à L. 2232-26.

²⁴¹ Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

²⁴² C. trav., art. L. 2232-21 à L. 2232-23.

En tout état de cause, qu'il s'agisse des représentants élus, des salariés mandatés ou de l'ensemble des salariés par la voie du référendum, on peut néanmoins s'interroger sur le point de savoir si la décentralisation des négociateurs, par le biais du renforcement de la négociation au niveau de l'entreprise dépourvue de délégués syndicaux, a été accompagnée d'un tel renforcement de ces agents palliatifs de négociation²⁴³, dans le but de mieux comprendre la rationalité du discours législatif prétendument dirigé vers l'amélioration du dialogue social²⁴⁴.

Depuis 2004, nombreux ont été déjà les questionnements relatifs à la faiblesse de ces interlocuteurs d'entreprise et à leur instrumentalisation vers le « démantèlement des conventions ou accords de niveau supérieur, en particulier des conventions de branche »²⁴⁵.

2. Le monopole au Brésil

Au Brésil, en revanche, il existe un solide monopole de la capacité de négocier du côté salarial²⁴⁶. La Constitution de 1988 prévoit de manière très claire et spécifique que « la participation des organisations syndicales aux négociations collectives de travail est obligatoire »²⁴⁷.

Le contexte constitutionnel brésilien, distinct de celui existant en France, n'ouvre pas de brèches à la décentralisation des agents de négociation par la voie législative. Un mouvement comme celui qui a eu lieu en France ces dernières décennies nécessiterait de recourir à un amendement constitutionnel, ce qui supposerait l'application de procédures parlementaires et quorums plus rigides que ceux exigés pour des réformes au niveau légal²⁴⁸. Pourtant, un changement constitutionnel de ce type serait fortement critiquable, en raison surtout du faible cadre brésilien d'institutions représentatives du personnel.

En fait, le monopole syndical de la négociation collective occupe une place centrale dans

²⁴³ Les conclusions, déjà en 2004, n'étaient pas optimistes, surtout en raison du mouvement parallèle d'ouverture aux dérogations à la loi et aux conventions collectives de branche: « Si la faiblesse des nouveaux négociateurs pouvait déjà sembler préoccupante avant la loi du 4 mai 2004, les craintes se font nettement plus fortes aujourd'hui, dès lors que leur intervention est appelée à s'inscrire dans une nouvelle hiérarchie entre normes conventionnelles et que s'ouvre à eux, en conséquence, un espace élargi de négociation. » BORENFREUND, Georges, *op. cit.*

²⁴⁴ L'organisation des modes alternatifs de négociation dans ces entreprises a été justifié par la faible implantation syndicale dans les petites entreprises qui rendait difficile le développement d'une véritable négociation collective. DOCKES, Emmanuel ; AUZERO, Gilles, *op. cit.*, p. 1629.

²⁴⁵ BORENFREUND G., *op. cit.*

²⁴⁶ Bien que les termes de la Constitution n'aient pas limité expressément l'expression « syndicat », la doctrine brésilienne estime que l'exigence d'intervention ne se réfère qu'aux syndicats des salariés, étant donné que les employeurs peuvent négocier directement sans que cela n'entraîne une faiblesse par rapport à l'autre pôle et une perte de l'équilibre entre les négociateurs visés par la Constitution. DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 188.

²⁴⁷ Constitution de 1988, art. 8°, alinéa VI.

²⁴⁸ La constitution brésilienne est considérée comme étant du type *rigide*.

l'architecture du droit du travail brésilien à tel point qu'il est considéré comme un vrai principe²⁴⁹ : « le principe de l'intervention syndicale dans la négociation collective ».

En ce sens, la doctrine estime que :

« Reconnu par la Constitution de 1988 (art.8°, III et VI), ce principe vise à assurer l'existence d'une effective équivalence entre les négociateurs, en évitant la négociation informelle de l'employeur devant des groupes de salariés organisés de façon épisodique, éventuelle, sans la force issue d'une institutionnalisation démocratique comme celle permise par les syndicats (qui possèdent des garanties spéciales de l'emploi, obligations de transparence, etc.). Compte tenu d'un tel principe (qui constitue aussi une règle juridique), aucune forme de négociation directe entre l'employeur et les travailleurs ne caractérise, pour le Droit, la négociation collective de travail, même s'il s'agit d'une forme démocratique (comme un référendum interentreprises, par exemple). Les pouvoirs de l'autonomie privée collective, dans le droit brésilien, passent nécessairement par les organisations syndicales des travailleurs. »²⁵⁰ (traduction libre)

L'importance de ce monopole par rapport à la recherche d'un équilibre entre les agents des deux côtés de la négociation est encore accrue dans le contexte d'amplification des potentialités d'accords dérogatoires, surtout dans un système syndical qui, dans les grandes lignes, reste autoritaire.

E. Les conventions et accords collectifs qui en découlent

1. Précision terminologique : les différences entre « convention » et « accord »

Quant aux instruments signés dans le cadre des négociations collectives dans les deux pays, il faut d'abord présenter une précision terminologique. Les termes « convention collective » et « accords collectifs » n'ont pas exactement la même signification dans les droits du travail français et brésilien. Bien que tous les deux désignent des actes écrits découlant d'une négociation collective qui dispose d'une nature « duale »²⁵¹ – à la fois contractuelle et normative²⁵² – une réserve concernant une différence essentielle entre les « conventions » et les « accords » de chacun de ces systèmes juridiques s'impose.

a. Distinction en fonction de l'objet : France

²⁴⁹ Sur la force des principes dans les droits du travail sud-américains et l'influence de l'auteur uruguayen Plá Rodriguez dans cette caractéristique, voir : GHIONE, Hugo Barretto. *Le principe de faveur dans l'ordre et la culture juridique uruguayens régionaux*. Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. Pessac : COMPTRASEC, Vol. 2016 n° 2. L'expérience française, en revanche, ne se retrouve pas exactement dans l'inventaire des « principes du droit du travail » dressé par lui. En ce sens, voir : JEAMMAUD, Antoine. *Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente*, Dr. soc., 1999, p.115.

²⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5^a Edition. Ltr : São Paulo. 2017. P. 112.

²⁵¹ Formule de Paul Durand, dans *Le dualisme de la convention collective de travail*, RTD Civ. 1939, p. 353.

²⁵² Tant en France qu'au Brésil, ils se présentent à la fois comme des contrats, vu qu'adoptés par le commun accord des parties qui ont préalablement négocié, et comme des sources de droit, règles impératives pour toutes les personnes comprises dans leur champ d'application. WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa., *op. cit.*, p. 543 ; et. DELGADO, Maurício Godinho, p. 188. En ce sens, ce sont « des « monstres » juridiques au corps de contrat et à l'âme de loi ». LHUILIER, Gilles. *Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation*. Dr. soc., 1995. p. 162.

En France, les conventions collectives ont vocation à traiter de l'ensemble du statut des salariés. Les accords collectifs, en revanche, ont un contenu spécifique à une ou plusieurs questions précises.²⁵³ Autrement dit, la différence entre les deux notions repose sur leur objet, celui de l'accord collectif étant moins étendu.

Le régime juridique de ces deux notions est alors strictement identique, et la distinction entre « convention » et « accord » n'entraîne pas de conséquences quant à leurs effets et champ d'application²⁵⁴. Ces aspects sont plutôt variables en fonction du niveau de négociation collective. À cet égard, les manuels de droit du travail français signalent souvent que l'utilisation de l'expression « convention collective » en soi, sans spécification, désigne indistinctement les deux actes résultant de la négociation collective²⁵⁵.

b. Distinction en fonction du négociateur patronal : Brésil

Au Brésil, en revanche, la différence entre les deux termes se place sur l'agent patronal de négociation. D'une part, la convention collective est le résultat d'une négociation entre le syndicat des employeurs d'un certain secteur économique et le syndicat des salariés correspondant.²⁵⁶ D'autre part, l'accord collectif résulte d'une négociation entre l'employeur lui-même, directement et sans intermédiation d'une organisation syndicale, et le syndicat des salariés.²⁵⁷ Par le biais des deux instruments, tous les sujets ouverts à la négociation collective peuvent être traités indistinctement. L'objet ne détermine pas, ainsi, la différence entre les deux concepts.

La distinction entre une « convention » et un « accord » engendre en fait des conséquences au regard du champ d'application et des effets juridiques de l'acte. La convention collective s'applique à toutes les entreprises de la catégorie économique représentée par le syndicat signataire (limitée à la zone géographique concernée), tandis qu'un accord collectif ne s'applique qu'à l'entreprise signataire – négociatrice directe. En outre, leurs effets sur les contrats de travail dépendent de l'articulation entre les deux modalités²⁵⁸, en cas de coexistence, dans une même base géographique, d'une convention et d'un accord portant sur un même sujet.

En somme, les concepts de convention et d'accord collectif en droit du travail brésilien se rapprochent plutôt de l'idée française des conventions de branche et des accords d'entreprise, respectivement, qu'à ce qui résulterait d'une traduction littérale – au moins en ce qui concerne le champ d'application

²⁵³ C. trav., Article L2221-2.

²⁵⁴ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa., *op. cit.*, p. 544.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ CLT, Art. 611.

²⁵⁷ CLT, Art. 611, §1^o.

²⁵⁸ Cette articulation était régie par le principe de faveur avant la réforme de la CLT de 2017.

et les enjeux suscités par l'articulation entre eux et par rapport à la loi et au contrat de travail.

En conséquence, le terme « convention collective » n'est pas approprié pour désigner indistinctement les deux modalités en droit du travail brésilien, ce rôle étant joué par l'expression « normes collectives » ou « normes négociées » – genre auquel appartient la convention et l'accord.

2. Les conditions de validité

a. Le critère majoritaire en France

Compte tenu de cette réserve terminologique, nous examinerons les conditions de validité des instruments négociés. Certes, la conclusion des normes négociées est soumise à des règles dont le respect est requis pour leur validité. Parmi elles se démarque en France l'exigence majoritaire. Suscitant de nombreux et intenses débats depuis longtemps, une remise en contexte des réformes législatives dans ce domaine est essentielle pour comprendre l'enjeu et la portée de ses contours actuels.

L'idée d'une exigence majoritaire a été introduite dans la législation française par les réformes Auroux en 1982, « sous la forme d'un droit d'opposition à l'entrée en vigueur d'un accord collectif dérogatoire »²⁵⁹ au niveau de l'entreprise, qui n'a pas été aisément mise en œuvre²⁶⁰. La loi Fillon du 4 mai 2004 a apporté alors une diversité de modes de mise en place de l'exigence majoritaire et a également élargi son champ d'application.

Dans un contexte de distanciation croissante entre titulaires et agents d'exercice du droit à la négociation collective²⁶¹ et d'élargissement du champ des accords dérogatoires²⁶², la question qui se posait déjà en 2004 était de savoir comment conjuguer représentation syndicale et exigence majoritaire »²⁶³. La loi du 4 mai 2004 a consacré ainsi, à côté du droit d'opposition (majorité négative)²⁶⁴ déjà existant, un mode alternatif de déclinaison de la majorité, celui de l'engagement (majorité positive)²⁶⁵. Celui-ci ne fut pas mesuré par l'opposition des syndicats non signataires de l'accord ou de la convention, mais par la conclusion de la négociation collective elle-même par une

²⁵⁹ ODOUL-ASOREY, Isabel, PESKINE, Elsa. *Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement ?*, Rev. trav., 2016, p. 803.

²⁶⁰ BORENFREUND, Georges. « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon » In : BORENFREUND G., LYON-CAEN A., SOURIAU M.A., *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris : Dalloz. 2005, p. 115.

²⁶¹ En ce sens : BONNARD-PLANCKE, Laëtitia, *Convention collective et collectivité de travail*, Dr. Soc, 2005, p. 866 ; G. BORENFREUND. « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon », *op. cit.*

²⁶² Ce qui a fait multiplier progressivement les débats autour de la légitimité et de la représentativité de ces signataires. AUZERO, Gilles, DOCKES, Elsa., *op. cit.* p. 1532.

²⁶³ BORENFREUND, Georges. « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon » *op. cit.*

²⁶⁴ Aussi appelée « majorité de refus », *Ibid.*

²⁶⁵ Aussi appelée « majorité d'adhésion », *Ibid.* Ou « majorité de conclusion » AUZERO, Gilles, DOCKES, Elsa., *op. cit.*

ou des organisations syndicales représentant la majorité des salariés au niveau concerné²⁶⁶. En outre, l'exercice du droit d'opposition a été généralisé à tous les niveaux de la négociation collective. Elle n'était donc plus limitée aux accords dérogatoires d'entreprise, comme le prévoyaient les réformes Auroux depuis 1982.

Ensuite, la loi Bertrand du 20 août 2008 a approfondi le rapport entre représentativité et légitimité de la négociation collective. Au-delà de modifier le système traditionnel relatif à la représentation du personnel, cette loi a ajouté au rôle des élections professionnelles la mesure de la validité des accords collectifs, renforçant l'idée d'accords majoritaires. En effet, elle soumet leur validité à une double condition, cumulative (et non plus alternative, comme dans la loi Fillon) : 1) la signature d'organisations syndicales ayant obtenu au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles et 2) l'absence d'opposition des organisations syndicales ayant obtenu la majorité des suffrages.

En 2016, sous l'influence du rapport Combrexelle, la loi El Khomri a accéléré et approfondi le mouvement de transformation législative sur le dialogue social français, bouleversant davantage la négociation collective au niveau de l'entreprise et la dynamique majoritaire. Mise en place dans le but de « refonder le droit du travail et donner plus de poids à la négociation collective », elle a généralisé la dynamique majoritaire sur la modalité « positive » au niveau de l'entreprise. Autrement dit : elle exclut l'alternative de l'exercice du droit d'opposition dans le cadre de la validation des accords à ce niveau²⁶⁷, désormais soumis nécessairement à la signature d'une ou de plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles (C. trav., art. L. 2232-12, alinéa 1er) (et non plus 30% comme prévoyait la loi du 20 août 2008). Néanmoins, elle ouvre aussi la possibilité, aux syndicats représentant au moins de 30 % des salariés, de demander un référendum d'entreprise, qui pourra également valider l'accord collectif s'il est approuvé par la moitié des suffrages exprimés.

Enfin, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective consiste en un certain prolongement de la dynamique de la loi du 8 août 2016 par rapport aux accords majoritaires. Soulignons, d'une part, en ce qui concerne la généralisation du principe majoritaire prévu par la loi du 8 août 2016, que l'ordonnance du 22 septembre 2017 a anticipé son

²⁶⁶ En effet, la loi Fillon a non seulement diversifié la manière par laquelle la majorité est exprimée, mais a aussi élargi son champ d'application, puisqu'elle a changé la mise en œuvre de l'ancien « droit d'opposition ». L'exercice du droit d'opposition a été facilité dans la mesure où la loi a établi un abaissement du seuil de 50% des inscrits à « au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

²⁶⁷ Quant aux accords de branche et aux accords nationaux interprofessionnels, les conditions de leur validité n'ont pas été modifiées.

entrée en vigueur, initialement prévue le 1er septembre 2019, au 1er mai 2018. D'autre part, en ce qui concerne la possibilité de faire appel au référendum en tant qu'outil de validation d'un accord collectif d'entreprise (dans le cas d'un syndicat ayant recueilli moins de 50 % mais au moins 30% des voix exprimées, cf. loi El Khomri), elle a été ouverte à un nouveau titulaire : l'employeur. Cependant, l'exercice de ce droit par ce dernier est conditionné à l'absence d'opposition des organisations syndicales signataires.

En somme, l'exigence majoritaire a connu le développement suivant : sa mise en œuvre en tant qu'une condition de validité exclusivement des accords au niveau de l'entreprise et seulement sous une modalité négative (1982), la généralisation à tous les niveaux et la création de la modalité positive en tant que modalité alternatif (2004), l'imposition des deux modalités comme conditions cumulatives (2008), l'exclusivité de la modalité positive au niveau de l'entreprise (2016), la création de la voie du référendum aux syndicats des salariés (2016) et l'ouverture de l'initiative du référendum à l'employeur (2017).

En conséquence, l'exigence majoritaire est actuellement remplie, en somme :

- 1) au niveau de l'entreprise²⁶⁸ et de l'établissement, par la signature d'organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés ou par référendum convoqué par des syndicats représentant au moins 30 % des salariés ou par l'employeur, lorsqu'il est approuvé par la moitié des suffrages exprimés ; et
- 2) au niveau de la branche et des accords nationaux interprofessionnels, par la signature d'organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés et l'absence d'opposition d'organisations ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés (la validité des accords et conventions collectives à ces niveaux est encore soumise à la double majorité).

D'une certaine façon, cette approche historique démontre qu'initialement l'évolution et le renforcement de l'exigence majoritaire en tant que condition de validité des conventions et accords collectifs étaient accompagnés d'une préoccupation sur l'ouverture croissante²⁶⁹ du droit du travail français aux dérogations par le biais de la négociation collective. Toutefois, la création de la voie du

²⁶⁸ Les règles sont néanmoins différentes pour les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, qui varient selon l'effectif habituel.

²⁶⁹ « Cette tendance est facilitée par la loi Fillon du 4 mai 2004 qui autorise, sous certaines conditions, les accords d'entreprise à déroger aux stipulations des conventions de branche. La loi du 20 août 2008 accentue cette évolution en faisant jouer un rôle essentiel aux accords d'entreprise dans l'organisation du temps de travail (contingent annuel d'heures supplémentaires, forfaits en jours et heures, aménagement du temps de travail sur plusieurs semaines, jusqu'à l'année). La loi du 8 août 2016 a amplifié ce mouvement, en matière de durée du travail et des congés, en faisant prévaloir les accords d'entreprise sur les accords de branche ». DOCKES, Emmanuel ; AUZERO, Gilles, *op. cit.*, p. 1619.

référendum dans les cas où les syndicats majoritaires n'aboutissent pas à la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif avec les seuils nécessaires à leur validité, ainsi que la possibilité d'utilisation de cette voie à l'initiative de l'employeur et directement dans certaines entreprises, sans aucune négociation collective préalable²⁷⁰, représente un coup dur à la cohérence de l'ordonnement de la démocratie sociale et à l'exercice du droit de la négociation collective.²⁷¹

b. L'absence du critère majoritaire au Brésil : une conséquence de l'unicité syndicale

Au Brésil, en raison du système de syndicat unique, il n'existe pas de critère majoritaire parmi les conditions de validité d'une convention ou d'un accord collectif. Comme déjà indiqué, seul le syndicat représentant une *catégorie professionnelle* dans une certaine base territoriale possède automatiquement le monopole pour les signer, au nom des salariés concernés.

Dans ce contexte, l'application d'une convention ou d'un accord collectif ne suscite pas la question préalable de savoir s'ils ont été signés par un syndicat majoritaire ou approuvés par référendum selon les seuils prévus par la législation (comme en France), mais celle de savoir si l'employé fait partie de la catégorie professionnelle représentée officiellement par le syndicat signataire, unique dans le champ correspondant. Si la réponse est positive, l'employé a droit, en conséquence, au statut collectif correspondant.

La représentativité syndicale étant l'unique l'élément essentiel de la légitimité pour signer les conventions et accords collectifs, les litiges sur la reconnaissance du syndicat représentant deviennent nombreuses, tant dans le domaine individuel (entre l'employeur et le salarié réclamant un bénéfice prévu dans un certain statut collectif), que dans le domaine collectif (entre syndicats qui revendiquent être le seul représentant d'une certaine catégorie²⁷²). Ainsi, ceci renforce l'idée selon laquelle le cadre de la représentativité syndicale au Brésil (comme exposé au sous-titre II) – ainsi que le champ d'application d'une convention ou accord collectif – est mesuré non par les élections professionnelles, mais par l'appréciation, souvent judiciaire, des frontières de chaque catégorie professionnelle.

Cette indépendance de la représentativité syndicale par rapport à la volonté des salariés pose des problèmes quant au caractère démocratique des conventions et accords collectifs encore plus profonds que ceux pointés en France à l'égard de l'utilisation de la voie du référendum en tant que mode de déclinaison de l'exigence majoritaire, surtout compte tenu de l'actuel contexte d'accroissement du

²⁷⁰ Dans les entreprises de moins de 50 salariés et dépourvues de délégués syndicaux. C. trav., arts. L. 2232-21, L. 2232-22, L. 2232-23-1.

²⁷¹ BÉLIER, Gilles. *Le référendum : halte au feu !* Semaine sociale Lamy 2016, n° 1712.

²⁷² L'intérêt à agir d'un syndicat brésilien dans ce type d'action collective se situe tant dans la reconnaissance du pouvoir de recevoir et de gérer les cotisations syndicales, que dans la légitimité de mener l'action de substitution.

rôle dérogatoire de la négociation collective.

Hormis cette spécificité essentielle, les conditions de validité des conventions et accords collectifs en France et au Brésil ne font pas l'objet de différences remarquables²⁷³.

3. Les conditions d'application

Dans le domaine des conditions d'application, enfin, les différences de base entre les systèmes français et brésilien des relations collectives concernant la liberté syndicale entraînent également certaines distinctions remarquables. Nous n'étudierons d'abord que les conditions qui déterminent le champ d'application des conventions ou accords collectifs, vue que les enjeux relatifs à leur articulation avec les contrats de travail feront l'objet de la partie 3 de la recherche.

a. L'engagement par la signature ou l'adhésion à une organisation signataire en France : le principe d'effet relatif

En France, c'est la situation de l'entreprise et non celle du salarié qui détermine la convention collective applicable. En principe, cette application est régie par un effet relatif, selon lequel « seuls sont liés par une convention collective les employeurs qui l'ont signée, directement ou par l'intermédiaire d'une organisation patronale dont ils sont membres »²⁷⁴. L'engagement de la partie patronale peut également avoir lieu lorsque la convention collective est déjà en vigueur, par le biais de leur adhésion. Cet effet est présent à tous les niveaux de la négociation collective, y compris celui de la négociation de branche ou interprofessionnelle. Dans ces cas, la signature ou l'adhésion peuvent être réalisées à l'initiative de n'importe quelle entreprise intégrant le champ d'application stipulé librement dans la convention collective²⁷⁵.

Ainsi, en règle générale, un acte de volonté de la partie patronale constitue une condition de son application, hormis deux exceptions : les mécanismes d'extension et d'élargissement.

Dans le but de réduire les distorsions de conditions de travail et d'avantages collectifs entre les salariés d'un même secteur d'activité, dans la même circonscription géographique²⁷⁶, une extension de la convention collective de branche ou interprofessionnelle peut être mise en place au moyen d'un arrêté ministériel. Sa conséquence principale repose sur l'application de la convention « étendue » à tous les employeurs de son champ professionnel et territorial, même s'ils ne sont ni signataires/adhérents,

²⁷³ Par exemple, les conditions concernant la forme – écrite (C. trav., art. L. 2231-1 et CLT, art. 613, paragraphe unique) – et la publicité.

²⁷⁴ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa., *op. cit.*, p. 565.

²⁷⁵ C. trav., arts. L. 2261-5 et L. 2261-6.

²⁷⁶ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa., *op. cit.*, p. 566.

ni membres d'une organisation signataire/adhérente²⁷⁷. Pour être soumise à l'extension, la convention collective doit être valable, « complète » – traitant de manière large tous les aspects du statut des salariés²⁷⁸ – et conclue au sein d'une commission paritaire de négociation²⁷⁹.

L'élargissement de la convention collective, quant à lui, consiste en une modification du champ professionnel ou géographique lui-même. Également par le biais d'un arrêté ministériel, le champ d'application de la convention collective peut être élargi, de manière à englober une zone où soit il n'existe pas de négociateurs, soit ceux-ci sont inactifs depuis au moins cinq ans²⁸⁰. Pour être élargie, la convention collective doit déjà avoir fait l'objet d'une extension.

c. L'appartenance aux catégories économiques et professionnelles au Brésil : autre conséquence de l'unicité syndicale vers un effet absolu ?

Si, dans le cadre du champ d'application des normes négociées, il existe en France un effet relatif vis-à-vis la partie patronale, on peut dire qu'au Brésil, il existe un type d'effet absolu. Même si c'est la situation de l'entreprise et non celle du salarié ce qui constitue le critère déterminant de l'application, l'expression de sa volonté ne constitue une condition essentielle qu'au niveau de l'entreprise : autrement dit, pour l'application desdits « accords collectifs du travail » (en son sens en droit du travail brésilien). Certes, en absence de signature de l'employeur, l'accord collectif – qui s'insère forcément au niveau d'entreprise – n'existe même pas.

Toutefois, en ce qui concerne le niveau de la branche, la signature du syndicat de la catégorie économique rend la convention collective impérative vis-à-vis de toutes les entreprises qui s'insèrent dans cette catégorie. On rappelle que l'encadrement dans ce périmètre de représentation est automatique selon l'activité prépondérante exercée par l'entreprise. La structure syndicale brésilienne fondée sur la notion d'*unicité* influence alors les conditions d'application des instruments négociés par les syndicats.

Un tel effet absolu des conventions collectives dans l'ensemble des champs professionnel et géographique de la convention – définis non librement mais par les contours des syndicats officiels signataires – présente des avantages lorsque la négociation collective vise à instaurer des bénéfices aux salariés de la catégorie professionnelle correspondante. En revanche, dans les contextes de larges dérogations *in pejus* à la loi, cet effet joue en faveur des employeurs et de la généralisation de la flexibilisation du droit du travail par le biais de la négociation collective.

²⁷⁷ C. trav., L. 2261-15.

²⁷⁸ En ce sens, par exemple, les conventions de branche nationales doivent traiter obligatoirement les sujets mentionnés à l'article L. 2261- 22 du Code du travail pour être susceptibles d'extension. Cependant, l'article L. 2261- 27 du Code du travail prévoit qu'une convention collective lacunaire peut être étendue dans certains cas.

²⁷⁹ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa., *op. cit.*, p. 567.

²⁸⁰ C. trav., arts. L. 2261- 17 et L. 2261-18.

Il y a néanmoins une exception : les statuts collectifs des salariés intégrant la *catégorie professionnelle différenciée*. Lorsque la convention collective est signée par un syndicat « de métier » (ce qui constitue en soi une exception), et non par les traditionnels syndicats « de catégorie », l'entreprise n'est engagée que dans les cas où elle signe ou adhère ultérieurement à la convention collective²⁸¹. Dès lors, pour les salariés exerçant une profession ou fonction différenciée en raison de l'existence d'un statut professionnel spécial ou de conditions de vie singulières²⁸², c'est à l'employeur de déterminer si la convention collective sera applicable, alors que sur les conditions de travail des salariés intégrant la catégorie professionnelle « traditionnelle » (attachée à l'activité prépondérante de ce même employeur et pas au métier), l'employeur n'a aucun choix.

En conclusion, les différences de base entre les systèmes juridiques brésilien et français, dont l'examen est essentiel pour la démarche comparative du droit de la négociation collective, reposent sur les notions de dialogue social, de liberté syndicale et sur quelques aspects des normes négociées. Sous ces piliers, on observe que ce sont tant les fondements théoriques de la négociation collective, que l'*unicité/pluralité* syndicale, les clés de décryptage des principaux enjeux de départ suscités par la négociation collective dans ces deux pays. En ayant une certaine maîtrise de ces outils de lecture, les récentes réformes législatives portant sur cette matière seront alors analysées.

²⁸¹ Énoncé (*súmula*) n° 374 du Tribunal Superior do Trabalho brésilien.

²⁸² CLT, art. 513, §3°.

Partie 3. Les réformes du droit de la négociation collective en 2017

Après avoir procédé à l'examen de certaines différences de base entre les systèmes juridiques des relations collectives de travail français et brésilien, nous pouvons démarrer l'analyse des réformes mises en place sur le terrain du droit de la négociation collective en France et au Brésil en 2017, en réduisant les risques de comparer l'incomparable et de faire preuve d'imprécisions terminologiques importantes.

Tout d'abord, les similitudes seront examinées selon quatre domaines : le domaine discursif, le domaine procédural, celui portant sur l'objet même des réformes et enfin celui portant sur les effets dans le cadre judiciaire. Ensuite, certaines différences en termes de discours et d'objet seront également exposées.

I. Similitudes

A. Au niveau discursif

Concernant ce premier domaine, il faut d'abord s'interroger : quels sont les discours construits autour des réformes du droit de la négociation collective ? Quelles sont leurs justifications ? Pour déceler ces aspects discursifs, une option méthodologique s'impose à l'égard des sources analysées. Certes, les réformes législatives de 2017, tant au Brésil qu'en France, s'insèrent dans des contextes complexes du point de vue politique, économique, sociologique, juridique, etc., où de nombreux présupposés, conceptions et justifications s'entrecroisent. Compte tenu de ces éléments et de l'accent plutôt juridique de notre étude, nous nous concentrerons sur l'analyse de rapports, débats législatifs et exposés des motifs. Ces documents portent « *la parole réformatrice officielle* » issue des acteurs directement impliqués dans le processus de leur approbation.²⁸³

Dans ce contexte, il est possible d'observer dans les deux pays la coexistence d'un « discours de crise » et d'un « discours démocratique ». En France, les deux sont entrés en tension depuis les années 1980²⁸⁴.

1. Le discours de crise : résoudre l'inefficacité économique

Le « discours de crise » ne se réfère pas forcément à une notion de crise *stricto sensu*, mais plutôt à la tension permanente entre droit du travail et économie. Lorsque la dynamique de cette branche du

²⁸³ Il faut néanmoins reconnaître que les rhétoriques adoptées par ces acteurs ne constituent que l'un des soubassements des réformes.

²⁸⁴ JEAMMAUD, Antoine ; FAVEREAU, Olivier. *Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ?* Rev. trav., 2017. P. 576.

droit est estimée comme étant à l'origine de nouvelles crises d'inefficacité dans un secteur ou sur un aspect donné de l'économie, le droit du travail est appelé à se transformer, à se soumettre aux exigences du marché concurrentiel, à être efficient.²⁸⁵

Deux piliers principaux sont évoqués sous cette perception particulière du droit du travail : le besoin d'adaptabilité vis-à-vis des exigences économiques, à partir de la construction d'un droit moins rigide et plus flexible ; et, parallèlement, le besoin de renforcement de la sécurité juridique et de la prévisibilité pour les acteurs économiques, lié à l'idée de « sécurisation » des rapports de travail. Derrière cette conception se pose d'ailleurs la question des fonctions du droit du travail dans le capitalisme et de sa nature ambivalente²⁸⁶.

En France, d'abord, « s'il est un postulat premier auquel s'arrime cette réforme du droit du travail, c'est celui selon lequel il conviendrait de rénover un modèle "en crise", parce qu'incapable d'affronter les défis de notre temps »²⁸⁷. En ce sens, l'étude d'impact du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social annonçait déjà :

« Largement issue d'une époque dominée par le modèle de la grande entreprise industrielle, l'empreinte législative et réglementaire du droit du travail est lourde et mal adaptée à la réalité des entreprises, confrontées à la rapidité de la mouvance de leurs organisations productives, aux évolutions du travail accélérées par les transformations numériques, à la variété des configurations juridiques. La vocation protectrice et régulatrice des règles peut être interrogée au plan social et jugée inefficace au plan économique »²⁸⁸.

Face à ce « diagnostic » concernant l'état des lieux en France, il a été défendu que seul un droit du travail négocié pourrait faire face à ce contexte de forte variabilité, dans la mesure où il éviterait une réponse législative à chaque fois qu'une situation particulière se ferait jour. La lecture de l'exposé des motifs de la loi d'habilitation elle-même est aussi éclairante²⁸⁹ : le projet de loi viserait, parmi d'autres ambitions, « à rendre les règles régissant la relation de travail plus prévisibles et plus sécurisantes pour l'employeur comme pour les salariés »²⁹⁰.

Ainsi, la négociation collective a été présentée comme l'outil le plus adéquat à la fois pour répondre aux appels d'adaptation de l'organisation du travail et pour apporter la sécurisation que des

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ JEAMMAUD, Antoine. « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », *op. cit.*

²⁸⁷ GEA, Frédéric. *Les soubassements de la réforme*. Rev. trav., 2017. P. 593.

²⁸⁸ Étude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. NOR : MTRX1717150L/Bleue-1. 27 juin 2017, art. 1er.

²⁸⁹ RADE, Christophe. *Maelström*. Dr. soc., 2018. P. 109.

²⁹⁰ Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

interventions législatives successives ne sont pas parvenues à procurer. Le moteur de ces adaptations serait d'éviter un droit *inefficace* par rapport aux besoins de l'économie. En effet, « c'est l'efficacité économique qui sous-tend les changements consacrés par la série d'ordonnances »²⁹¹.

Au Brésil également, la conception selon laquelle la pertinence de certaines règles dépend de leur aptitude à favoriser ou, au contraire, à entraver des opérations économiques a été aussi présente dans la rhétorique sous-tendant la réforme du droit de la négociation collective. Le rapport du projet de loi présenté devant la Commission des Affaires Économiques du Sénat, par exemple, mentionnait ce qui suit :

« Le futur, c'est ce que nous faisons maintenant. Et le futur est d'approuver la réforme travailliste pour créer un marché du travail qui fonctionne pour tous, qui gère les opportunités pour tous et qui permette que les Brésiliennes et les Brésiliens réalisent tout leur potentiel et s'orientent vers la prospérité »²⁹² (traduction libre)

L'appel à la notion de crise, néanmoins, s'est montré plus profond que celui mené en France. En dépassant la justification autour de l'existence d'une « crise » du modèle du droit du travail – bien qu'aussi présente – la rhétorique réformatrice brésilienne a également érigé le projet de loi comme un instrument permettant d'affronter spécifiquement la crise économique que le pays traverse²⁹³. Cette argumentation est symbolisée par le discours de l'un des députés défenseurs de la réforme lors de l'audience d'approbation. Selon celui-ci : « Le chômage, c'est le plus grand défi. Aujourd'hui, la Chambre des Députés peut franchir le premier pas vers le dépassement de cette crise, de la plus grande récession de l'histoire brésilienne »²⁹⁴.

Le second pilier de cette première perspective discursive est également apparu parmi les débats législatifs au parlement brésilien. Un autre député défenseur de la réforme a été clair : « Alors, cette insécurité juridique est la raison pour laquelle nous devons faire cela. Il faut avoir plus de sécurité juridique. Ce qui est négocié va prévaloir sur ce qui est légiféré, la convention collective va avoir de la valeur. »²⁹⁵

2. Le discours démocratique : renforcer la légitimité du droit du travail

Si le « discours de crise » en appelle aux effets supposés avantageux de la réforme du droit de la

²⁹¹ GEA, Frédéric. *Les soubassements de la réforme*, op. cit.

²⁹² Senador Ricardo Ferraço, Parecer n° 34, de 2017 CAE. 06/06/2017, op. cit, p. 16.

²⁹³ Dont la portée est controversée parmi les chercheurs brésiliens et souvent instrumentalisée en vue de différents intérêts politiques internes.

²⁹⁴ Deputado Marcos Pestana, PSDB/MG. Sessão Deliberativa Extraordinária. Sessão: 094.3.55.O. 26/04/2017. Disponible en « <http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/deputado-marcus-pestana-1> ». Consulté le 10/04/2018.

²⁹⁵ Deputado Celso Maldaner, PSDB/SC. Sessão Deliberativa Extraordinária. Sessão: 094.3.55.O. 26/04/2017. Disponible en « <http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/deputado-celso-maldaner-1> ». Consulté le 10/04/2018.

négociation collective, le « discours démocratique », en revanche, met l'accent sur les acteurs de la production normative. Le renforcement de la participation des travailleurs à travers la négociation collective serait en soi bénéfique. Sous cet angle, le recours à cet outil par le discours réformateur est identifié au renforcement de l'idée démocratique et, ensuite, à la légitimité du droit du travail à être construit de préférence par ceux qui connaissent les besoins quotidiens des rapports de travail.

En France, ce discours est tellement fort qu'il a traversé de nombreuses autres réformes législatives portant sur la négociation collective²⁹⁶, en prenant appui sur un appareil lexico-juridique et des représentations particulières qui n'ont pas la même portée au Brésil²⁹⁷.

Ce discours apparaît bien évidemment dans l'exposé des motifs de la loi de ratification des ordonnances prises le 22 septembre 2017²⁹⁸, selon laquelle l'un des axes structurants de la réforme a été « la confiance apportée aux entreprises et aux salariés en leur donnant la capacité d'anticiper et de s'adapter de façon simple, rapide et sécurisée, par des accords d'entreprise et de branche adaptés ». En ce sens, en référence surtout à une idée de démocratie au niveau de l'entreprise, la réforme serait fondée sur « la confiance et l'intelligence collective des entreprises, des salariés et de leurs représentants, au premier rang desquels les organisations syndicales ».

La rhétorique de la « promotion de la démocratie » par le biais de l'accroissement de la participation de ces acteurs n'est pas néanmoins construite de manière abstraite, déconnectée des intérêts en jeu. Elle relève aussi de stratégies d'attribution de responsabilités aux acteurs sociaux à l'égard de la production normative et de légitimation de la flexibilité du droit du travail en découlant.²⁹⁹ La négociation collective telle qu'issue de cette dernière réforme ne doit ainsi pas être vue comme une fin en soi, mais comme un outil.

Dans cette perspective, la ministre du Travail, dans son discours relatif au projet de loi de ratification des ordonnances adressé aux membres de l'Assemblée nationale, a annoncé : « Nous créons les conditions d'un dialogue social renforcé et qui responsabilise les acteurs ». Cependant, une telle responsabilisation des partenaires sociaux est alors présentée comme « une véritable incitation à un dialogue social de qualité »³⁰⁰.

²⁹⁶ JEAMMAUD, Antoine ; FAVEREAU, Olivier. *Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ?*, op. cit.

²⁹⁷ Selon l'examen au deuxième chapitre.

²⁹⁸ Exposé des motifs - LOI n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

²⁹⁹ JEAMMAUD, Antoine. *Un débat difficile et nécessaire*, op. cit.

³⁰⁰ Discours de Muriel PENICAUD, Ministre du Travail. Assemblée Nationale – Séance Publique. Mardi 21 novembre 2017

Toutefois, en dépit des objectifs annoncés, cette réforme du droit de la négociation collective en 2017, gérée par « le choix d'adapter le droit du travail de ce pays aux exigences d'une économie de marché mondialisée », ne semble pas nourrir l'idée démocratique dans le droit du travail en France, mais la gangréner³⁰¹. En ce qui concerne la négociation collective au niveau de l'entreprise, par exemple :

« Favoriser, stimuler, la conclusion d'accords d'entreprise ne promet aucun supplément de démocratie - sous forme de décentralisation accrue de la production des normes du travail - si le contexte et les conditions de conclusion de ces actes n'assurent pas que les salariés ou ceux qui les représentent disposent d'un véritable pouvoir de négociation ! »³⁰²

Au Brésil, en revanche, le discours démocratique – bien que présent – n'a pas connu la même portée que le discours de crise, qui s'est avéré très fréquent pendant tout le processus de rédaction, des débats et d'approbation de la réforme.

En tout état de cause, on peut également dégager, dans ce pays, la défense d'une certaine relation entre négociation collective, légitimité renforcée du droit du travail et démocratie. Au sein de l'exposé des motifs du projet de loi³⁰³, le développement de la négociation collective est d'abord présenté comme le résultat du processus de redémocratisation du pays après le régime dictatorial. En ce sens, « le Brésil, depuis la redémocratisation de 1985, évolue vers le dialogue social entre travailleurs et employeurs. La Constitution fédérale de 1988 est un jalon dans ce processus, dans la mesure où elle reconnaît, dans son article 7°, XXVI, les conventions et accords collectifs ». Cette information n'est pas en soi fautive, ce qui ne signifie néanmoins pas que tout type de renforcement de la négociation collective soit automatiquement source de démocratie. Toutefois, l'exposé des motifs affirme ensuite que, dans ce contexte, une supposée « maturation des relations entre le capital et le travail » conquise progressivement par les travailleurs à travers la négociation collective serait une justification de l'éloignement de l'État dans ce domaine.

B. Au niveau procédural : un paradoxal déficit démocratique ?

Quant au niveau procédural de ces réformes, un paradoxal déficit démocratique est souvent pointé par les acteurs des deux pays, en dépit des remarquables différences techniques entre les processus parlementaires choisis. Étudier ces réformes également au prisme de la démocratie, non seulement sous la perspective discursive (qui néanmoins essaie de l'intégrer) permet d'en éclairer davantage les enjeux, dans la mesure où cette étude contribue à dévoiler le cadre complexe dans lequel elles se sont révélées très controversées au sein de la classe politique elle-même, de la classe ouvrière et parmi des

³⁰¹ JEAMMAUD, Antoine ; FAVEREAU, Olivier, *op. cit.*

³⁰² *Idem.*

³⁰³ EM n° 00036/2016 MTB, 22 décembre 2016. Projet de loi n° 6.787/16. Disponible sur « http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016 ». Consulté le 10/04/2018.

juristes. Ainsi, on franchit ce deuxième pas préalable à l'analyse de l'objet lui-même et des modifications législatives mises en place, afin d'examiner leur niveau procédural.

1. Le recours aux ordonnances en France

En France, la réforme a été mise en œuvre par le biais de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, qui constitue l'une des cinq ordonnances signées par le Président de la République dans le but de réformer le droit du travail.

Cette méthode met en place « une réduction de l'intervention parlementaire sur la fabrique de la loi »³⁰⁴, dans la mesure où son élaboration et son application échappent au travail des députés. Exception faite de la loi d'habilitation – par le biais de laquelle le Parlement autorise le gouvernement à prendre lui-même des mesures normalement du domaine de la loi – et de la loi de ratification, sans laquelle l'ordonnance devient caduque et ne parvient pas à posséder la qualité de loi³⁰⁵. Les ordonnances, une fois autorisées par le Parlement, sont prises d'abord en Conseil des Ministres, sont ensuite signées par le Président de la République et entrent en vigueur dès leur publication.

En conséquence, le choix du recours aux ordonnances est en soi légal et constitutionnel, ce qui n'empêche pas néanmoins que des questions sur sa légitimité et son sens démocratique se posent³⁰⁶.

Pour mieux dégager le contexte majeur dans lequel ces questions s'insèrent, il faut rappeler que ce mouvement réformiste de 2017 constitue un certain prolongement de la dynamique de la loi du 8 août 2016, dite loi « Travail » : non seulement du point de vue de leur objet – comme déjà souligné brièvement dans cette recherche – mais aussi du point de vue politique. Sous réserve bien sûr des principales distinctions politico-idéologiques entre le gouvernement de Manuel Valls et celui d'Édouard Philippe, malgré leur influence dans les dynamiques législatives menées pendant les quinquennats correspondants³⁰⁷, il faut reconnaître que le recours à la procédure de l'article 49-3 de la Constitution dans le cadre d'approbation de la loi Travail avait déjà ouvert le terrain à de profondes critiques autour du déficit démocratique des réformes du droit du travail³⁰⁸.

³⁰⁴ GOURGUES, Guillaume ; YON, Karel. *Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron*. Rev. trav., 2017. P. 625.

³⁰⁵ Constitution du 4 octobre 1958, art. 38.

³⁰⁶ GOURGUES, Guillaume ; YON, Karel, *op. cit.*

³⁰⁷ Respectivement, Ministre du Travail pendant la Présidence de François Hollande (2011-2016) et celui de l'actuel Président d'Emmanuel Macron.

³⁰⁸ Cette procédure permet au Premier ministre de faire adopter le projet de loi par l'Assemblée nationale sans vote des députés, à partir de l'engagement de responsabilité du gouvernement : « Le Premier ministre peut, après délibération du Conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session. » Constitution du 4 octobre 1958, art. 49-3.

En outre, il ne faut pas négliger non plus l'influence du fort mouvement d'opposition au projet de la loi « Travail » du printemps 2016 dans le choix de l'instrument de l'ordonnance. En effet, le gouvernement d'Édouard Philippe a quand même annoncé que légiférer par ordonnances aurait l'avantage d'éviter de longs débats parlementaires et ainsi d'assurer une certaine rapidité. En ce sens, « il est manifeste que la méthode a été conçue en cherchant à éviter les maladroites qui avaient présidé à la fabrication de la « loi Travail », dont, malgré tout, les discussions, y compris hors du Parlement, avaient permis de faire évoluer le contenu »³⁰⁹.

Certes, l'annonce précoce par Emmanuel Macron du recours aux ordonnances, avant même les élections présidentielles³¹⁰, met davantage en évidence l'objectif fort de procéder rapidement à une réforme du droit du travail, échappant à une partie importante du débat parlementaire :

« En effet, il est frappant de constater que la méthode de réforme a été annoncée avant son contenu, qui ne sera livré en définitive que tardivement. Le choix des ordonnances est donc un signifiant politique, un symbole, censé adresser un message clair : il faut agir « vite », dès que le suffrage universel aura confié les responsabilités gouvernementales à un camp. Les ordonnances sont donc appuyées sur un registre de légitimation spécifique, à savoir celui de la « vitesse », présentée comme une garantie d'efficacité. Le marché du travail doit être réformé sans attendre, en raison de l'urgence économique, rappelée par les dirigeants patronaux au lendemain des élections présidentielle et législatives. »³¹¹

En ce sens, l'assimilation de la méthode des ordonnances à l'« accélération » d'une réforme renvoie à une notion particulière de la démocratie : celle selon laquelle « les débats parlementaires, le dialogue avec les partenaires sociaux, l'échange argumentatif et l'expression des divergences d'intérêt sont des pertes de temps »³¹². Cette tension entre participation démocratique et « efficacité législative » révélerait que « les institutions démocratiques sont trop “lentes” et “inadaptées”, et ne correspondent plus à un autre temps, celui de l'économie, qui impose une capacité d'adaptation immédiate »³¹³.

Cette forme d'évasion vers une délibération publique plus large et la confrontation d'intérêts interrogent d'ailleurs sur le sens du « dialogue social » que les ordonnances du 22 septembre 2017 entendaient refonder³¹⁴.

2. La rupture institutionnelle et l'adoption du régime d'urgence dans le parcours parlementaire au Brésil

³⁰⁹ GEA, Frédéric. *Les soubassements de la réforme*, op. cit.

³¹⁰ L'annonce est faite lors d'une interview donnée au *Journal du Dimanche*, le 9 avr. 2017. GOURGUES, Guillaume ; YON, Karel, op. cit.

³¹¹ GOURGUES, Guillaume ; YON, Karel, op. cit.

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*

Au Brésil, la réforme a été mise en place par la loi n° 13.467/17, approuvée en un temps record³¹⁵. Bien qu'elle ait été soumise à une procédure législative essentiellement au sein du Parlement, à la différence de ce qui s'est passé en France, son parcours révèle un indéniable déficit démocratique. Pour le comprendre, il faut souligner tout d'abord qu'une réforme aussi profonde (altérant au total plus de 200 dispositions de la Consolidation des Lois du Travail brésilienne³¹⁶), si impopulaire³¹⁷ et autant critiquée par les juristes n'a pu avoir lieu qu'en raison du contexte de forte rupture institutionnelle que le pays a récemment traversé. Certes, même pendant les gouvernements fortement influencés par le néolibéralisme que la jeune démocratie brésilienne a connus dans les années 1990, les forces patronales présentes au Parlement n'ont jamais abouti à approuver la réforme du droit de la négociation collective³¹⁸.

En fait, l'*impeachment* de la Présidente Dilma Rousseff (du Parti des Travailleurs, PT) en 2016³¹⁹ et son remplacement par le vice-président Michel Temer (du Parti du Mouvement Démocratique Brésilien – PMDB), en août 2016, a préparé le terrain. L'*impeachment* constitue une procédure légale au Brésil, mise en place par le Parlement et prévue pour la destitution de la présidence de la République dans les cas où certains actes sont commis à l'encontre la Constitution³²⁰. En 2016, néanmoins, il a été la conséquence directe de plusieurs autres ambitions, parmi lesquelles l'intérêt

³¹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; ROCHA, Bruno Gilga Sperb. "A história da ilegitimidade da Lei nº 13.467/17". In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; SEVERO, Valdete Souto (org.). *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. Expressão Popular. São Paulo : 2017. P. 15.

³¹⁶ L'objet de la réforme fut extrêmement large. Au-delà du droit de la négociation collective, la loi n° 13.467/17 a modifié, par exemple, de règles sur le contentieux social, les contrats à temps partiel, l'externalisation, le télétravail, la rupture conventionnelle collective, le temps du travail, le congé annuel payé, les salaires, les conditions de santé et sécurité, etc.

³¹⁷ Selon l'institut de recherche Datafolha, en 02/05/2017, 64% de la population brésilienne estimait que la réforme aurait bénéficié plutôt au patronat. Disponible sur « <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/05/1880398-maioria-rejeita-reforma-trabalhista.shtml> ». Consulté le 04/04/2018. D'ailleurs, « lors d'une consultation réalisée le 11 juillet 2017 sur le site *e-Cidadania* du Sénat, l'on observe un écart gigantesque entre les citoyens qui soutenaient le projet de loi, avec 16.788 votes en faveur, confrontés aux 172.147 votes contre l'approbation du PL 38/2017. SOUZA, Roberta de Oliveira. *Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da reforma trabalhista considerando os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da lei 13.467, de 2017*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 985, p. 243-261, nov. 2017.

³¹⁸ PAIXÃO, Cristiano ; LOURENÇO FILHO, Ricardo. *Entre a indisponibilidade e a negociação: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho*. Rev. TRT 10^o Região, Brasília, v. 15/18, p.229-241, 2006/2009.

³¹⁹ Depuis lors, le débat autour de la légitimité et de la légalité de cette procédure a été l'objet d'intenses discussions au Brésil. L'idée selon laquelle il s'agit d'un vrai coup d'État est de plus en plus présente dans le débat politique et académique. En ce sens, très nombreuses sont déjà les universités qui proposent aux étudiants une matière spécifique de sciences politiques portant sur le « putsch de 2016 » et le futur de la démocratie au Brésil. Le professeur pionnier de ce mouvement universitaire, Luis Felipe Miguel, de l'Université de Brasília, a été publiquement menacé par le ministre de l'Éducation de l'actuel gouvernement Temer d'être poursuivi administrativement pour ce qu'il a considéré comme un « militantisme partisan » du professeur. Plus de détails sur : « <https://oglobo.globo.com/brasil/2018/02/21/3046-mec-vai-acionar-mpf-contra-disciplina-da-unb-sobre-golpe-de-2016> » Consulté le 04/04/2018. Sur la production académique en ce sens, V. : JINKINGS, Ivana ; DORIA, Kim ; CLETO, Murilo. (orgs). *Por que gritamos golpe ? Para entender o impeachment e a crise política no Brasil*. São Paulo : Boitempo. 2016.

³²⁰ Constituição Federal de 1988, art. 85.

réformiste d'élites patronales et politiques³²¹ annoncées depuis longtemps³²² – ce lien étant même confirmé par les acteurs en question, avant et après cette rupture.

C'est ainsi que, déjà dans un discours en avril 2016, le Président de la Confédération Nationale de l'Agriculture et de l'Élevage avait dit devant les députés « ruralistes » que « changer le pays, reconstruire l'économie, faire les réformes structurelles, par exemple celle du régime de la sécurité sociale et de la législation travailliste, sont des tâches complexes à exécuter depuis l'approbation de l'*impeachment*. »³²³ En outre, le député rapporteur du projet de loi qui a mis en place la réforme, pendant une audience publique au Sénat, en mai 2017, « a avoué explicitement que la « réforme » a été fruit d'une « rupture du processus démocratique »³²⁴, même s'il y restait favorable.

Quant à l'appréciation parlementaire du projet de loi portant la réforme – présenté par le « nouveau Président de la République » quatre mois après l'*impeachment* – il faut observer que le « régime d'urgence » a initialement été rejeté par la Chambre de Députés. Cependant, en mettant davantage en évidence l'absence de compromis vis-à-vis des procédures démocratiques, la même question a été remise en votation le jour suivant et finalement approuvée.³²⁵ Sous ce régime, certaines formalités sont coupées du parcours parlementaire tandis que le temps pour les débats est également réduit³²⁶. Envoyé ensuite au Sénat, le projet a également suivi le régime d'urgence.

Entre autres, il ne faut pas négliger non plus le cadre du débat « hors parlement », où une forte répression policière vis-à-vis des manifestations populaires et des mouvements sociaux a été mise en place³²⁷ :

« Comme on le sait, depuis la présentation du projet, et pendant toute la procédure législative, il y a eu une absence complète de participation de la société, surtout de ceux qui seraient les plus directement affectés par le sujet. Si une partie y a participé, ce fut uniquement celle relative à l'organisation syndicale des employeurs, qui ont exercé une influence décisive dans la construction d'un modèle totalement favorable au patronat. »³²⁸

³²¹ ALVES, Giovanni. *O golpe de 2016 no contexto da crise do capitalismo neoliberal*. Blog da Boitempo, 08/06/2016. Disponible sur « <https://blogdaboitempo.com.br/2016/06/08/o-golpe-de-2016-no-contexto-da-crise-do-capitalismo-neoliberal/> ». Consulté le 04/04/2018.

³²² Cela ne veut pas dire néanmoins que le gouvernement du Parti des Travailleurs était forcément protecteur de ceux mentionnés dans son titre. La politique de « conciliation de classes » établie depuis la période luliste (2002-2010) au nom de la « gouvernabilité » avait déjà préparé le terrain pour d'autres mesures de flexibilisation des droits des travailleurs. En ce sens, par exemple, en décembre 2014, les MPs 664 et 665, signées par Dilma Rousseff, avaient déjà limité certains droits travaillistes et de la sécurité sociale, comme l'allocation chômage. V. : COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr. 2009.

³²³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; ROCHA, Bruno Gilga Sperb, *op. cit.*, p. 18.

³²⁴ *Ibid*, p. 25.

³²⁵ *Ibid*, p. 23-24.

³²⁶ Règlement intérieur de la Chambre des Députés, art. 157.

³²⁷ Michel Temer a d'ailleurs signé, le 24 mai 2017, un décret autorisant les Forces Armées à intervenir dans une grosse manifestation prévue contre les réformes travaillistes et de la sécurité sociale (publié au DOU du 24/05/2017, *edição extra*). Fortement critiqué pour la mesure, il l'a révoquée 24 heures après.

³²⁸ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. « A negociação coletiva e a lei 13.467/17 : resistindo à interpretação regressiva ». In : *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*, *op. cit.*, p. 445-446.

(traduction libre).

En ce sens, plusieurs auteurs s'interrogent sur la conformité de la loi n° 13.467/17 réformant l'article 7 de la Convention n° 154 de l'OIT selon lequel : « Les mesures prises par les autorités publiques pour encourager et promouvoir le développement de la négociation collective feront l'objet de consultations préalables et, chaque fois qu'il est possible, d'accords entre les pouvoirs publics et les organisations d'employeurs et de travailleurs. »

Enfin, « il est impossible, ainsi, de reconnaître quelque type de régularité procédurale en ce qui concerne l'approbation de la loi n° 13.467/17 ; il est alors du devoir des professionnels du droit de faire cette dénonciation »³²⁹

C. Au niveau de l'objet : l'élargissement du champ des dérogations en tant qu'outil de flexibilisation

Au niveau de l'objet, la principale nouveauté apportée par les réformes française et brésilienne dans le domaine du droit de la négociation collective coïncide : l'élargissement du champ de la flexibilisation du droit du travail étatique par les normes négociées. Pour mieux le comprendre, il faut d'abord rappeler que ces normes possèdent trois niveaux d'articulation où des dérogations ont lieu : celui par rapport à la loi, celui entre elles, et celui par rapport au contrat de travail. Les modifications mises en place dans les deux premiers niveaux comportent de grandes similitudes entre les deux systèmes juridiques (ce qui n'efface pas, bien sûr, quelques spécificités), tandis que le troisième niveau présente de profondes différences.

1. L'articulation entre la loi et la convention collective

Initialement, l'examen de l'articulation entre la loi et la convention collective³³⁰ renvoie aux questions de l'impérativité des dispositions légales et du champ du négociable. Ainsi, il faut d'abord souligner que l'autorité normative du droit du travail n'est pas traitée exactement de la même manière en France et au Brésil.

a. L'ordre public en droit du travail

En France, cette autorité relève de la notion d'ordre public. Historiquement, la définition d'ordre public s'est faite par rapport au niveau d'impérativité normative, « utilisée pour régler des conflits de normes »³³¹. L'impérativité des textes légaux en droit du travail peut néanmoins varier selon qu'il s'agit d'ordre public absolu ou d'ordre public social (parfois dit « relatif »). D'un côté, l'ordre public

³²⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; ROCHA, Bruno Gilga Sperb, *op. cit.*, p. 27.

³³⁰ Ou entre la loi et « les normes négociées », pour être plus précis à l'égard de la terminologie brésilienne.

³³¹ SACHS, Tatiana. *L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée*. Rev. trav., 2017. P. 585.

absolu ne peut être modifié et amène à écarter toute norme qui y déroge, même si la disposition conventionnelle est plus favorable pour le salarié. D'un autre côté, l'ordre public social garantit aux travailleurs des avantages minimaux, qui ne peuvent être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à des améliorations par voie conventionnelle³³². Cette qualification étant rarement définie par la loi elle-même³³³, c'est la jurisprudence qui a progressivement précisé quelles étaient les normes légales relevant de chaque domaine³³⁴.

Toutefois, à partir de la loi du 8 août 2016, la référence à l'ordre public en France peut aussi prendre place dans le cadre de la répartition tripartite des sources normatives, qui comporte le domaine dont les règles constituent la chasse gardée du législateur (d'ordre public), l'espace ouvert à la négociation collective et enfin, les dispositions légales supplétives, qui s'appliquent en l'absence d'accord.³³⁵ Ce nouvel agencement des sources du droit du travail a d'abord été créé dans le domaine de la durée du travail.

L'ordre public mentionné dans cette nouvelle architecture normative ne renvoie pas au sens selon lequel il était entendu jusqu'alors, lié au niveau d'impérativité des règles en conflit. Ici, la notion d'ordre public vise surtout à répartir les compétences entre les différents producteurs de normes – le législateur et les partenaires sociaux³³⁶, ainsi qu'à dessiner le champ du négociable.

Les règles d'ordre public n'autorisant pas d'espaces de négociation, cet ordonnancement peut apparaître, de prime abord, comme un renforcement du rôle du législateur. Toutefois, la mise en lumière des dispositions énoncées comme étant d'ordre public (ce qui n'avait pas lieu avant) intervient de manière très générale et imprécise, dans le cadre en fait de l'élargissement du champ de la négociation collective et d'effacement de la loi face à l'accord collectif. En ce sens, ce « nouveau découpage normatif »³³⁷ du droit du travail constitue une dégradation de l'ordre public. Certes, dans ce contexte, « la référence à l'ordre public ne sert pas à doter la règle d'une charge axiologique renforcée, mais est principalement, voire exclusivement, tournée vers cette finalité d'ouvrir un espace à la négociation collective »³³⁸.

³³² *Ibidem*.

³³³ Ce qui révélerait le « caractère protéiforme » de l'ordre public en droit du travail. CANUT, Florence. *L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail*. Dr. soc., 2016. P. 519

³³⁴ Sont considérées comme étant d'ordre public absolu, par exemple, la réglementation du droit de grève (Soc. 7 juin 1995, n° 93-46448) et les dispositions légales ou réglementaires relatives à la participation obligatoire des salariés aux résultats de l'entreprise (Soc. 23 mai 2007, n° 04-20157).

³³⁵ SACHS, Tatiana, *op. cit.*

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ CANUT, Florence, *op. cit.*

³³⁸ SACHS, Tatiana, *op. cit.*

En ce qui concerne, par ailleurs, l'affaiblissement des règles étatiques d'ordre public à l'égard de la création d'un domaine supplétif (le troisième espace de cette nouvelle architecture), où elles ne s'appliquent qu'à défaut d'accord collectif, il ne faut pas négliger non plus l'aspect suivant :

« La lecture de ce nouvel ordonnancement des normes...
... corrobore le constat suivant : le passage d'une règle étatique supportant la dérogation à la règle étatique supplétive traduit un recul de l'État dans la production normative. Il est en effet différent d'édicter une norme qui supporte la dérogation par voie d'accord collectif et de prévoir qu'une norme ne s'appliquera qu'à défaut d'accord collectif. Dans le premier cas, la norme légale ou réglementaire reste d'ordre public, même si elle supporte la dérogation. Dans le second, elle perd ce caractère.»³³⁹

La nouveauté apportée par l'ordonnance n° 1785-2017 se situe dans l'étendue des matières soumises à cette répartition tripartite « ordre public - champ du négociable - dispositions supplétives » inaugurée en 2016. Dès lors, les règles concernant le comité social et économique ainsi que tous les domaines de la négociation obligatoire s'insèrent également dans cette nouvelle architecture de normes. Ainsi, un nouveau repli de l'ordre public a été mis en place en 2017, qui prend place dans la première facette de l'évolution du « double mouvement de recul, tant de la loi que du contrat de travail » face à l'accord collectif.³⁴⁰

En tout état de cause, certains auteurs soulignent que l'effacement de la loi derrière l'accord collectif rencontre deux grandes limites en France : les principes fondamentaux du droit du travail visés à l'article 34 de la Constitution, qui relèvent de la compétence exclusive du législateur, et la mise en œuvre des principes ayant valeur constitutionnelle.³⁴¹

Au Brésil, en revanche, les notions d'ordre public absolu et d'ordre public social ne font pas partie du système juridique³⁴², tout comme l'architecture tripartite des sources du droit du travail. L'autorité normative du droit du travail provient, en grande partie, directement de la Constitution, qui détaille dans son article 7^o plus de trente droits des travailleurs. À cette aune, par exemple, la journée de travail, les pauses, les heures supplémentaires, les congés payés annuels, le repos hebdomadaire, les primes pour travail de nuit, pénible ou insalubre, etc., ont un caractère constitutionnel. Ce phénomène, considéré comme la « constitutionalisation du droit du travail »³⁴³ au Brésil, a été largement influencé par la large participation des travailleurs organisés en mouvement syndicaux et politiques dans la chute

³³⁹ CANUT, Florence, *op. cit.*

³⁴⁰ Borenfreund, GEORGES. *Troisième partie : Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail.* Rev. trav., 2016. P. 781.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Encore que certaines similitudes existent.

³⁴³ ALMEIDA, Cleber Lúcio de ; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *Direito do Trabalho e Constituição: A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil.* 1^a Ed. LTr : São Paulo. 2018

de la dictature³⁴⁴ et, ensuite, dans les travaux de l'Assemblée Constituante (1987/1988)³⁴⁵.

C'est à partir de cet article que se dégagent alors les bases pour l'articulation entre les normes négociées et la loi³⁴⁶ dans le système juridique brésilien.

D'abord, le *caput* dudit article introduit la liste des droits des travailleurs en ces termes : « Il s'agit des droits des travailleurs urbains et ruraux, en plus d'autres qui visent à améliorer leur condition sociale : ... ». Sur la base de ce premier élément, la doctrine décèle, d'une part, la nature non exhaustive de cette énonciation de droits et, d'autre part, l'ouverture aux dispositions plus favorables aux travailleurs dans tous les domaines énoncés, les dispositions listées ne constituant que des avantages minimaux auxquels il ne peut pas être dérogé de manière moins favorable³⁴⁷. Le *caput* de l'article 7^o est considéré même comme le *locus* d'un principe fondamental du droit du travail brésilien : « le principe de l'interdiction de la régression sociale »³⁴⁸ ; ou encore comme le premier rang de représentation du « principe de la norme plus favorable ».

En outre, la disposition XXVI de cet article assure aux travailleurs « la reconnaissance vis-à-vis des conventions et accords collectifs ». Ce deuxième élément a été interprété par la doctrine travailliste, lors de la promulgation de la Constitution de 1988, comme un « signal de la redémocratisation et de la reconnaissance du rôle des syndicats après la période de répression des mouvements collectifs de travailleurs sous la dictature »³⁴⁹. Cependant, certains défendent l'idée que l'introduction du droit à la négociation collective dans le tissu constitutionnel a pu avoir lieu « à la condition que soit maintenue sa fonction originale/essentielle d'amélioration des conditions basiques de travail présentes dans la Constitution »³⁵⁰.

Enfin, un troisième élément doit être souligné : au sein de son article 7^o, la Constitution mentionne encore, expressément, la possibilité de dérogation *in pejus* par voie conventionnelle à trois règles spécifiques :

« VI - irréductibilité du salaire, sauf disposition contraire d'accord ou convention collective

³⁴⁴ Cependant, il faut reconnaître que la « chute » de la dictature a été plutôt une « transition » gérée par les militaires eux-mêmes.

³⁴⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História de Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho, Volume I, parte 2*. LTr : São Paulo. 2017.

³⁴⁶ Loi au sens large, ici considérée comme les normes d'origine étatique.

³⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, P. 232-234. ; et PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. “Prevalência do negociado sobre o legislado e a negociação coletiva na nova lei: examinando limites e alcance constitucionais”. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio (Org.). *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: JusPODIUM. 2018. p. 445-467.

³⁴⁸ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *A reforma trabalhista à luz dos direitos fundamentais: análise da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 338, p. 40, ago. 2017.

³⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República, estado democrático de direito e negociação coletiva trabalhista*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 214-245, out./dez. 2016.

³⁵⁰ *Ibid.*

de travail ;

[...]

XIII – journée de travail ordinaire non supérieure à huit heures par jour et quarante-quatre heures par semaine, autorisée la compensation des horaires et la réduction de la journée, par voie d'accord ou convention collective de travail ;

XIV – journée de six heures pour le travail en « turnos ininterruptos de revezamento »³⁵¹, sauf disposition contraire en négociation collective »

Cet élément de l'architecture constitutionnelle, lorsque lu en lien avec les deux précédents, permet d'y voir une ouverture partielle de la Constitution aux dérogations aux droits des travailleurs prévus en son sein. Étant donné qu'elle pointe de manière précise les hypothèses où la voie conventionnelle peut y déroger de façon moins favorable, la doctrine sur l'articulation entre les normes étatiques et les normes négociées s'est développée dans le sens suivant : le droit du travail brésilien serait divisé en normes d'indisponibilité absolue et normes d'indisponibilité relative³⁵². Comme mentionné dans la deuxième partie de ce travail, le premier groupe rassemble les normes étatiques auxquelles il n'est pas possible de déroger *in pejus* par négociation collective³⁵³, tandis que le second rassemble celles auxquelles la négociation collective peut déroger de manière moins favorable au salarié, si les conditions de travail sont globalement améliorées (ce qui renvoie à la question des contreparties)³⁵⁴.

Ces catégories d'impérativité normative ne semblent pas devoir être identifiées aux notions françaises d'ordre public. Certaines normes d'indisponibilité absolue, tout au plus, révèlent une logique d'ouverture aux dérogations plus favorables que l'on retrouve dans la notion d'ordre public relatif en France. Les normes d'indisponibilité relative, en revanche, n'ont aucun lien avec la notion précitée, et constituent plutôt un champ ouvert aux dérogations *in pejus*.

En tout état de cause, quelle serait, dans ce contexte, la touche apportée par la réforme de la CLT en 2017 ? Le législateur brésilien a ambitionné un tout nouvel ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles, à partir de ce qui est presque devenu un *slogan* dans le parcours parlementaire : la promotion du « *negociado sobre o legislado* ». Certes, le législateur entend donner un élan sans précédent à la négociation collective, en créant une division bipartite entre les matières qui seraient totalement dans le champ du négociable (art. 611-A) – où le *negocié* prévaut toujours sur le *légiféré* – et celles dont la flexibilisation serait l'« objet illicite » d'une convention ou d'un accord collectif (611-B) – une espèce maladroite d'ordre public légal.

³⁵¹ Un type de régime d'alternance des horaires, qui peuvent avoir lieu soit le matin, soit l'après-midi, soit la nuit.

³⁵² En dépit des similitudes de terminologie, il n'y a pas de correspondance entre les notions d'ordre public absolu et d'ordre public social (relatif).

³⁵³ En principe, toutes les normes constitutionnelles, légales et internationales. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 1529.

³⁵⁴ Les trois exceptions constitutionnelles et les normes étatiques dont « la propre nature » révèlent une indisponibilité seulement relative, comme la modalité de paiement du salaire et le type de journée de travail. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 1529.

Selon une large doctrine critique, la contradiction entre cette réforme législative et ladite lecture attribuée au sens de la Constitution est frappante³⁵⁵, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, si le texte constitutionnel n'autorise la négociation collective préjudicielle que dans trois cas, tous les autres domaines des droits mentionnés n'admettent ni réduction ni suppression par la voie des normes négociées³⁵⁶ et, en conséquence, il n'incombe pas à la loi de redessiner cet espace. Ainsi, le nouvel article de la CLT, créant une liste de matières dans lesquelles « le négocié » prévaudrait sans aucune réserve sur la loi, serait entaché d'inconstitutionnalité (611-A). Certes, « les limites pour la négociation collective suppressive sont déjà définies par la Constitution »³⁵⁷. En deuxième lieu, l'article qui énonce les seules matières qui seraient exclues du champ de la négociation collective rencontre le même obstacle (611-B) – le législateur est entré dans un champ déterminé par un niveau normatif supérieur. De plus, il répète, dans les grandes lignes, les domaines inscrits dans le texte constitutionnel – motif pour lequel cette disposition est, d'un côté, contraire à la Constitution (surtout quant au terme « exclusivement ») et, de l'autre, en grande partie redondant.³⁵⁸

Mais sur cet aspect, il ne faut pas négliger que les ambitions sous-tendant la réforme étaient bien conscientes de cette lecture du texte constitutionnel à propos de l'articulation entre les normes

³⁵⁵ Au-delà de l'inconstitutionnalité, nombreuses sont les analyses qui pointent l'inconventionnalité de ces dispositions. En ce sens, en février 2018 l'Organisation Internationale du Travail elle-même, à travers sa Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations, a conclu que ces dispositions portaient atteinte à l'article 4 de la Convention n° 98 de l'OIT : « The Committee recalls that it emphasized in its previous comments, with reference to various bills that had been submitted to the Congress in 2015 and April 2016 that, although isolated legislative provisions concerning specific aspects of working conditions could, in limited circumstances and for specific reasons, provide that they may be set aside through collective bargaining, a provision establishing that provisions of the labour legislation in general may be replaced through collective bargaining would be contrary to the objective of promoting free and voluntary collective bargaining, as set out in the Convention. The Committee requested the Government to take fully into account the scope and content of *Article 4* of the Convention in this regard. The Committee notes with *concern* that new section 611-A of the CLT establishes as a general principle that collective agreements and accords prevail over the legislation, and it is therefore possible through collective bargaining not to give effect to the protective provisions of the legislation, with the sole limit of the constitutional rights referred to in section 611-B of the CLT. The Committee once again recalls in this regard that the general objective of Conventions Nos 98 and 154 and the Labour Relations (Public Service) Convention, 1978 (No. 151), is to promote collective bargaining with a view to agreeing on terms and conditions of employment that are more favourable than those already established by law (see the 2013 General Survey on collective bargaining in the public service, paragraph 298) and that the definition of collective bargaining as a process intended to improve the protection of workers provided for by law is recognized in the preparatory work for Convention No. 154, an instrument which has the objective, as set out in its preambular paragraphs, of contributing to the achievement of the objectives of Convention No. 98. *In light of the above, while asking the Government to provide its comments on the observations of the social partners in relation to sections 611-A and 611-B of the CLT, the Committee requests the Government to examine, following consultation with the social partners, the revision of these provisions in order to bring them into conformity with Article 4 of the Convention*” In: International Labour Office. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. International Labour Conference, 107th Session, 2018. P. 59-60. Disponible sur : « <http://www.ioe-emp.org/index.php?id=4921> ». Consulté le 27/04/2018.

³⁵⁶ La doctrine en faveur de cette lecture de la Constitution pointe que les exceptions permettant la négociation collective *in pejus* inscrites dans l'article 7° sont restrictives de droits et, ainsi, ne comportent pas d'interprétation extensive. TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr. 2018. P. 120.

³⁵⁷ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. “A negociação coletiva e a Lei nº 13.467 : resistindo à interpretação regressiva” In : *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista, op. cit.*, p. 448.

³⁵⁸ *Ibid.*

étatiques et les normes négociées – d’ailleurs largement diffusée et adoptée dans le contexte juridique brésilien, soit par la doctrine, soit par la jurisprudence³⁵⁹. En fait, les défenseurs de la réforme revendiquaient une autre lecture singulière, développée sous l’influence du néolibéralisme dans une partie de la production doctrinale brésilienne apparue déjà dans les années suivant la promulgation de la Constitution³⁶⁰ : la lecture selon laquelle l’absence de mention de la négociation collective dans les dispositions constitutionnelles du droit du travail (sauf les trois exceptions mentionnées), ne constituerait pas une interdiction de la dérogation *in pejus* – qui ne pourrait pas être qu’expresse –, mais exactement le contraire : l’absence d’interdiction. Selon eux, l’ouverture inconditionnelle à la négociation collective est sous-entendue, présumée, de l’examen isolé de l’article 7^o, XXVI, de la Constitution³⁶¹. Cette dispute narrative sur la portée constitutionnelle de l’espace de la négociation collective exerce d’ailleurs une forte influence sur les débats sur la nature de l’ordre conventionnel devant le droit du travail étatique.³⁶²

En tout état de cause, le mouvement législatif d’effacement de la norme étatique derrière les conventions et accords collectifs saute aux yeux, soit par le biais du recul et de l’encadrement de l’ordre public en droit du travail en France, soit par le biais d’une tentative de négation de l’existence même d’un tel « ordre public » au Brésil. Les deux voies semblent néanmoins avoir également élu l’énonciation des contours du champ du négociable comme outil d’élargissement de ce champ. Paradoxalement, le moment où les lois ont énoncé les espaces normatifs d’autorité majeure des textes d’origine étatique³⁶³ a coïncidé avec les ambitions de leur recul. En fait, à côté de cette énonciation,

³⁵⁹ On doit néanmoins mentionner que la jurisprudence a progressivement été à l’origine de certains cas d’ouverture du champ de la négociation collective dans un sens moins favorable au salarié. Toutefois, même dans le fameux arrêt du *Supremo Tribunal Federal* qui reste connu comme le pas décisif vers la reconnaissance de la logique du « négocié sur le légiféré » (RE n° 590.415) (argument apparu d’ailleurs dans le discours réformateur) est dévoilée l’adoption de cette lecture constitutionnelle. Selon l’arrêt, la norme négociée examinée dans ce cas était valide parce qu’elle ne touchait pas un domaine d’« indisponibilité absolue ». (RE n° 590.415, data de publicação DJE 29/05/2015 - ata n° 78/2015. DJE n° 101, divulgado em 28/05/2015). Em ce sens, v. : SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *História do Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 662-665 ; et SOUZA, Roberta de Oliveira. *Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da reforma trabalhista considerando os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da lei 13.467, de 2017*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 985, p. 247, nov. 2017.

³⁶⁰ L’historiographie du droit du travail dénonce, en fait, que sur plusieurs matières, la potentielle protection des dispositions constitutionnelles du droit du travail a été réduite par les lectures néolibérales de leur contenu qui ont eu lieu dans les années suivant la promulgation de la Constitution. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *op. cit.*, p. 373-379.

³⁶¹ SOUZA, Roberta de Oliveira, *op. cit.*, p. 247.

³⁶² Cette stratégie n’a néanmoins pas été la première option des défenseurs de l’élargissement de l’espace de la négociation collective. Sur cet aspect, il est intéressant de rappeler que la logique du « négocié sur le légiféré » a été initialement conçue comme un amendement constitutionnel, pour ajouter à la fin du *caput* de l’article 7^o de la Constitution (qui prévoit que les droits des travailleurs inscrits dans ses dispositions sont des avantages minimaux qui peuvent être ajoutés à d’autres dispositions plus favorables) l’expression « hormis négociation collective ». Toutefois, cette idée a été abandonnée en raison de l’important *quorum* nécessaire pour l’approbation d’un amendement constitutionnel au Parlement. La stratégie a ainsi été modifiée : la réforme serait mise en place par la voie légale (dont le *quorum* d’approbation est moins exigeant), ce qui a demandé un changement de l’interprétation de l’ouverture constitutionnelle à la négociation collective. V. : FRAGALE FILHO, Roberto ; NETO, José Francisco Siqueira. *Reforma trabalhista: uma cartografia das discussões equivocadas, esquecidas e frustrantes*. Revista Fevereiro, Número 10, janeiro 2018. P.48-62.

³⁶³ Ce qui n’était pas le cas avant, ni en France, ni au Brésil – où il n’était placé qu’à la Constitution.

des espaces étendus de négociation collective ont été construits.

b. Les accords dérogatoires in pejus

Mais quels sont les instruments qui ont été développés pour la mise en œuvre de la flexibilisation du droit du travail au sein de ce mouvement ? Comment la négociation collective s'est-elle effectivement mise en place dans le contexte d'élargissement de son champ ? Sur cet aspect, la notion d'accords dérogatoires *in pejus* semble être centrale. Ici on rappelle que l'élargissement de l'espace de la négociation collective n'est pas, en soi, attaché à la flexibilisation du droit du travail. Et c'est en reconnaissant cette prémisse que l'on décèle l'importance d'ériger un instrument en tant que « passerelle » entre ce mouvement et la flexibilisation du droit du travail. La négociation collective doit être instrumentalisée en ce sens pour aboutir à une telle finalité, vu qu'elle-même n'est pas un outil essentiellement tourné vers la précarisation des conditions de travail. Elle est un espace de tension des rapports de force des acteurs sociaux, situé à l'intérieur de certaines frontières juridiques, qui – telle que le droit du travail dans son ensemble – comporte une nature ambivalente. Ainsi, c'est l'ouverture de la voie dérogatoire dans un sens moins favorable que la loi qui constitue l'instrument qui, le premier, efface les limites de la négociation collective et permet son utilisation en tant qu'outil de flexibilisation du droit du travail, dont les potentialités seront plus ou moins explorées en fonction des éléments d'autonomie, organisation, force, etc., des syndicats.

En France, les accords dérogatoires ont connu une évolution graduelle, sous la forme d'exceptions à l'autorité normative des dispositions d'ordre public. En 1982, dans les domaines de la durée du travail et des congés payés, sont apparues les premières possibilités de déroger à la loi dans un sens moins favorable aux salariés³⁶⁴. Dans les années suivantes, les hypothèses se sont multipliées, surtout en ce qui concerne le temps de travail³⁶⁵. Mais c'est en 2004 que le législateur a franchi un pas décisif vers la transformation de l'articulation entre la loi et les normes négociées en France. Certes, la loi Fillon (loi du 4 mai 2004) a représenté une ouverture vers la dérogation à de nombreuses dispositions légales par la voie de l'accord d'entreprise, dont le monopole était auparavant attaché à la branche.³⁶⁶ L'accord d'entreprise est aussi devenu un « vecteur d'assouplissement des règles étatiques ». ³⁶⁷ En effet, ladite loi a mis sur un pied d'égalité ces deux niveaux pareillement autorisés à déroger à la loi, hormis quelques exceptions³⁶⁸.

³⁶⁴ L'ordonnance Auroux du 16 janvier 1982.

³⁶⁵ Les lois du 28 février 1986, du 19 juin 1987 et du 20 décembre 1993, ainsi que les lois Aubry I et II (1998 et 2000).

³⁶⁶ NADAL S. Répertoire de droit du travail. Conventions et accords collectifs de travail (I - Droit de la négociation collective), Dalloz.

³⁶⁷ NADAL S., *op. cit.*

³⁶⁸ Ce qui s'insère également dans le mouvement de transformation de l'articulation entre la convention collective de branche et l'accord d'entreprise. SOURSIAC, Marie-Amélie. *L'articulation des niveaux de négociation*. Dr. Soc., 2004. P. 579.

D'ailleurs, comme examiné précédemment, le mouvement d'élargissement de l'espace de la négociation collective a connu une forte accélération depuis la loi du 8 août 2016 ainsi qu'un large et nouvel essor depuis l'ordonnance n° 1785-2017. Mais l'instrument juridique pour la « passerelle » entre le renforcement de la négociation collective et la flexibilisation du droit du travail a-t-il été le même au sein de ces dernières réformes ? La distinction entre la notion d'ordre public historiquement liée aux principes généraux du droit du travail français³⁶⁹ et celle développée à partir de 2016 semble indiquer que non.

En fait, le concept de dérogation renvoie à la validité d'une norme par rapport à une autre norme réglant le même domaine³⁷⁰. Ainsi, si on place son examen dans le cadre des normes de différentes origines, produites par différents acteurs (État et partenaires sociaux), il faut supposer d'abord une architecture normative permettant qu'un même domaine soit traité par une pluralité de sources.³⁷¹ La figure de la dérogation suppose alors une concurrence normative sur la matière concernée. Cependant, on rappelle que les réformes du droit de la négociation collective de 2016 et 2017 en France ont, en revanche, construit et étendu une nouvelle architecture de sources du droit du travail dans certains domaines, qui sépare les espaces de compétences normatives du législateur et des partenaires sociaux.³⁷² En conséquence, les normes issues de l'activité de chacun de ces acteurs couvrent en principe des matières différentes³⁷³. Les normes négociées dans ce cadre, insérées depuis leur naissance dans les nouveaux contours du « champ du négociable », ne relèvent pas de typiques accords collectifs dérogatoires. Elles ne concurrencent même pas, en théorie, les textes légaux – auxquels la tripartition normative réserve l'espace de plus en plus restrictif de l'ordre public ainsi que celui de la supplétivité. Sous cette forme d'ordonnancement normatif, les normes négociées se trouvent plus que jamais mobilisées pour assumer la fonction de la loi – et pas exactement pour y déroger – puisqu'elles sont même à *la place* de la norme légale étatique.

³⁶⁹ Conseil d'État, avis n° 310.108 du 22 mars 1973.

³⁷⁰ Ce qui ne relève pas, à son tour, la notion du « principe de faveur », qui n'agit pas dans le domaine de la validité des normes, mais dans celui sur leur application. Ainsi, il porte une règle de conflit de normes simultanément valables et applicables qui permet, dans certaines hypothèses, de déterminer parmi elles celle qui devra être appliquée.

³⁷¹ Et c'est exactement cette distinction de sources qui va régler le sens de la dérogation, et non pas d'autres logiques utilisées parmi les normes étatiques, comme dans le cas de conflits de normes dans le temps (loi ancienne/loi nouvelle).

³⁷² Cependant, certaines critiques soulignent que les frontières de l'architecture tripartite des espaces normatifs (ordre public, champ du négociable et supplétivité) sont floues et n'échappent pas à une certaine indétermination. Par exemple, à la lecture de la loi du 8 août 2016 qui a inauguré cette architecture sur le temps de travail, il s'avère que certaines dispositions sont dites *supplétives* alors qu'elles relèvent en réalité d'un mécanisme de *dérogation*. V. : Borenfreund, GEORGES. *Troisième partie Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail*, *op. cit.* ; BAUDUIN, Bérénice, *op. cit.*

³⁷³ Encore qu'il soit « loisible au législateur de se retourner exceptionnellement vers la négociation collective au niveau national interprofessionnel pour mettre en œuvre des principes à valeur constitutionnelle, dans le cadre de lois expérimentales ». *Ibid.*

Dans cette perspective, l'articulation entre la loi et les conventions collectives est profondément inversée dans les domaines traités par les réformes de 2016 et 2017. Hormis le cadre limité de l'ordre public, c'est seulement en l'absence de normes négociées que la loi, supplétive, s'applique entièrement. Ainsi, un second instrument de liaison entre l'élargissement de la négociation collective et la flexibilisation du droit du travail apparaît : la supplétivité. Elle constitue également « une technique de flexibilité »³⁷⁴. Dans ce cadre, il n'est pas même nécessaire de déroger à la loi qui traite du même objet, vu qu'elle intervient seulement comme un recours subsidiaire à l'instrument négocié.

En conclusion, l'instrumentalisation de la négociation collective en France vers l'assouplissement du droit de travail étatique a lieu par un double moyen, qui varie en fonction de la matière concernée : la dérogation *in pejus* – « une technique de flexibilité éprouvée »³⁷⁵ – et la supplétivité – « une technique de flexibilité en développement »³⁷⁶.

Au Brésil, en revanche, la flexibilisation du droit du travail à travers la négociation collective est mise en place exclusivement par le biais des accords collectifs dérogatoires. Bien que la réforme ait créé une espèce de « champ du négociable », elle ne sépare pas les compétences normatives du législateur et des partenaires sociaux. L'objectif est plutôt d'ouvrir l'espace d'action du premier également à la production normative négociée et de fixer que, en cas de concurrence des règles de ces deux origines, la norme issue de la négociation collective prévaut. Nous sommes alors dans le cadre de la dérogation et non de la supplétivité. Certes, la propre expression qui décrit la logique sous-tendant la réforme brésilienne le démontre : « le négocié *sur* le légiféré », qui couvre ainsi des domaines correspondants.

Dans ce contexte, on identifie en premier lieu que, s'agissant des instruments utilisés pour la flexibilisation du droit du travail, les accords dérogatoires *in pejus* sont maniés en France et au Brésil, tandis que la supplétivité de la loi n'a été promue qu'en France.

Cependant, le législateur brésilien entend donner un caractère très général à l'ouverture de la dérogation *in pejus*. Du point de vue « topographique », la promotion de cet instrument diffère de la manière par laquelle il a été renforcé en France. Les cas dans lesquels la dérogation moins favorable est possible n'ont pas été fixés dans chaque domaine du droit du travail ; ils n'ont pas non plus été établis comme des exceptions à la réglementation de telle ou telle matière. Bien au contraire, la réforme de la CLT a décliné une liste centralisée énumérant quinze domaines dans lesquels « les

³⁷⁴ FROSSARD, Serge. *La supplétivité, une technique de flexibilité en développement*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément.

³⁷⁵ CANUT, Florence. *La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément.

³⁷⁶ FROSSARD, Serge, *op. cit.*

conventions ou accords collectifs de travail prévalent sur la loi », sans restriction (art. 611-A). En plus, le législateur a indiqué clairement son intention de ne pas attribuer une nature exhaustive à la liste, soulignant que ces domaines ne sont que des exemples parmi lesquels la dynamique du « négocié *sur* le légiféré » peut « entre autres » s'appliquer.

Cette technique de flexibilisation du droit du travail telle que mise en œuvre par la réforme brésilienne s'écarte largement de la constitutionalité. Certes, il faut reconnaître que « le législateur possède une marge de manœuvre pour la configuration des systèmes de négociation collective, sans altérer le modèle protecteur prévu constitutionnellement »³⁷⁷. Néanmoins :

« L'article 611-A est également inconstitutionnel, vu qu'il n'est pas possible d'établir la prévalence de la négociation collective préjudicielle par rapport à la loi comme un critère général, sans compromettre l'imposition d'amélioration des conditions sociales des travailleurs. La flexibilisation des normes travaillistes est possible, mais de manière exceptionnelle et non ordinaire »³⁷⁸ (traduction libre)

Ainsi, « la procédure de négociation doit forcément être encadrée par les garanties minimales résultant du texte conventionnel »³⁷⁹. Toute lecture de la Constitution tendant à la négation de l'existence de limitations à la création d'une telle règle générale de primauté de la norme négociée dévoile en fait une conception très singulière du rôle de l'ordre conventionnel dans le tissu normatif, qui n'est d'ailleurs pas exclusive du contexte brésilien : la conception selon laquelle cet ordre constitue un foyer autonome de l'ordre juridique³⁸⁰. Mais au contraire, c'est plutôt une conception dialogique de l'ordre conventionnel qui permet d'éviter la réduction de la négociation collective à un outil « au service d'une finalité extrinsèque au droit (purement économique, en l'occurrence) »³⁸¹, dans la mesure où elle ouvre la perspective vers d'autres éléments juridiques, tels que les autres sources normatives, mais aussi des éléments sociologiques et politiques, comme la participation de syndicats renforcés et autonomes.

En ce sens, il est « impérieux de souligner que l'ordre conventionnel, s'il caractérise un décentrement du droit étatique, n'est pas moins reconnu, voire agencé, par celui-ci. »³⁸².

En deuxième lieu, ainsi, on identifie que l'ouverture aux accords dérogatoires *in pejus* suscite au Brésil plus de questions sur sa constitutionnalité qu'en France. Entre autres, le mouvement brésilien

³⁷⁷ PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. "Prevalência do negociado sobre o legislado e a negociação coletiva na nova lei: examinando limites e alcance constitucionais", *op. cit.*

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ LOBATO, Márcia Regina. *Os limites das negociações coletivas contemporâneas frente à reforma trabalhista*. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 338, p. 96, ago. 2017.

³⁸⁰ L'effacement du rôle du juge dans le contrôle des normes négociées c'est, par exemple, un des symptômes de cette conception. GEA, Frédéric. *Des accords (collectifs) sans juge ?* Dr. soc., 2017. P. 98.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.*

a été mis en place de manière moins progressive et possède une portée plus large que dans ce pays.

c. L'exigence de contreparties

En ce qui concerne le niveau de validité des accords collectifs dérogatoires, il y a, enfin, un autre aspect intéressant à comparer : le rôle de limiteur que l'exigence de contreparties peut jouer. En France, elles sont exigées dans certains domaines où, si elles ne figurent pas dans l'accord, la clause conventionnelle dérogatoire est privée d'effets.³⁸³ C'est le cas par exemple de l'indemnité de fin de contrat – indemnité de précarité – pour les salariés embauchés en CDD, qui peut être réduite de 10 % à 6 % en contrepartie d'actions de formation professionnelle.³⁸⁴

Au Brésil, avant les réformes de 2017, les accords dérogatoires aux normes dites « d'indisponibilité relative » devaient prévoir des contreparties, de telle manière que, dans l'ensemble, la négociation collective soit plus favorable aux travailleurs³⁸⁵. Néanmoins, la loi 13.647/17 dispose que « l'absence d'indication expresse de contreparties réciproques dans les conventions et accords collectifs n'entraîne pas leur nullité »³⁸⁶. Deux exceptions existent : dans les cas de réduction du salaire et de la journée de travail, l'acte négocié doit prévoir la protection des salariés contre le licenciement sans cause réelle et sérieuse si la clause conventionnelle est entrée en vigueur.³⁸⁷

Désormais, d'ailleurs, si le juge fait droit à l'action en nullité d'une clause conventionnelle dérogatoire, la contrepartie correspondante, si elle existe, doit être également annulée.³⁸⁸

En conséquence, une fois de plus, la réforme du droit de la négociation collective brésilienne semble avoir évolué dans un sens similaire à celui existant déjà en France – l'absence d'une exigence générale de contreparties – mais d'une façon à renforcer encore plus largement la liberté des agents de négociation.

2. L'articulation entre les différents niveaux de conventions collectives

Le renforcement de l'espace normatif des conventions et accords collectifs s'est révélé être l'une des mesures centrales prises par les réformes de 2017 dans les deux pays, accompagné de certains outils qui permettent une flexibilisation de la loi en droit du travail. Il incombe alors de déceler si ce mouvement a été mis en œuvre de manière abstraite, en envisageant les normes négociées en général, ou si, au contraire, cette ouverture normative a été orientée vers un champ de négociation spécifique.

³⁸³ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa., *op. cit.*, p. 598.

³⁸⁴ C. trav. art. L.1243-9.

³⁸⁵ Supremo Tribunal Federal, RE 590.415 et RE 895.759. La nécessité de contreparties était entendue comme résultat du principe de la « adequação setorial negociada ». DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1565-1569.

³⁸⁶ CLT, art. 611-A, §2°.

³⁸⁷ CLT, art. 611-A, §3°.

³⁸⁸ CLT, art. 611-A, §4°.

L'examen des modifications portées par de telles réformes législatives dans l'articulation entre les différents niveaux de ces normes permet de dévoiler cet aspect.

Ainsi, nous débiterons l'analyse du deuxième niveau d'articulation des normes négociées, qui révèle la manière dont s'enchevêtrent les actes issus de négociations collectives à différents niveaux³⁸⁹. Dans ce domaine, l'examen du principe de faveur joue un rôle important tant en France qu'au Brésil, même si la portée de son application est en quelque sorte incertaine dans les deux pays. De quoi s'agit-il ? Les réformes législatives de 2017 sont-elles parvenues à l'assouplir ?

a. Une introduction au principe de faveur : assouplissement en France et extinction au Brésil ?

D'abord, il faut rappeler que le « principe » de faveur³⁹⁰, dans certaines hypothèses, règle des conflits de normes simultanément valides et applicables, en déterminant que la norme la plus favorable au salarié recevra application. En France et au Brésil, ainsi que dans de nombreux autres pays³⁹¹, ce principe n'apparaît expressément nulle part dans les textes sous cette désignation, mais il peut en être déduit.

En France, l'examen du sens apporté au principe de faveur « montre le décalage qui peut exister entre catégories doctrinales et catégories jurisprudentielles »³⁹², vu la variété de sens et de valeurs que ce principe peut avoir au sein de la doctrine et des différentes juridictions. Il a été initialement considéré par le Conseil constitutionnel, en 1967³⁹³, comme un « principe fondamental du droit du travail »³⁹⁴, dégagé de ce qui était alors l'article 31 a, 2^e alinéa du Code du travail, selon lequel « la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois »³⁹⁵ – orientation qui a été confirmée en 1989³⁹⁶. En 1973, le Conseil d'État a estimé que la

³⁸⁹ Même si, en France, ce domaine relève de plusieurs articulations différentes, comme celle entre les conventions de groupe, entreprise, établissement, et branche, nous nous concentrerons sur l'analyse spécifique des relations entre les normes négociées de branche et d'entreprise, vue qu'elles représentent les seuls deux niveaux de négociation collective au Brésil. En ce sens, renvoi à la partie 2.

³⁹⁰ Cette dénomination est elle-même controversée. V. : JEAMMAUD, Antoine. *Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente, op. cit.*, et *Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ?*, Rev. trav., 2018. P. 177.

³⁹¹ En ce sens, voir : FERNANDES, António Monteiro. *Les incertitudes du droit portugais : entre créativité judiciaire et timidité législative* ; GHIONE, Hugo Barretto. *Le principe de faveur dans l'ordre et la culture juridique uruguayens régionaux* ; GYULAVÁRI, Támás. *La reconnaissance d'un principe de faveur va-t-elle à l'encontre de l'évolution du droit du travail hongrois ?* STEFKO, Martin. *L'application de la norme la plus favorable en droit du travail tchèque : une exception et non la règle*. Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. Pessac : COMPTRASEC, Vol. 2016 n° 2.

³⁹² LAULOM, Sylvaine ; MERLEY, Nathalie. *La fabrication du principe de faveur*. Rev. trav., 2009. P. 219.

³⁹³ Décision n° 67-46 L du 12 juill. 1967.

³⁹⁴ À l'égard de l'article 34 de la Constitution, qui dispose que « la loi détermine les principes fondamentaux : [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ».

³⁹⁵ Dont l'essence actuellement est placée dans l'art. L. 2251-1 : « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

³⁹⁶ Décision n° 89-257 DC du 25 juill. 1989.

même disposition légale relevait du domaine des « principes généraux du droit du travail »³⁹⁷.

Mais « c'est à partir des années 90 que des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État vont réellement faire naître le débat doctrinal sur l'existence du principe de faveur »³⁹⁸. En 1996, la Cour de cassation retient un énoncé plus général, celui d'un « principe fondamental du droit du travail selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application »³⁹⁹. Dès lors, il n'est plus attaché à l'articulation spécifique entre convention collective et loi ; l'ampleur de l'expression « en cas de conflit de normes » montre bien sa vocation à s'appliquer dans des hypothèses variées de concours normatif non explicitement traitées par le Code du travail.⁴⁰⁰

Par ailleurs, en ce qui concerne spécifiquement le cumul de règles conventionnelles entre elles, la Cour de Cassation a décidé en 1988 que : « En cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé » – sans toutefois faire mention expresse au principe de faveur.⁴⁰¹ Cette formulation est, aujourd'hui encore, souvent reprise⁴⁰².

Dans ce contexte, la jurisprudence judiciaire a dû tout d'abord reconnaître qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les différents niveaux de normes négociées⁴⁰³. Ensuite, pour déterminer lequel des textes conventionnels est le plus favorable à l'ensemble des salariés concernés par le concours, elle estime qu'il faut comparer une catégorie d'avantages ayant le même objet (dont le contenu est identique, en dépit de leurs dénominations) ou la même cause (ceux qui ont la même finalité)⁴⁰⁴.

Au Brésil, en revanche, la doctrine estime que le principe de faveur a une valeur constitutionnelle, issue du *caput* de l'article 7^o de la Constitution.⁴⁰⁵ Plus spécifiquement, sous la dénomination de « principe de la norme plus favorable », deux perspectives lui sont attribuées : l'une sur la résolution

³⁹⁷ Avis n° 310.108 du 22 mars 1973.

³⁹⁸ LAULOM, Sylvaine ; MERLEY, Nathalie, *op. cit.*

³⁹⁹ Soc. 17 juillet 1996, n° 95-41.831, 95-41.614, 95-41.313 et 95-41.745.

⁴⁰⁰ Sauf quelques exceptions isolées, le principe fondamental de faveur est alors mobilisé par la Cour de cassation sauf dans trois types de conflits de normes : Code civil local d'Alsace et Moselle et convention collective (ou usage), lois et statut réglementaire, usage et convention collective (ou contrat de travail). LAULOM, Sylvaine ; MERLEY, Nathalie, *op. cit.*

⁴⁰¹ Ass. Pl. 18 mars 1988, n° 88-40.083

⁴⁰² Cass. Soc, 28 mars 2018, 16-27.624, 16-27.631, 16-27.654, Inédit.

⁴⁰³ Les anciens art. L. 132-13 et L. 132-23 prévoyaient une obligation d'adaptation de l'accord couvrant un champ territorial plus restreint si un accord plus large contient des clauses plus favorables. La portée de cette obligation d'adaptation était bien incertaine. Tout au plus il s'agissait plutôt d'une obligation de négocier en vue de la mise en adéquation des clauses que d'une hiérarchie entre différents niveaux de normes négociées. NICOD, Cécile. *Troisième partie : Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs*. Rev. trav., 2016. P. 800.

⁴⁰⁴ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa., *op. cit.*, p. 595.

⁴⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5^a édition. São Paulo : LTr. 2017.

des conflits de normes en concours et l'autre sur l'orientation de l'interprétation des règles de droit du travail « imprécises ». La première, comme en France, porte sur l'application de la norme la plus favorable dans le cas où plusieurs normes sont simultanément applicables. La deuxième, en revanche, porte sur le conflit entre différents sens possibles pour une même norme. Dans ce cas, l'interprétation la plus favorable aux salariés doit être conférée à la norme par l'interprète.

En ce qui concerne la première perspective, le principe de faveur est également considéré au Brésil comme applicable au niveau de l'articulation entre la loi et les conventions collectives ainsi qu'entre ces dernières⁴⁰⁶. À cet égard, pour déterminer laquelle, parmi les normes négociées, sera appliquée, l'appréciation du caractère plus ou moins favorable fait appel à un référentiel très large. La jurisprudence est guidée par ce que l'on appelle la théorie du « conglobamento », qui s'oppose à la « théorie de l'accumulation ». Au lieu de comparer uniquement une catégorie déterminée d'avantages au sein des normes, le juge compare l'ensemble des normes négociées. Il n'est pas possible alors d'avoir l'application partielle et cumulée de différentes normes⁴⁰⁷, mais uniquement celle qui est, globalement, la plus favorable à l'ensemble des salariés. Il s'agira soit de l'accord d'entreprise, soit de l'accord de branche.

Cependant, ce raisonnement a tellement été remis en cause par la réforme de la CLT en 2017 qu'on peut s'interroger : le principe de faveur a-t-il été supprimé de la procédure de résolution des conflits entre les normes négociées de différents niveaux ? Et en France, ce niveau d'articulation a-t-il été bouleversé au point d'affaiblir davantage ce principe ? Les deux réponses traversent l'examen du mouvement de décentralisation de la production normative vers l'entreprise.

b. La règle de spécialité : élargissement de la primauté des accords d'entreprise

i. Les trois blocs en France

En France, l'affranchissement de la dynamique du principe de faveur remonte à un certain temps. En effet, la montée en puissance de la négociation collective d'entreprise à partir d'un nouveau modèle d'articulation entre la convention de branche et l'accord d'entreprise a été inaugurée par la loi du 4 mai 2004. Les règles d'articulation traditionnelles attribuaient à l'accord d'entreprise une triple fonction : amélioration, innovation et adaptation à l'accord de branche.⁴⁰⁸ En revanche, ladite loi a permis de négocier dans l'entreprise des accords qui dérogent aux dispositions de la convention de branche *in pejus*, ce qui a été entendu comme le premier pas vers la promotion d'une logique qui

⁴⁰⁶ L'articulation avec le contrat de travail, quant à lui, reçoit des traitements différents dans les deux pays.

⁴⁰⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*, op. cit., p. 120

⁴⁰⁸ RODIÈRE, Pierre. *Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle : négociation indépendante, subordonnée, articulée*. Dr. soc., 1982. P. 711.

favorise au primat⁴⁰⁹ l'accord d'entreprise⁴¹⁰.

Ainsi, l'utilisation du principe de faveur en tant qu'outil de résolution des conflits entre convention de branche et d'entreprise s'est en quelque sorte marginalisé⁴¹¹, dans la mesure où les nouvelles dispositions ne conditionnaient pas la validité de la dérogation à ce qu'elle soit *in melius*, mais à l'absence d'une prohibition expresse dans la convention de branche⁴¹². En ce sens, la réforme de 2004 a préconisé de larges possibilités de dérogations non nécessairement favorables, sauf exception conventionnelle explicite⁴¹³.

En fait, le principe de spécialité a été privilégié en tant que mode de résolution des conflits entre accords de niveaux différents. Il ne faut pas négliger néanmoins que le législateur, à cette occasion, a créé quatre exceptions⁴¹⁴ à cette nouvelle dérogation, spécifiant les matières dans lesquelles « la convention d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels »⁴¹⁵. Mais en tout état de cause, il restait de nombreuses matières dans lesquelles l'accord d'entreprise pouvait contredire, réduire ou supprimer les avantages attribués par la convention de branche.

Par ailleurs, la décentralisation de la production normative vers l'entreprise ne s'est pas, à l'époque, arrêtée au nouvel essor de l'objet de la négociation collective à ce niveau, mais a aussi entraîné une diversification des négociateurs. En ce sens, la loi Fillon a amplifié la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux⁴¹⁶.

Ces deux dynamiques ont été développées et élargies peu à peu dans les réformes législatives suivantes⁴¹⁷. En ce qui concerne le temps de travail, la loi du 20 août 2008 a soumis des matières

⁴⁰⁹ Le mouvement législatif vers la primauté de l'accord d'entreprise n'a pas cessé dans les réformes suivantes.

⁴¹⁰ SOURIAC, Marie Amelie. *L'articulation des niveaux de négociation*. Dr. Soc., 2004. P. 579.

⁴¹¹ « La primauté de l'accord d'entreprise s'imposait dès avant la réforme dans les cas exceptionnels où la loi elle-même avait autorisé l'accord d'entreprise à déroger, au sens moderne du terme, à la convention de branche. » *Ibidem*.

⁴¹² C. trav., alinéa 4 de l'ancien article L. 132-23.

⁴¹³ SOURIAC, Marie Amelie. *L'articulation des niveaux de négociation*, *op. cit.*

⁴¹⁴ Salaire minima, classifications, garanties collectives de protection sociale complémentaire et mutualisation des fonds recueillis au titre de la formation professionnelle. La liste d'exception également a été élargie dans les réformes suivantes du droit de la négociation collective.

⁴¹⁵ C. trav., l'alinéa 3 de l'article L. 132-23.

⁴¹⁶ Ladite loi a reconnu les représentants élus du personnel et les salariés mandatés en tant qu'agents de négociation collective. Sur cet aspect, néanmoins, cette loi s'inscrit dans un mouvement majeur de diversification des négociateurs qui « était déjà bien sinueux avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 », non seulement par l'action du législateur mais aussi par la jurisprudence. BORENFREUND Georges. *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, *op. cit.*

⁴¹⁷ Dans le contexte de promotion progressive de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, la loi du 20 août 2008 a prévu de nouvelles dispositions relatives à la négociation collective dans les entreprises de moins de 200 salariés. La loi du 17 août 2015 a procédé à une nouvelle réforme en ce domaine, en supprimant le seuil de 200 salariés au-dessus duquel la négociation avec des élus restait impossible. En 8 août 2016, la loi a facilité même davantage la négociation dans celles dépourvues de délégué syndical, dans la mesure où elle a (i) permet la signature de

telles que le repos compensateur, les conventions de forfait ou encore la répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine à la primauté de l'accord d'entreprise⁴¹⁸, en dépit de la convention de branche. Ce furent les premières hypothèses de supplétivité de l'accord de branche⁴¹⁹. L'année 2016 fut marquée par un élargissement des domaines dans lesquels la négociation collective d'entreprise est devenue applicable, indépendamment du contenu de l'accord de branche, entraînant, en conséquence, un renforcement de sa supplétivité⁴²⁰. Enfin, les ordonnances du 22 septembre de 2017 ont franchi un important pas supplémentaire en ce sens :

« Quelle spectaculaire ascension normative de l'accord d'entreprise depuis que la porte de la dérogation lui a été ouverte en 1982 ! L'étape parcourue, via les ordonnances du 22 septembre 2017, n'aurait certes pas été possible sans les réformes de 2004, 2008, 2013, 2015⁴²¹ et 2016. Mais elle marquera, par son importance, l'histoire de cet acte collectif et, partant, celle de la refondation du droit du travail. »⁴²²

Certes, l'objectif de rendre une autonomie normative à l'entreprise a été repris très nettement dans le travail parlementaire et l'exposé des motifs des lois d'habilitation et de ratification. En effet, l'articulation entre accords de branche et accords d'entreprise est désormais organisée en trois « blocs » :

Bloc 1 : l'accord de branche a la primauté totale sur l'accord d'entreprise conclu antérieurement ou postérieurement (élargi par rapport à la loi Travail en 2016). Thèmes concernés (notamment)⁴²³: salaires minimaux hiérarchiques, classification, protection sociale complémentaire, durée du travail, répartition et aménagements des horaires, CDD et contrats de mission, égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, période d'essai, etc.

Bloc 2 : l'accord de branche a la faculté de prévoir la primauté sur les accords d'entreprise conclus

l'accord par un salarié, même non élu, dès lors qu'il est mandaté par un syndicat et (ii) a supprimé l'exigence concernant la validation par la branche professionnelle. Enfin, les ordonnances de 2017 inaugurent un nouveau dispositif de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical de moins de 50 salariés : la proposition des accords par l'employeur et leur approbation par referendum par des salariés. Les thèmes sont les mêmes ouverts aux accords d'entreprises et les délais, seuils et catégories de salariés négociateurs varient selon le nombre des salariés (moins de 11 ou de 11 à 49). Ce mouvement législatif – parallèle à celui vers la primauté d'accord d'entreprise – interroge si le renforcement de la négociation au niveau de l'entreprise a été accompagné d'un tel renforcement de ces agents de négociation, dans le but de mieux comprendre la rationalité du discours législatif prétendument dirigé vers l'amélioration du dialogue social. En 2004, plusieurs ont été déjà les questionnements à propos de la faiblesse de ces interlocuteurs d'entreprise et leur instrumentalisation vers le « démantèlement » des conventions de branche ». BORENFREUND G., « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Ibid.*

⁴¹⁸ VACHET, Gérard. *L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté* ? Dr. soc., 2009. P. 896.

⁴¹⁹ À cette époque, elles avaient été mises en place « avec parcimonie ». NICOD, Cécile, *Troisième partie : Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs*, op. cit.

⁴²⁰ Même si la loi du 8 août 2016 a ajouté deux domaines dans lesquels la négociation de branche est forcément impérative et ne peut faire l'objet de dérogation par la négociation d'entreprise : la prévention de la pénibilité et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (C. trav., art. L. 2253-3).

⁴²¹ La loi du 17 août 2015, aussi connue comme la « Loi relative au dialogue social et à l'emploi », a regroupé les thèmes de la négociation obligatoire en entreprise.

⁴²² ANTONMATTEI, Paul-Henri. *L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise*. Dr. soc., 2017. P. 1027.

⁴²³ C. trav., art. 2253-1.

postérieurement (par les biais des clauses dites de « verrouillage »). Thèmes concernés (notamment)⁴²⁴: prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels, insertion professionnelle et maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, mesures relatives aux délégués syndicaux⁴²⁵, primes pour travaux dangereux ou insalubres, etc.

Bloc 3) : inclut toutes les matières non mentionnées dans les points précédents et pour lesquels l'accord d'entreprise prime.⁴²⁶

Il se dégage alors de cette articulation que la primauté de l'accord d'entreprise est encore davantage renforcée, dans la mesure où elle ne s'applique pas seulement aux cas strictement énumérés⁴²⁷, mais à tous ceux qui n'intègrent pas les blocs 1 et 2, et ce, peu importe que les dispositions de l'accord d'entreprise soient plus ou moins favorables que les dispositions de la branche. Même dans les domaines des deux premiers blocs (d'importance limitée)⁴²⁸, où la branche conserve encore la capacité d'imposer aux entreprises des règles « contraignantes », l'accord d'entreprise peut s'appliquer s'il comporte des garanties au moins équivalentes pour les salariés. Apparaît ainsi une « impérativité à la tournure inédite »⁴²⁹ et d'intensité variable⁴³⁰. Dans cette perspective, la primauté des accords d'entreprise est devenue la règle, tandis qu'« un puissant effet centrifuge repousse la branche à ses marges »⁴³¹.

L'actuel écosystème conventionnel français limite alors davantage le champ d'application du principe de faveur, dans la mesure où, d'un côté, la nouvelle répartition des objets de négociation entre branche et entreprise prédétermine le texte applicable et réduit les conflits normatifs et, de l'autre, élit un nouveau critère d'articulation pour les hypothèses dans lesquelles elles entrent en concours : l'équivalence.⁴³²

En tout état de cause, ce que cette architecture donne à voir, c'est avant tout un « net affaiblissement de la branche conçue comme « loi de la profession » et outil de régulation de la concurrence entre entreprises relevant du même secteur d'activité »⁴³³. Dans ce contexte, l'avenir des nouvelles missions

⁴²⁴ C. trav., art. 2253-2.

⁴²⁵ Effectifs à partir duquel ils peuvent être désignés, leur nombre, la valorisation de leurs parcours syndicaux, etc.

⁴²⁶ C. trav., art. 2253-3.

⁴²⁷ Jusqu'à présent, les hypothèses de primauté de l'accord d'entreprise constituaient des exceptions aux règles structurant l'ordonnement des conventions collectives. NICOD, Cécile. *Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition*. Rev. trav., 2017. P. 657.

⁴²⁸ ADAM, Patrice, *op. cit.*

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ NICOD, Cécile. *Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition*, *op. cit.*

⁴³¹ ADAM, Patrice, *op. cit.*

⁴³² NICOD, Cécile. *Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition*, *op. cit.*

⁴³³ ADAM, Patrice, *op. cit.*

de la branche⁴³⁴ ainsi que la « qualité » des actes négociés au sein de cette autonomie normative – plus large que jamais – de l’entreprise continue à susciter des questions.

ii. La primauté absolue au Brésil

Au Brésil, la réforme du droit de la négociation collective de 2017 a également eu comme objet de définir une nouvelle articulation entre les normes négociées de différents niveaux, par le biais d’une décentralisation normative vers l’entreprise. Toutefois, la modification législative n’a pas intégré un mouvement antérieur en ce sens. Contrairement à ce qui a eu lieu en France, la primauté des accords d’entreprise n’a pas non plus été construite d’une manière progressive.

Certes, si le critère principal de résolution des conflits entre les conventions collectives et accords collectifs⁴³⁵ était, jusqu’alors, celui du « conglobamento », utilisé pour déceler la règle la plus favorable, la loi n° 13.647/17 prévoit dorénavant que l’accord d’entreprise prévaut toujours sur la convention collective de travail de la branche, indépendamment de son contenu.⁴³⁶ Autrement dit, il est établi une primauté absolue des accords d’entreprise – cette primauté est extrême et n’a pas d’équivalent en France, même après les ordonnances du 22 septembre 2017.

Cette évolution révèle-t-elle une extinction du principe de faveur dans le droit du travail brésilien ? Ce principe a été fortement remis en cause en ce qui concerne l’articulation entre les normes négociées. Son application dépasse néanmoins ce champ. Étant donné que la réforme a été mise en place par le biais d’une loi, elle n’entraîne pas la suppression de la dynamique de faveur établie par la Constitution à l’égard de l’articulation entre les textes constitutionnels et légaux et les normes issues de la négociation collective de travail.

Par ailleurs, cette nouvelle et radicale articulation entre les conventions et accords collectifs suscite de profonds problèmes par rapport à la légitimité du processus de négociation, compte tenu des sujets négociateurs. Au Brésil, il n’existe aucune forme de représentation syndicale directe au niveau de l’entreprise. Ceux que l’on appelle les « dirigeants syndicaux » sont élus par les employés, mais exercent leurs fonctions dans le champ de la représentation du syndicat unique – qui peut être extrêmement large – et ne sont pas attachés directement à l’entreprise. D’ailleurs, ils ne possèdent même pas la compétence directe pour négocier. Il n’y a donc aucune correspondance entre eux et les

⁴³⁴ L’ancien article L. 2232-5-1, introduit dans le Code du travail par la loi du 8 août 2016, énonçait trois missions, dont seules deux demeurent. Il appartient à la branche tout d’abord « de définir les conditions d’emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 dans les conditions prévues par lesdits articles », ensuite « de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d’application ». NICOD, Cécile. *Conventions de branche et d’entreprise : une nouvelle partition.*, *op. cit.*

⁴³⁵ Dénomination respective des conventions de branche et des accords d’entreprise. Renvoi à la partie 2.

⁴³⁶ CLT, art. 620.

délégués syndicaux en France – obligatoirement présents dans les entreprises françaises ayant plus de 50 salariés⁴³⁷. Ainsi, si le renforcement de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux en France suscite la question de la faiblesse des négociateurs, que dire de la promotion d'une primauté absolue des accords d'entreprise dans un système où elles sont toutes privées d'un tel type d'agent de mise en relation entre le syndicat et les salariés de chaque entreprise ?

Sur ce point, il faut souligner de plus que la loi 13.647/17 n'a créé qu'une forme de représentation des salariés au niveau de l'entreprise qui est indépendante des syndicats et dont les fonctions n'englobent pas la négociation collective⁴³⁸. Ainsi, le renforcement de la compétence normative de l'entreprise brésilienne n'a été accompagné d'aucune mesure concernant les agents de négociation et le droit syndical dans l'entreprise.

Dans ce contexte, le processus de négociation des accords collectifs de travail demeure le même qu'auparavant : les salariés intéressés à la conclusion d'un accord collectif avec l'entreprise communiquent par écrit cet intérêt au syndicat correspondant ; si le syndicat ne parvient pas à faire aboutir le processus de négociation en huit jours, les salariés peuvent alors communiquer avec la fédération syndicale correspondante et, en son absence, la confédération syndicale correspondante (qui suit aussi la dynamique d'unicité). Si aucune des organisations syndicales ne prend en charge la négociation, dans cet ordre croissant de priorité, alors seulement les salariés intéressés peuvent négocier directement avec l'entreprise⁴³⁹. Aucune condition de majorité ni de référendum pour la validité de l'accord collectif en découlant n'est toutefois prévue.

L'élément clé de la critique de cette nouvelle articulation au Brésil repose ainsi sur la légitimité de ces accords, devenus très puissants. Si le système d'*unicité* syndicale et l'architecture syndicale d'État posent eux-mêmes question quant à l'éloignement entre les salariés et les syndicats et quant à la faiblesse de ceux-ci, le renforcement d'espaces normatifs où cet éloignement semble plus approfondi interroge. Il nous semble, en fait, que cet aspect dévoile un autre pas vers la promotion des espaces propices à la flexibilisation du droit du travail.

3. L'articulation entre la convention collective et le contrat du travail : la non-incorporation des clauses conventionnelles après leur période d'application, en France et au Brésil

Enfin, en ce qui concerne le troisième niveau d'articulation des normes négociées, les différences

⁴³⁷ C. trav., art. L. 2143-3.

⁴³⁸ CLT, art. 510-A. Cette institution représentative du personnel n'est obligatoire néanmoins que pour les entreprises ayant plus de 200 salariés.

⁴³⁹ CLT, art. 617. ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 08/03/2010, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 30/03/2010.

entre les systèmes juridiques français et brésilien sont nombreuses. Une seule similitude se dégage : la non-incorporation de ce qui est prévu par les clauses conventionnelles dans le contrat du travail une fois que ces conventions ne sont plus en vigueur.

Selon le Code du travail français, les conventions collectives « s'appliquent » au contrat de travail sous certaines conditions⁴⁴⁰. Ce terme indique qu'il n'y a pas un « remplacement » du contrat, une modification de son contenu, mais seulement que les conventions saisissent et régissent les contrats de travail qui s'exécutent ou se concluent dans son champ d'application – et seulement pour la durée pendant laquelle elles sont en vigueur. Ainsi, « en cas de modification, disparition, cessation des effets de la convention collective, il n'y a pas de modification du contrat »⁴⁴¹. Cette norme de non-incorporation est d'ailleurs considérée comme l'un des principes fondamentaux du droit du travail français⁴⁴².

Au Brésil, en revanche, la jurisprudence du *Tribunal Superior do Trabalho* considérait que les clauses conventionnelles disposaient d'une capacité « d'adhérence contractuelle »⁴⁴³ aux relations individuelles de travail. Sous ce prisme, les contrats de travail incorporaient les avantages prévus dans les normes négociées même une fois qu'elles n'étaient plus en vigueur⁴⁴⁴ (à la condition néanmoins de l'absence de suppression expresse de l'avantage par une négociation collective ultérieure) – circonstance qui mettait accent sur le caractère normatif des normes négociées. Le premier pas remettant en cause cette construction jurisprudentielle est apparu en octobre 2016 de la part du *Supremo Tribunal Federal*⁴⁴⁵, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, ce qui a entraîné la suspension de toutes les actions judiciaires portant sur cette question dans le pays⁴⁴⁶. En juin 2017, la loi n° 13.647/17 a remis définitivement en cause cette construction. Dès lors, la production d'effets de la norme négociée dès lors que celle-ci n'est plus en vigueur est interdite – ce qui met l'accent sur son caractère contractuel.

D. Au niveau du pouvoir d'appréciation du juge : le prétexte de « sécurisation » des accords collectifs

Pour terminer l'examen des similitudes entre les réformes du droit de la négociation collective mise en

⁴⁴⁰ C, trav., art. 2254-1.

⁴⁴¹ WOLMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa., *op. cit.*, p. 599.

⁴⁴² JEAMMAUD, Antoine. *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail*. Rev. trav., 2016. P. 228.

⁴⁴³ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1576.

⁴⁴⁴ Súmula n° 277 do TST. Cette jurisprudence s'explique sous la logique prévalente selon laquelle les normes négociées, en général, ne comportent pas de flexibilisation du droit du travail étatique. Ainsi, une telle incorporation des clauses conventionnelles serait bénéfique aux travailleurs.

⁴⁴⁵ Cour constitutionnelle qui vient d'ailleurs, ces dernières années, de rendre plusieurs décisions contraires à la jurisprudence du *Tribunal Superior do Trabalho*.

⁴⁴⁶ Supremo Tribunal Federal, ADPF n° 323/DF, despacho de 14/10/2016 (DJE n° 222, divulgado em 18/10/2016).

place en France et au Brésil en 2017, un dernier niveau de ressemblances se dégage : celui de l'affranchissement du pouvoir d'appréciation du juge. La tendance à la promotion de la négociation collective et de ses nouvelles articulations semble être accompagnée, chez le législateur, d'une volonté d'écartier le juge de l'examen des questions traitées par les conventions et accords collectifs⁴⁴⁷. Cela dévoile une conception singulière de l'ordre conventionnel⁴⁴⁸: « Présenter les conventions et les accords collectifs comme des compromis, à distance desquels ce juge devrait se tenir afin de ne point déstabiliser l'équilibre qu'ils concrétisent, revient, en effet, à suggérer que l'ordre conventionnel est susceptible de constituer un foyer autonome (de droit ?). »⁴⁴⁹ Mais également une conception singulière des juges, qui ne seraient pas habitués « à faire confiance à ces acteurs de terrain (et non juristes) que sont les partenaires sociaux »⁴⁵⁰.

Dans ce contexte, des mesures d'effacement du juge dans ce domaine ont été mises en œuvre en France et au Brésil, sous le prétexte de « sécuriser » les normes collectives négociées. Cette dynamique législative se concrétise essentiellement de deux façons : l'aménagement de l'exercice du droit d'agir en justice et l'encadrement de l'office du juge.

1. La limitation de l'accès au juge en France et au Brésil

a. L'aménagement du délai de contestation d'un accord collectif en France : deux mois

En France, le mouvement de production de normes destinées à restreindre l'intervention des juges n'est pas nouveau⁴⁵¹. Il est en réalité lié au renforcement de la légitimité des accords collectifs issu de la loi du 20 août 2008 et à la généralisation de l'exigence majoritaire au niveau de l'entreprise émanant de la loi du 8 août 2016⁴⁵². Certes, ce mouvement est fondé sur « une représentation dans laquelle la légitimité renforcée des accords collectifs conduit à cantonner le contrôle judiciaire ».⁴⁵³

En ce qui concerne la restriction de la manière dont les acteurs saisissent le juge, on observe un encadrement des conditions d'exercice du recours contre les conventions et accords collectifs⁴⁵⁴. En

⁴⁴⁷ BAUDUIN, Bérénice, *op. cit.*

⁴⁴⁸ Différente de celle selon laquelle l'autonomie collective ne doit pas être conçue comme la mise en œuvre d'une autorégulation, mais comme la délégation de la création des normes à un ordre juridique socio-professionnel intégré à un ordre juridique plus vaste, dont les droits et libertés fondamentaux prévus doivent être assurés. En ce sens : « La promotion de l'autonomie collective ne saurait donc en rien justifier un endiguement de l'intervention des juges dans les relations de travail, et exige au contraire de leur donner les moyens afin qu'ils puissent donner aux textes adoptés leur force juridique, tout en veillant au respect des droits et libertés qu'il leur revient de protéger. » GUIOMARD, Frédéric. *L'autonomie collective face aux juges*. Rev. trav., 2016. P. 838.

⁴⁴⁹ GEA, Frédéric. *Des accords (collectifs) sans juge ?* Dr. soc., 2017. P. 98.

⁴⁵⁰ RAY, Jean-Emmanuel. *Le juge et les accords sur l'emploi*. Dr. soc., 2017. P. 107.

⁴⁵¹ GREVY, Manuela ; HENRIOT, Patrick. *Le juge, ce gêneur...*, Rev. trav., 2013. P. 173.

⁴⁵² RAY, Jean-Emmanuel, *op. cit.*

⁴⁵³ GEA, Frédéric. *Des accords (collectifs) sans juge ?*, *op. cit.*

⁴⁵⁴ Même si elle ne fait pas partie de notre objet d'étude, une autre règle nouvelle visant à sécuriser les employeurs en restreignant l'accès au juge est issue des ordonnances du 22 septembre 2017 : c'est celle de l'harmonisation des

ce sens, le rapport Combrexelle proposait déjà, en 2016, en tant que mesure pour combattre la « juridictionnalisation de la négociation collective », de limiter les contentieux sur ces instruments par le biais de l'introduction d'un délai de forclusion de deux mois pour leur contestation devant le juge judiciaire.⁴⁵⁵ La mesure n'a pas été retenue par la loi Travail, mais l'ordonnance n° 1385-2017 a néanmoins franchi ce pas vers le cantonnement du contrôle judiciaire.

Dès lors, le nouvel art. L. 2262-14 du Code du travail prévoit que : « Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois », compté à partir de la notification de l'accord d'entreprise ou de la publication de l'accord, lorsqu'il est issu d'autre niveau de négociation.

Un tel délai n'exclut pas la faculté d'invoquer l'exception d'illégalité à l'occasion d'un litige individuel⁴⁵⁶. Cependant, il va à l'encontre de la nécessaire promotion du contentieux porté par un syndicat au profit de l'ensemble de la collectivité. Certes, « le principe même et la brièveté du délai sont éminemment discutables quand on sait combien les accords sont susceptibles de receler de graves illégalités. »⁴⁵⁷

b. L'accroissement du coût du contentieux social pour le salarié au Brésil

Au Brésil, l'aménagement de l'exercice du droit d'agir en justice a été mis en place d'une manière générale, sans limitation spécifique dans le cadre de la contestation des conventions collectives. La politique d'endiguement de l'intervention des juges a été présentée comme une voie permettant de surmonter la conflictualité des rapports de travail. Paradoxalement, l'idée sous-tendant cette politique était celle selon laquelle les instruments du contentieux social seraient à l'origine de cette conflictualité, et non la violation même des droits des travailleurs – contre laquelle d'ailleurs la réforme n'a pas pris de mesures. Ainsi, sans différencier l'origine des conflits de travail de leurs effets en termes d'actions en justice, la réforme de la CLT n'a pas touché que le deuxième aspect.

En ce sens, bien que les délais de forclusion aient été maintenus⁴⁵⁸ – compte tenu de leur nature constitutionnelle au Brésil⁴⁵⁹ – le législateur avait pour but de limiter l'intervention du juge par le biais de l'accroissement du coût du contentieux social pour le salarié. Trois mesures principales ont été

prescriptions de contestation de la rupture du contrat. V. : BAUGARD, Dirk. *Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire*. Dr. soc., 2018. P. 59.

⁴⁵⁵ GUIOMARD, Frédéric. *L'autonomie collective face aux juges*. Rev. trav., 2016. P. 838.

⁴⁵⁶ GREVY, Manuela ; BATARD, Florian. *Securitas omnia corrumpit*. Rev. trav. 2017. P. 663.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ Sauf dans le cadre de l'exécution de la condamnation, ou le législateur a essayé d'introduire une modalité de prescription au détriment du créancier qui ne prend pas de mesures vers l'exécution du montant exigible. V. : PAVAN, Verônica. "Prescrição intercorrente : tutela efetiva vs política de redução de processos." In: *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*, op. cit., p. 637-644.

⁴⁵⁹ Constituição Federal de 1988, art. 7º, XXIX.

prises en ce sens : 1) la création d'obstacles à la reconnaissance du bénéfice de la « justiça gratuita » aux salariés qui n'ont pas les conditions financières suffisantes pour agir en justice⁴⁶⁰ ; 2) la limitation des honoraires d'avocat payés par la partie qui succombe⁴⁶¹ ; et 3) l'ouverture de la possibilité de contraindre le salarié à payer les frais de l'avocat de l'employeur, même s'il est bénéficiaire de la « justiça gratuita »⁴⁶².

Toutes ces nouvelles dispositions sont considérées comme étant inconstitutionnelles par les juristes brésiliens, à la lumière de la protection de l'article 5º, LXXXV et LXXIV, de la Constitution de 1998⁴⁶³, qui prévoit le droit fondamental à l'accès à la justice et sa gratuité pour ceux qui en ont besoin⁴⁶⁴. Sur certains de ces aspects, d'ailleurs, le Procureur Général a saisi le contrôle de constitutionnalité du *Supremo Tribunal Federal* brésilien, qui a accueilli partiellement l'*Ação de de Declaração de Inconstitucionalidade*.⁴⁶⁵

En outre, en contradiction avec la volonté affichée de réduire la conflictualité des rapports de travail, à côté de ces mesures d'accroissement du coût du contentieux social, le législateur a créé de nouvelles règles entraînant la prolongation du litige⁴⁶⁶. Autrement dit, si le travailleur parvient à agir en justice, en dépit de tous les nouveaux obstacles, il sera confronté à une procédure davantage longue et bureaucratique.

2. La réduction de l'objet d'appréciation du juge

a. L'assouplissement des critères de validité de l'« accord emploi » en France

En ce qui concerne la deuxième voie de sécurisation des accords collectifs – la réduction des matières laissées à l'appréciation du juge – l'ordonnance n° 1385-2017 a restreint l'espace du contrôle de légalité de l'une des modalités de ces accords collectifs : les accords sur l'emploi. En somme, il s'agit d'accords collectifs particuliers qui visent à modifier les conditions d'emploi (spécialement la durée du travail et la rémunération) et qui possèdent une impérativité renforcée sur le contrat de travail,

⁴⁶⁰ CLT, art. 790, §§ 3º et 4º.

⁴⁶¹ CLT, art. 791-A. Ils sont désormais limités à 15% du montant de la demande – ce qui est inférieur à ce prévue pour le contentieux civil (10 à 20%) et peut amener le salarié à mieux rémunérer de leur propre poche l'avocat.

⁴⁶² CLT, art. 791-A, §§ 3º et 4º

⁴⁶³ En ce sens, d'ailleurs, voir la pionnière décision du Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região : RO 0012715-89.2017.5.15.0146.1ª Turma, 1ª Câmara. Jugé le 05/06/2018. Rapporteur : Jorge Luiz Souto Maior.

⁴⁶⁴ V.: SEVERO, Valdete Souto. "O esvaziamento da gratuidade como elemento de vedação de acesso à Justiça." et FACUNDINI, Gabriel Zomer. "Sucumbência recíproca : antítese do processo." In : *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*, op. cit.

⁴⁶⁵ STF, 10 mai 2018, ADI n° 5766 (DJ Nr. 97, 18/05/2018).

⁴⁶⁶ Par exemple, l'assouplissement de certaines conditions des pourvois pour l'employeur. CLT, arts. 882-884 et 899, § 10º.

s'appliquant même lorsque le salarié n'a pas exprimé son consentement⁴⁶⁷.

L'effacement du juge par rapport à ces accords s'inscrit dans un mouvement inauguré en 2013. Selon Frederic Géa, avant même lesdites ordonnances, « le législateur, de façon à notre avis délibérée, est, par touches successives et par des chemins divers (mais néanmoins convergents), parvenu à faire émerger une représentation d'un juge se tenant à distance de l'accord collectif (sur l'emploi) »⁴⁶⁸. D'après lui, le retrait du juge dans ce domaine avait emprunté, jusqu'alors, trois façons distinctes⁴⁶⁹ révélant « un principe de non-ingérence qui semble se loger dans les soubassements du texte légal ».

En tout état de cause, au moins à l'égard des accords de maintien de l'emploi (l'un des différents types d'accords sur l'emploi existant avant leur unification par l'ordonnance n° 1385-2017), le juge pouvait vérifier si de « graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise » étaient caractérisées. Cependant, depuis ladite ordonnance, sous le régime du nouvel accord unifié sur l'emploi, « il suffira d'invoquer des “nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi” pour qu'un tel accord soit valablement conclu, sans que l'entreprise doive nécessairement connaître des difficultés économiques »⁴⁷⁰. La largeur du critère de validité de ce type d'accord collectif encadre davantage le contenu laissé à l'appréciation judiciaire dans le domaine du contentieux des actes collectifs négociés.

b. L'adoption d'une liste exhaustive de critères ouverts à l'appréciation du juge au Brésil

Au Brésil, cette deuxième voie de sécurisation des accords collectifs a également été exploitée par la réforme du droit de la négociation collective. En fait, il a été observé que « l'attaque à la Justice du Travail est directe et porte atteinte à ses bases, en créant, d'une part, des obstacles à l'accès à la Justice, et, d'autre part, en limitant et en encadrant l'office des juges et tribunaux »⁴⁷¹.

Sur cet aspect, le nouvel article 8°, §3°, de la Consolidation des Lois du Travail dispose que :

⁴⁶⁷ Le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur, ce qui montre des différences par rapport à l'articulation entre les conventions et accords collectifs en général et le contrat de travail, où le salarié peut manier la « résistance » du contrat de travail vis-à-vis des normes négociées moins favorables.

⁴⁶⁸ GEA, Frédéric. *Des accords (collectifs) sans juge ?* Dr. soc., 2017. P. 98.

⁴⁶⁹ 1) celle qui restreint le contrôle du contenu de l'accord collectif, comme l'effacement du juge du cadre d'analyse du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mis en place par accord collectif ; 2) celle qui limite le contrôle des actes subséquents à l'accord, comme la préconstitution de la cause réelle et sérieuse du licenciement faisant suite au refus par le salarié de l'application de l'accord collectif ; et 3) celle qui consiste à ne laisser aucune prise à l'appréciation judiciaire, comme dans le cas de la déclaration de l'objectif de préservation ou de développement de l'emploi dans un accord collectif visant modifier les conditions d'emploi (spécialement la durée du travail et la rémunération), sur laquelle il n'y avait un contrôle du juge, au-delà de la vérification de leur existence. GEA, Frédéric, *op. cit.*

⁴⁷⁰ BARTHELEMY, Jacques ; CETTE, Gilbert. *Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle articulation.* Dr. soc., 2018. P.70.

⁴⁷¹ Dossiê reforma trabalhista. GT Reforma Trabalhista. Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – CESIT. Universidade de Campinas - UNICAMP. P. 65.

« Dans l'examen de la convention collective ou de l'accord collectif, la Justice du Travail analysera exclusivement la conformité aux "éléments essentiels de l'acte juridique", compte tenu de ce qui est prévu dans l'article 104 du Code civil, et guidera son activité selon le principe de l'intervention minimale dans l'autonomie de la volonté collective » (traduction libre).

Ces « éléments essentiels de l'acte juridique » du Code civil brésilien comprennent la jouissance des droits civils par les parties et la capacité de contracter ; un objet licite, possible, et déterminé ou déterminable ; et la forme prescrite ou une forme non interdite par la loi. D'une certaine manière, ils se rapprochent de la notion française de conditions de validité du contrat, prévue à l'article 1128 du Code civil (le consentement des parties ; leur capacité de contracter ; un contenu licite et certain).

Cette tentative d'effacement du juge à l'égard de l'acte négocié souligne alors la volonté d'accentuer son caractère contractuel, même si l'objectif est de « sécuriser » l'espace ouvert à son caractère normatif. L'intention d'appréhender l'accord collectif plutôt comme un contrat que comme une norme – au moins en ce qui concerne le cadre du contentieux – vise à décliner, dans le domaine des normes négociées, l'idée civiliste de non-ingérence du juge dans le contrat⁴⁷². Certes, l'importance apportée à l'autonomie de la volonté collective dans le texte ne laisse guère de doute.

L'objectif d'encadrer le contrôle judiciaire du contenu des conventions et accords collectifs est davantage observé dans le nouvel article de la CLT qui a envisagé la création d'une liste exhaustive de sujets non ouverts à la libre négociation collective (611-B). En effet, considérer que constituerait un « objet illicite » d'une norme négociée la réduction des droits prévus limitativement dans cette liste montre la tentative de préconstituer la légalité de tous les autres objets. Cependant, comme déjà analysé, au Brésil, le champ du négociable se place dans la Constitution. Le contenu hors des périmètres constitutionnels soulève de plein droit un objet illicite, domaine qui ne peut pas être modifié par la loi. D'ailleurs, la Constitution consacre aussi que « la loi n'exclura aucune menace ou violation de droits de l'appréciation du juge »⁴⁷³.

En ce sens, cet aspect de la « réforme » voit également sa constitutionnalité être l'objet de nombreux questionnements. Ladite disposition n'aurait ainsi aucun effet pratique dans le cadre de l'appréciation du juge dans le contentieux des conventions et accords collectifs⁴⁷⁴, à la différence du cas français. Ces articles ne créent qu'une immunisation hypothétique des normes négociées au contrôle

⁴⁷² En France, bien qu'une telle représentation des normes négociées ne soit pas aussi évidente dans la nouvelle législation, la jurisprudence de la Cour de cassation suit cette tendance. Selon Frédéric Géa, il y a une mise en retrait du juge dans le contrôle des conventions et accords collectifs par la voie jurisprudentielle : « Si cette considération nous apparaît capitale, c'est parce que cette représentation que nous pensons émergente contribue à expliquer que le juge se tienne à distance des actes négociés. En vertu de quoi ? Tout simplement du *principe de non-ingérence du juge dans le contrat*. » GEA, Frédéric, *op. cit.*

⁴⁷³ Constituição Federal, art. 5º, XXXV.

⁴⁷⁴ LORA, Ilse Marcelina Bernardi, *op. cit.*

judiciaire⁴⁷⁵.

3. La charge de la preuve et la modulation temporelle des effets de la nullité conventionnelle en France

Pour conclure, on peut souligner encore que les ordonnances du 22 septembre 2017 affectent également l'office du juge au regard de l'appréciation de la preuve. Dans le cadre de l'action en nullité d'une convention ou d'un accord collectif, la charge de la preuve appartient dorénavant à celui qui conteste sa légalité, qui doit alors démontrer que l'instrument n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent. Autrement dit, une présomption de légalité de ces instruments négociés a été mise en place, imposant au juge de ne pas faire droit à la contestation, sauf lorsque l'auteur de l'action a bien apporté la preuve contraire⁴⁷⁶.

En outre, la possibilité de modulation dans le temps des effets d'une éventuelle nullité conventionnelle a aussi été créée⁴⁷⁷. Le nouvel article L. 2262-15 du Code du travail dispose que si le juge annule tout ou partie de la convention – compte tenu de la nouvelle règle quant à la charge de la preuve – et qu'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, ainsi qu'en raison de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il peut décider que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou moduler les effets de sa décision dans le temps.

Cette possibilité de modulation temporelle des effets de la nullité conventionnelle en France met davantage en lumière l'objectif de sécurisation des conventions collectives. Dans ce but, le législateur vient d'ailleurs de remettre en cause la jurisprudence établie par la Cour de cassation selon laquelle un accord collectif nul ne produit aucun effet et, en conséquence, la nullité a un effet rétroactif⁴⁷⁸.

II. Différences

Après avoir étudié les similitudes entre les réformes du droit de la négociation collective en France et au Brésil – ce qui ne signifie pas, bien sûr, qu'elles sont identiques sur les niveaux analysés, mais seulement semblables – nous analyserons leurs différences notables. La première concerne le niveau discursif. Les réformes ont, toutes les deux, été construites sur le discours de la crise et le discours

⁴⁷⁵ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira, *op. cit.*

⁴⁷⁶ C. trav., art. L. 2262-13.

⁴⁷⁷ BAUGARD, Dirk, *op. cit.*

⁴⁷⁸ Cass. Soc., 9 décembre 2014, n° 3-21.766, Publié au bulletin.

démocratique. Toutefois, au Brésil, la loi n° 13.647/17 a aussi été approuvée sous le prétexte que la CLT portait encore l'héritage fasciste de ses origines dans les années 1940 et devait dès lors être mise à jour. Les autres grandes différences portent sur l'objet même des réformes : l'articulation entre les normes négociées et le contrat du travail, ainsi que leurs conditions de validité.

A. Au niveau discursif : le mythe de l'héritage fasciste de la CLT au Brésil

Lors de l'examen de la structure syndicale brésilienne, certains aspects conservateurs du système et les restrictions qu'il porte à la liberté syndicale ont été mises en lumière. Cependant, il faut distinguer cette perspective critique de la conception selon laquelle la législation travailliste brésilienne serait, en général, non seulement ancienne mais aussi liée, jusqu'à aujourd'hui, à une supposée vision fasciste des travailleurs, qui ne leur permettrait pas d'accéder à une liberté dans les relations de travail. Celle-ci a été instrumentalisée vers la défense d'une réforme globale et profonde de la CLT, en prétextant que cette dernière devait enfin rompre avec cet héritage. Ce discours se base en fait sur un ancien et, en quelque sorte, bien ancré mythe : celui de l'héritage fasciste de la CLT.

Ce mythe apparaît sous deux aspects : le premier est une fausse prémisse et le deuxième une maladroite analyse du contenu de la CLT en 2017.

D'abord, la fausse prémisse est elle-même un grand mythe, lui aussi largement diffusé : celui de la passivité de la classe ouvrière brésilienne qui, sans force pour mener ses propres luttes et revendications, aurait « reçu » passivement la législation travailliste en 1943 par la dictature de Getúlio Vargas⁴⁷⁹. L'historiographie du droit du travail brésilien dévoile néanmoins l'existence de nombreux mouvements revendicatifs au sein des travailleurs brésiliens depuis le début du XX^e siècle et la conquête progressive – et non un simple octroi paternaliste – des diverses lois ponctuelles reconnaissant différents droits.⁴⁸⁰ Certes, la CLT, comme le titre lui-même le révèle, a constitué une consolidation des lois de travail antérieures, existant au niveau national depuis 1919. L'origine de la CLT n'est pas ainsi un résultat direct et simpliste de l'influence de la *Carta del Lavoro* fasciste dans « l'ère Vargas » (1930-1945).

Ensuite, le discours réformiste affirmait que la CLT n'avait pas été vraiment mise à jour depuis sa promulgation en 1943. En ce sens, par exemple, le député rapporteur de la réforme a défendu qu'il

⁴⁷⁹ Ce mythe a eu « l'effet pervers d'essayer d'effacer toute l'histoire de lutte et de pouvoir d'organisation de la classe ouvrière avant et après Vargas ». SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “A Era Vargas”. In : *História de Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho, Volume I, parte 2*. LTr : São Paulo. 2017. P. 253.

⁴⁸⁰ En ce sens, v. : BARISON, Thiago, *op. cit.* ; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “A Era Vargas”, *op. cit.*; WALCZAK, Aimée Freire. “A ideologia Varguista e o mito do “pai dos pobres.” In : MARQUES, Ana Carolina Bianchi Rocha Cuevas ; SOUTO MAIOR, Giovanna Magalhães ; RODRIGUES, Renata do Nascimento (org). *Retalhos Históricos do Direito do Trabalho*. LTr : São Paulo. 2017.

était nécessaire qu'une loi « adapte la CLT aux modernisations des relations de travail constatées tout au long des plus de 70 années de vie de cet instrument normatif. »⁴⁸¹

Toutefois, comme souligné par le professeur Souto Maior lors d'une audience publique à la Chambre des Députés pendant le parcours parlementaire de la réforme⁴⁸², parmi les 625 articles de la CLT portant sur les droits matériels des travailleurs, seuls 255 n'avaient pas encore fait l'objet d'abrogation ou de modification expresse par des lois ultérieures à 1943. En fait :

« Comme on le voit, il est totalement vide de sens d'élaborer une critique de la législation travailliste au Brésil à partir de « l'âge » de la CLT, comme si la CLT de 1943 n'avait subi aucune modification jusqu'à aujourd'hui et comme s'il s'agissait d'une œuvre élaborée exclusivement par les mains de Getúlio Vargas. »⁴⁸³ (traduction libre)

En outre, en ce qui concerne plus spécifiquement les dispositions portant sur les relations collectives de travail, surtout sur l'organisation syndicale, bien qu'elles soient d'origine corporatiste (et antérieures même à la CLT), « son application, à partir de 1946, est liée aux intérêts du gouvernement militaire et de l'élite de l'entrepreneuriat brésilien, motif pour lequel elles ne peuvent plus être attribuées à Vargas »⁴⁸⁴.

Ainsi, la maladroite analyse du contenu de la CLT en 2017 et de sa dynamique historique a permis d'aboutir à la conclusion erronée selon laquelle l'allégué héritage fasciste demeurerait encore aujourd'hui.

B. Au niveau de l'objet :

1. L'articulation entre la convention collective et le contrat du travail :

a. La dérogation « provisoire » aux dispositions du contrat du travail lorsqu'elles sont moins favorables en France

En ce qui concerne l'objet des réformes législatives analysées, l'articulation entre la convention collective et le contrat du travail révèle la première grande différence entre elles.

⁴⁸¹ Roberto Marinho, PSBD/RN. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sessão Deliberativa Extraordinária. Sessão: 093.3.55.O. 26/04/2017. Disponible sur « <http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/relatorio-do-deputado-rogerio-marinho-da-comissao-especial>. » Consulté le 17.04.2018.

⁴⁸² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Vamos falar seriamente e honestamente da reforma trabalhista?* Document présenté lors de l'audience publique du 21.03.2017 devant la Chambre de Députés. Disponible sur : « <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/prof-jorge-luiz-souto-maiorAudience> » Consulté le 17.04.2018.

⁴⁸³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. De novo a falácia da redução de direitos trabalhistas. In : Blog da Boitempo. Publié le 23/05/2016. Disponible sur « <https://blogdaboitempo.com.br/2016/05/23/de-novo-a-falacia-da-reducao-de-direitos-trabalhistas/> ». Consulté le 17.04.2018.

⁴⁸⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Vamos falar seriamente e honestamente da reforma trabalhista?*, op. cit., p. 22.

En France, cette question est initialement double⁴⁸⁵. L'article L2254-1 du Code de travail prévoit que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables. ». D'une part, est affirmée alors la nature normative de la convention collective qui, en principe, produit automatiquement un effet impératif et *erga omnes* sur les contrats de travail au sein de son champ d'application. D'autre part, est envisagée la « résistance » du contrat de travail, s'il est plus favorable⁴⁸⁶. En d'autres termes, les « stipulations » du contrat de travail plus favorables au salarié prévalent sur les « clauses » de la convention ou de l'accord collectif applicable.

Cette solution est parfois présentée comme une manifestation du « principe de faveur »⁴⁸⁷. Toutefois, contrairement à ce que cette formulation pourrait laisser croire, pour certains, cette règle n'est pas spécifique au droit du travail. Un tel conditionnement de ce niveau d'articulation est alors aussi entendu en France comme étant lié au principe civiliste de la force obligatoire du contrat⁴⁸⁸ face aux accords collectifs⁴⁸⁹ :

« L'une des conséquences immédiates de cette force obligatoire – celle qui nous intéresse ici – est l'immutabilité ou l'intangibilité du contrat, tant pour les parties que pour le juge : le contrat, une fois passé, ne peut être modifié que par la volonté concordante de toutes ses parties. »⁴⁹⁰

La chambre sociale de la Cour de cassation réitère constamment, au visa du Code civil, qu'un accord de ce type « ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié »⁴⁹¹.

En tout état de cause, le régime d'articulation entre les normes négociées et le contrat du travail ne se réduit pas à ces normes. Depuis 2013, le législateur s'est engagé dans l'affaiblissement du contrat de travail face à l'instrument né de la négociation collective, indépendamment de son caractère plus ou moins favorable au salarié. Ce mouvement a eu lieu tant par le biais d'un certain nombre de textes spéciaux disposant que certaines dispositions d'accords collectifs « ne constituent pas des modifications du contrat de travail »⁴⁹², qu'en assortissant d'un licenciement le refus par le salarié de

⁴⁸⁵ BONNECHERE, Michèle. « II. La loi et l'accord collectif, sources du droit du travail », *Le droit du travail*. La Découverte, 2008, pp. 20-34.

⁴⁸⁶ L'appréciation du caractère plus ou moins favorable des stipulations conventionnelles à ce niveau d'articulation s'opère non au regard de la situation de l'ensemble des salariés de l'entreprise (comme dans le niveau préalable), mais au regard de celle du salarié signataire du contrat de travail.

⁴⁸⁷ ANCEL, Pascal. *L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat*. Rev. trav., 2016. P. 240.

⁴⁸⁸ C. civ., art. 1103.

⁴⁸⁹ ANCEL, Pascal, *op. cit.*

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ JEAMMAUD, Antoine. *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail*. Rev. trav., 2016. P. 228.

⁴⁹² À la lumière de la jurisprudence qui différencie les « changements de conditions de travail » des « modifications du contrat de travail », les altérations qui échappent à celles-ci sont soustraites de la résistance du contrat prévue à l'article L2254-1 du Code de travail.

consentir à son changement de situation⁴⁹³.

Cette seconde voie suscite un nouveau mécanisme de solution du conflit entre accord collectif et contrat individuel, différent en fonction des objectifs du premier. Lorsque l'emploi est en cause et que « l'accord vise à le protéger, le maintenir, le préserver et le développer, l'accord et l'intérêt collectif qu'il incarne priment sur l'intérêt individuel concrétisé par le contrat de travail »⁴⁹⁴. Ainsi, son impérativité est renforcée, et ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. La résistance du salarié à une telle substitution existe encore, mais donne lieu, depuis 2013, à un licenciement. Cette solution concernait par exemple les accords de mobilité et de maintien de l'emploi.

La réforme du droit de la négociation collective en 2017 a néanmoins franchi un pas supplémentaire vers l'affaiblissement de la « résistance » du contrat de travail, par la voie du reclassement de ces types d'accords collectifs dits « d'emploi » et du changement de leurs conséquences lors du refus de leur application au contrat de travail.

i. L'actuelle exception : le nouvel « accord emploi » unifié

Dans ce contexte, l'ordonnance n° 1385-2017 a fusionné les accords de mobilité interne (loi du 14 juin 2013), de maintien de l'emploi (loi du 14 juin 2013, modifiée par les lois du 17 août 2015 et du 16 août 2016), et de préservation et de développement de l'emploi (loi du 16 août 2016) sous la nouvelle figure de « l'accord de performance collective ». Ce nouvel accord doit répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, de préservation ou de développement de l'emploi. Dans ce but, il peut aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ; aménager la rémunération, dans le respect des salaires minima hiérarchiques ; et déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise⁴⁹⁵.

On rappelle que cette nouvelle modalité d'« accord emploi » unifié a été l'objet de mesures spécifiques qui, parmi d'autres ambitions, visent leur renforcement ainsi que le cantonnement de l'appréciation du juge à son contenu⁴⁹⁶. Cet accord est dorénavant sécurisé davantage par d'autres mesures générales prises sur le contentieux de la négociation collective. Ce mouvement de renforcement et de sécurisation tel que décrit jusqu'ici (renvoi au sous-titre I) ne rend pas compte néanmoins du nouvel encadrement de la résistance du contrat de travail face à l'évolution du tissu

⁴⁹³ ANCEL, Pascal, *op. cit.*

⁴⁹⁴ JEAMMAUD, Antoine. *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail*, *op. cit.*

⁴⁹⁵ C. trav., art. L. 2254-2.

⁴⁹⁶ Comme l'extinction de la condition relative à l'existence de difficultés économiques et la substitution par un critère assez large.

conventionnel. Il faut alors également se tourner vers le régime du refus du salarié de l'application d'un tel accord collectif à son contrat de travail.

Certes, la norme générale inscrite à l'article L2254-1 du Code de travail demeure : le salarié peut refuser l'application des clauses des conventions ou accords collectifs ayant un contenu moins favorable que celui de son contrat de travail. Toutefois, la procédure et les conséquences du refus, lorsqu'il s'agit d'un accord sur l'emploi, changent. D'une part, dorénavant « le salarié dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur, ceci à compter de la date à laquelle celui-ci a communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord »⁴⁹⁷. D'autre part, en cas de refus, le licenciement du salarié est soumis à la procédure du licenciement pour motif personnel, et non plus à celle du licenciement individuel pour motif économique⁴⁹⁸. En ce sens :

« Même si la rupture du contrat relative au refus du salarié d'accepter la novation reste imputable à l'employeur, non seulement elle n'est pas de nature économique, mais encore elle dispose légalement d'une cause réelle et sérieuse. On se rapproche donc de la qualification de rupture *sui generis*. Celle-ci permettrait l'accès aux prestations chômage mais la possible disparition, du fait de l'accord lui-même, des indemnités de licenciement. »⁴⁹⁹

Si le régime indemnitaire du licenciement à la suite du refus de l'application de la norme négociée était déjà moins attractif que celui prévu par le droit commun en cas de licenciement pour motif économique⁵⁰⁰, le « coût » du refus, en tant que perte indemnitaire, semble avoir un caractère encore plus « punitif » qu'auparavant. Facteur de stabilité de la situation du salarié, l'instrument de résistance du contrat du travail aux changements défavorables est alors de plus en plus affaibli devant l'instrumentalisation de ce type d'accord d'entreprise comme un « outil de gestion auquel le contrat de travail cesserait de résister »⁵⁰¹.

En conséquence, l'actuel état des choses dans ce dernier niveau d'articulation des normes négociées en France s'inscrit dans la même logique que celle applicable aux modifications législatives mises en place dans les autres deux niveaux : « En effet, la sacralisation de l'accord collectif, spécialement de l'accord d'entreprise, apparaît quasi exclusivement tournée vers une flexibilisation du droit du travail d'origine législative et une baisse de vigueur du contrat, qui laissent augurer un « véritable éclatement du droit du travail » »⁵⁰².

⁴⁹⁷ C. trav., art. L. 2254-2, alinéa IV.

⁴⁹⁸ C. trav., art. L. 2254-2, alinéa V.

⁴⁹⁹ BARTHELEMY, Jacques ; CETTE, Gilbert. *Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle*. Dr. soc., 2018. P. 70.

⁵⁰⁰ JEAMMAUD, Antoine. *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail*, op. cit.

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² Borenfreund, GEORGES. *Troisième partie : Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail*, op. cit.

b. L'absence de l'idée de résistance du contrat de travail face aux normes conventionnelles au Brésil

Si d'un côté, en France, l'affaiblissement de la résistance du contrat de travail devant les conventions et accords collectifs semble être une tendance progressive dans le contexte majeur d'instrumentalisation de la négociation collective vers la flexibilisation du droit du travail, d'un autre côté, au Brésil, une telle figure de résistance au niveau individuel n'a jamais existé.

Sa règle d'articulation entre les normes négociées et le contrat de travail existant depuis longtemps est plus simple et directe : « Aucune disposition du contrat individuel de travail qui serait contraire aux dispositions des conventions ou accords collectifs de travail ne peut prévaloir dans son exécution, cette disposition est considérée comme étant nulle de plein droit. »⁵⁰³ On observe ainsi que peu importe que le contrat de travail comporte des stipulations plus ou moins favorables, la norme négociée possède un effet impératif et *erga omnes* sur lui. Cet aspect n'a pas été impacté par la loi n° 13.467/17.

Cela doit néanmoins être contextualisé. L'absence de « résistance » du contrat de travail ne signifie pas forcément que le salarié, au niveau individuel, a toujours été soumis à des accords dérogatoires, mais plutôt que l'employeur a toujours été contraint d'appliquer les avantages conventionnels aux contrats de travail signés par lui. Surtout si on considère qu'au Brésil, contrairement à la France, il n'y a pas eu, préalablement aux réformes de 2017, un mouvement législatif progressif d'ouverture du champ de la négociation collective dérogatoire, et si on rappelle que la fonction de cet instrument – issu de la Constitution – a toujours été reconnue comme un outil d'amélioration du droit du travail étatique⁵⁰⁴, le dispositif légal portant sur ce dernier niveau d'articulation peut être lu sous l'optique de l'absence, en fait, de résistance de l'employeur à l'application de ces avantages à ses salariés.

Alors, étant donné qu'en 2017, la logique du « négocié sur le légiféré », tant rêvée (par le patronat), a enfin pénétré le droit positif – bien que la procédure et la largeur de ses contours posent de profonds obstacles en termes d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité, comme déjà exposé – ne serait-il pas temps, par conséquent, de modifier l'articulation entre les normes négociées et le contrat de travail construite dans un contexte fortement distinct ? En envisageant de bousculer les deux premiers niveaux d'articulation de la norme collective, par rapport à la loi et entre elles, la préservation de ce troisième niveau ne caractérise-t-elle pas une incohérence du législateur brésilien ?

En premier lieu, il faut s'interroger : est-ce que l'on cherche une cohérence par rapport à quoi ? Lorsque l'on décrypte le niveau discursif de la réforme du droit de la négociation collective de 2017, le maintien de l'absence de pouvoir de « résistance » du contrat de travail face aux normes en découlant semble, en

⁵⁰³ CLT, art. 619.

⁵⁰⁴ Bien que la jurisprudence ait permis de plus en plus de cas de dérogation de la négociation collective à la loi.

fait, cohérent avec le but de flexibiliser le droit du travail étatique. Si l'effacement des normes de cette origine et la substitution par les normes négociées collectivement apparaissent comme l'ambition principale, il est évident que tout le « chemin » des articulations normatives est organisé de mesure à favoriser cette logique.

Ainsi, on dégage en deuxième lieu deux hypothèses : soit le législateur a été conscient de la nature et des enjeux impliqués dans ce troisième niveau d'articulation, très central pour que les modifications mises en place dans les autres deux aboutissent aux objectifs de la réforme ; soit ladite règle est tellement absorbée par la culture juridique brésilienne que l'application impérative des clauses conventionnelles aux contrats de travail est à ce point devenue un présupposé des relations collectives de travail que ce niveau ne suscite pas la variété de cas et les larges débats qui ont lieu en France, par exemple.

En tout état de cause, la nouvelle conjoncture demande que l'on s'interroge sur d'autres potentialités du droit du travail brésilien, vers une capacité de « résistance » du contrat de travail – en suivant le même raisonnement qu'on a essayé d'adopter devant les autres deux niveaux d'articulation.

Ladite règle d'articulation est insérée dans le chapitre X de la CLT sur les négociations collectives. Néanmoins, dans son chapitre III portant sur les modifications du contrat de travail, l'article 468 énonce aussi nettement le suivant : « Dans les contrats de travail, seule est licite l'altération des conditions prises par consentement mutuel, et pour autant qu'elles ne conduisent pas, directement ou indirectement, à des préjudices pour le salarié, sous peine de nullité de la clause contraire à cette garantie. »⁵⁰⁵

Cette norme est traditionnellement invoquée pour faire face à des altérations⁵⁰⁶ préjudiciables du contrat de travail prises à l'initiative directe de l'employeur, soit au niveau individuel (comme un changement de lieu de travail), soit au niveau de l'ensemble des travailleurs (comme une modification du règlement intérieur de l'entreprise). Cependant, la norme ne comporte aucune réserve sur l'origine de « l'altération de conditions ». Alors serait-elle applicable pour faire obstacle également aux modifications du contrat de travail mises en place par le biais de la négociation collective ? Depuis la réforme de la CLT en 2017, certains auteurs y sont favorables :

« aussi importante que soit cette protection [du travail], elle implique l'impossibilité, par le biais de la méthode de négociation, de s'établir clause qui viole la dignité du travailleur ou qui s'oppose à la primauté de la valeur sociale du travail. Dans ce cas, la nullité de l'acte

⁵⁰⁵ CLT, art. 468.

⁵⁰⁶ Dans le contexte brésilien, il n'y a pas de différenciation entre la « modification du contrat du travail » (qui demande le consentement du salarié) et les simples « changements de conditions de travail » (qui ne les demande pas). Ainsi, les termes sont indistinctement qualifiés « d'altération » du contrat du travail à l'égard de l'article 468.

négocié est évidente, à la lumière de la règle déjà citée de l'article 468 de la CLT. »⁵⁰⁷

En ce sens, il nous semble aussi que la jurisprudence du *Tribunal Superior do Trabalho* présente une certaine ouverture à la reconnaissance du consentement du salarié comme condition à l'application de « clauses collectives » ne découlant pas de l'initiative directe de l'employeur sur le contrat de travail – encore qu'elle ne se soit jamais prononcée sur la « résistance » du contrat telle que formulée en France. En effet, à partir de la règle interdisant les altérations du contrat de travail sans le consentement du salarié (art. 468), la Cour a développé une jurisprudence selon laquelle (1) les nouveaux règlements intérieurs modifiant ou révoquant des avantages de l'ensemble des salariés de l'entreprise ne sont applicables que pour les nouveaux contrats de travail et (2) seule l'adhésion de chaque ancien salarié au nouveau règlement vaut renonciation à l'antérieur⁵⁰⁸. En second lieu, la Cour a commencé à appliquer cette logique dans un cas ne concernant pas un règlement intérieur, mais la « *sentença normativa* ».

La *sentença normativa*, en somme, s'insère dans le cadre du « pouvoir normatif » de la Justice du Travail brésilienne. Ce pouvoir est invoqué par les parties pour résoudre des conflits collectifs de travail lorsqu'elles n'ont pas abouti à un accord. La décision judiciaire lors de ce conflit, appelée *sentença normativa*, a en principe les mêmes effets que ceux émanant d'une convention collective : réguler les relations de travail dans tout le champ de représentation des syndicats parties au conflit.

Dans le cas particulier du conflit entre *l'Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*⁵⁰⁹ et l'organisation syndicale des salariés du service postal (résultant des tentatives de renégociation du règlement portant sur le parcours professionnel), les parties n'ont pas abouti à un accord, et le *Tribunal Superior do Trabalho* a réglé la question en ayant recours à son « pouvoir normatif ». Le nouveau règlement, résultat de la *sentença normativa* du cas, est connu comme le PCCS/08⁵¹⁰, et s'est substitué à l'ancien PCCS/95. Cependant, étant donné que le nouveau règlement comporte des dispositions moins favorables que l'ancien, les contentieux individuels sur l'application du PCCS/95 aux contrats de travail signés avant la mise en place du PCCS/08 se sont multipliés.

Dans ce cadre, la jurisprudence du *Tribunal Superior do Trabalho* est actuellement la suivante : d'une part, le PCCS/08 s'applique automatiquement aux contrats de travail signés après son entrée en vigueur ; d'autre part, à la lumière de l'article 468 de la CLT et de la jurisprudence antérieure autour de

⁵⁰⁷ LOBATO, Márcia Regina, *op. cit.*

⁵⁰⁸ Súmula n° 51 du *Tribunal Superior do Trabalho*.

⁵⁰⁹ Entreprise étatique qui a le monopole du service postal au Brésil.

⁵¹⁰ Sigle pour plan de postes et salaires (Plano de Cargos e Salários), qui comprend les descriptions des postes, les salaires et les avantages, ainsi que les spécifications et les compétences requises des salariés pour l'avancement professionnel.

cette disposition⁵¹¹, le PCCS/08 s'applique seulement aux contrats de travail antérieurs s'il y a « adhésion » du salarié (acte qui vaut renonciation au règlement de 1995). Cette adhésion peut néanmoins être tacite, présumée lorsque le salarié n'a pas expressément communiqué son refus dans le délai établi par l'entreprise.⁵¹²

Les contours de ce cas ne sont pas exactement ceux de l'articulation entre convention collective et contrat de travail, pour deux raisons : la *sentença normativa* n'est pas techniquement une convention collective, et la question de l'articulation entre elle et le contrat de travail s'est posée dans le cadre du conflit temporel d'application de différents PCCS. En tout état de cause, il semble, selon nous, que le raisonnement à propos de l'extension de l'article 468 de la CLT derrière cette jurisprudence – qui ne limite pas son application aux altérations du contrat de travail issues de l'initiative directe et unilatérale de l'employeur – peut démontrer une certaine ouverture vers la résistance du contrat de travail dans la jurisprudence brésilienne.

À notre avis, la tendance au traitement plutôt contractuel que normatif des conventions et accords collectifs au Brésil, présentée par la réforme de 2017⁵¹³, doit, pour être cohérente, s'accompagner au moins de la reconnaissance du consentement du salarié comme une condition de leur application aux contrats de travail lorsque moins favorable, au moins pour ceux déjà existants lors de la signature de la convention ou accord collectif préjudiciel.

2. Les conditions de validité des conventions et accords collectifs

Enfin, en ce qui concerne l'objet des réformes législatives analysées, les conditions de validité des conventions et accords collectifs révèlent la deuxième grande différence entre les deux systèmes juridiques étudiés. Plus spécifiquement, c'est le traitement du critère majoritaire en France qui demeure la plus grande distinction entre eux.

a. Renforcement du critère majoritaire en France

i. L'anticipation de la généralisation du critère majoritaire dans l'entreprise

⁵¹¹ La même *Súmula* (énoncé) n° 51 du *Tribunal Superior do Trabalho* est évoquée dans la majorité des arrêts sur ce thème.

⁵¹² En ce sens, par exemple : AgR-AIRR - 2380-33.2013.5.03.0098 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/03/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/03/2018 ; AIRR - 1059-06.2015.5.20.0005 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 28/02/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/03/2018 ; AIRR - 11069-35.2013.5.11.0004 , Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 07/02/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/02/2018 ; ARR - 10673-73.2014.5.15.0081 , Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 13/12/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2017.

⁵¹³ Tendance représentée par exemple par la nouvelle fin automatique de leur application aux contrats de travail après leur période d'application, en substitution à la logique antérieure d'application jusqu'à l'avènement d'une nouvelle norme négociée (ce qui se rapprochait plus de la dynamique de la loi), ainsi que par la limite maximale de 2 années d'application (une durée indéterminée comme en France étant impossible).

La loi du 8 août 2016 avait généralisé, en France, la dynamique majoritaire pour la validité des accords d'entreprise. Elle a exclu l'alternative de l'exercice du droit d'opposition (majorité « négative ») dans le cadre de la validation des accords à ce niveau⁵¹⁴, soumise dorénavant à la signature d'une ou de plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles (C. trav., art. L. 2232-12, alinéa 1er) (et non plus 30% comme prévoyait la loi du 20 août 2008). Cette généralisation devait s'appliquer à compter du 1^{er} septembre 2019.

Toutefois, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a anticipé son entrée en vigueur au 1^{er} mai 2018, une mesure d'une certaine manière cohérente avec le renforcement de l'accord collectif qu'elle a mis en œuvre à ce niveau : « Dans ce contexte de renforcement significatif de la place de l'accord d'entreprise, on comprend que la généralisation de l'accord majoritaire soit avancée : 1^{er} mai 2018 à la place du 1^{er} septembre 2019. »⁵¹⁵

ii. L'ouverture du référendum à l'initiative de l'employeur

Cependant, « ceux qui pensent encore que cette généralisation sera source de blocages se rassurent »⁵¹⁶, en raison de l'ouverture de la technique du référendum à l'initiative de l'employeur. La loi du 8 août 2016 avait déjà créé la possibilité, pour les syndicats représentant au moins 30 % des salariés, de demander un référendum d'entreprise pour également valider l'accord collectif, s'il était approuvé par la moitié des suffrages exprimés. Ainsi, cette option vient « sauvegarder » les accords dans lesquels la condition de validité relative à l'exigence majoritaire n'est pas remplie. Lors des ordonnances du 22 septembre 2017, l'allègement du critère majoritaire est paradoxalement davantage approfondi, à travers l'ouverture du référendum à l'initiative patronale – même si ce mécanisme « est subsidiaire à [celui] des organisations syndicales signataires et peut avorter si l'ensemble de ces dernières s'y opposent »⁵¹⁷.

b. Maintien de l'unicité syndicale et de l'absence de critère majoritaire au Brésil

Quoi qu'il en soit, même si l'affaiblissement du critère majoritaire suscite des questions par rapport à la légitimité des accords d'entreprise en France, le contour actuel des conditions de validité de ces normes négociées demeure très distinct de celui existant au Brésil.

Il faut souligner tout d'abord que, en dépit des nombreuses mesures envisageant l'autonomie

⁵¹⁴ Quant aux accords de branche et aux accords nationaux interprofessionnels, les conditions de leur validité n'ont pas été modifiées.

⁵¹⁵ ANTONMATTEI, Paul-Henri. *L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise*, op. cit.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ *Ibid.*

normative des « partenaires sociaux » brésiliens, il n'y a pas eu de modifications touchant la base du système syndical d'*unicité*⁵¹⁸. En réalité, le « renforcement » de la négociation collective n'est pas passé par des dispositions nouvelles concernant les interlocuteurs syndicaux, les agents de négociation, mais uniquement par l'élargissement du champ ouvert à cet instrument. La différence ontologique entre ces deux types de mesures dévoile le paradoxe existant au sein du discours souvent évoqué par le législateur réformiste, selon lequel l'accroissement du rôle normatif des syndicats – et de leurs fonctions – serait en soi un renforcement des syndicats. Toutefois, la modification des fonctions et des instruments disponibles n'entraîne pas forcément la modification du pouvoir des acteurs autorisés à les manier. Bien au contraire, le contexte tend à créer une instrumentalisation de la fragilité de ces acteurs vers la flexibilisation du droit positif. En ce sens, on rappelle les mots de Márcio Tulio Viana : « un nouveau et important rôle peut être, à la fois, un triste et pauvre rôle »⁵¹⁹.

Certes :

« Il fait pratiquement consensus, parmi ceux qui se dévouent à étudier les relations de travail au Brésil, que toute modification du cadre réglementaire devrait être précédée d'une réforme syndicale, amplement débattue avec la société et, surtout, avec les intéressés, capables de redimensionner le modèle qui, dans ses grandes lignes, est en vigueur depuis la décennie de 1930. Ce modèle statique de représentation syndicale, souvent déconnecté de la représentativité, tend à favoriser la configuration d'un système inefficace, ce qui diffère des systèmes dans lesquels la négociation collective est la principale forme de régulation »⁵²⁰ (traduction libre)

Dans ces circonstances, maintenir l'absence d'une pluralité de syndicats et d'élections professionnelles entraîne en conséquence l'absence de critère majoritaire en tant que condition de validité des conventions et accords collectifs. Tout comme avant la réforme, il leur suffit, pour être valables, d'être signés par l'organisation syndicale des salariés ayant le monopole de la représentation dans le champ géographique et professionnel correspondant.

III. Perspectives de résistance à la flexibilisation

Les mesures ayant pour objectif la flexibilisation du droit du travail par voie conventionnelle sont

⁵¹⁸ Il faut en ce sens dénier que la fin isolée de la cotisation syndicale obligatoire mise en place par la loi n° 13.467/17 ait modifié le cadre général d'absence d'une véritable liberté syndicale au Brésil. Bien que cet aspect ait été l'un des piliers de l'unicité syndicale au Brésil – dans la mesure où il obligeait tous les salariés, affiliés ou pas, à cotiser au bénéfice du syndicat unique – son extinction sans aucune modification du reste du système maintient les salariés sous une représentation syndicale automatique et unique et, dorénavant, davantage affaiblie sans sa principale source de financement : « Elle est curieuse la liberté cultivée par le cynisme : elle permet au travailleur de décider s'il va ou non cotiser pour le syndicat, néanmoins, elle oblige à ce qu'il soit représenté par le syndicat. » YAMAMOTO, Paulo de Carvalho. "Qual liberdade ? O cinismo como figura retórica da reforma trabalhista : o caso da contribuição sindical". In : *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*, op. cit., p. 425-434.

⁵¹⁹ VIANA, Márcio Tulio. *Quando a livre negociação pode ser um mau negócio: (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT)*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 34, n. 64, p. 155-159, jul./dez. 2001. Disponible sur : « <https://hdl.handle.net/20.500.12178/73135> ». Consulté le 23/04/2018.

⁵²⁰ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira, op. cit, p. 446.

alors indéniables et prennent des formes diverses, même au sein des contours spécifiques de la négociation collective dans chaque pays. Ce constat conduit à s'interroger tout naturellement sur l'existence de lieux de résistance, d'outils ou de dispositifs pouvant permettre de contrebalancer ou de circonscrire ces stratégies.⁵²¹ Sous cet angle, il convient enfin d'examiner quelles sont les limites et les formes de contrôle de cette modalité particulière de flexibilisation du droit du travail objet de notre recherche. À cette fin, il sera évoqué deux facettes de résistance de cette branche du droit : celle existant au niveau de la négociation collective elle-même et celle existant au niveau de l'examen des clauses conventionnelles. Bien que ces limites aient leurs propres limitations⁵²², l'analyse sous ces prismes nous permet de mettre en lumière le rôle joué par deux groupes d'acteurs importants dans ce contexte : les syndicats et les juges, ainsi que de susciter quelques questions sur l'avenir du phénomène normatif que nous avons étudié.

A. Au niveau de la négociation : le rôle des syndicats

Si les modalités de flexibilisation du droit du travail examinées tout au long de ce travail sont accrues grâce à l'ouverture du champ de la négociation collective et à son renforcement à chaque niveau d'articulation des normes négociées en découlant, il n'y a rien de plus naturel que de déduire de ce même cadre le premier front de résistance : l'action des syndicats dans la négociation.

Certes, ce qui diffère cette modalité particulière de flexibilisation de la dérèglementation du droit du travail⁵²³, c'est que la norme « plus flexible » n'est pas fixée immédiatement, ni obligatoirement... Elle n'est qu'une possibilité ouverte par le législateur⁵²⁴. Il est nécessaire de faire appel aux partenaires sociaux pour concrétiser cette potentialité. Ainsi, les ambitions sous-tendant les réformes législatives en ce sens peuvent ne pas se concrétiser.

Certes, l'ambivalence de la négociation collective nous rappelle que, si d'un côté elle peut constituer un des éléments de médiation juridique du capital et être, en ce sens, instrumentalisée vers la flexibilisation du droit du travail conformément les « exigences économiques », d'un autre côté elle

⁵²¹ KHODRI, Farida. *Les normes sociales fondamentales : des remparts efficaces aux flexibilités du droit du travail ?*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément

⁵²² Les limitations apportées à chacune de ces facettes seront exposées lors de leur examen. Il faut néanmoins reconnaître une limitation générale et préalable à la propre notion de résistance aux flexibilités dans le droit du travail : celle relative à la nature ambivalente de cette branche du droit.

⁵²³ La dérèglementation constitue l'abolition des rigidités induites par le droit du travail ; tandis que l'autre voie de flexibilisation est celle de l'assouplissement du droit du travail et du retrait de la loi au profit de la négociation collective. Cette distinction avait déjà été mise en lumière par Antoine Jeammaud, la première voie conduisant, selon l'auteur, à un « droit du travail flexible », la seconde à un « droit flexible du travail ». FOREST, Virginie ; JULIEN, Mathilde. *Analyse du discours patronal sur la flexibilité - Une lecture juridique et économique*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015. Supplément.

⁵²⁴ Il est certain que cette observation est en quelque sorte aménagée dans un contexte où les matières de négociation obligatoire sont nombreuses.

est un espace d'affrontement des classes potentiellement créateur, à la fois, de moyens de résistances aux ambitions « flexibilisantes » et d'expériences d'organisation collective et de luttes qui peuvent apporter de réelles restrictions aux pouvoirs du capital.

1. L'expérience après la loi Fillon : l'émergence des multiples formulations employées dans les accords de branche pour restreindre les marges de négociation au niveau de l'entreprise

Compte tenu de ces observations, il nous paraît intéressant de souligner comment l'une des lois les plus importantes de ce mouvement progressif de renforcement de la négociation collective (surtout au niveau de l'entreprise) en France n'a pas abouti immédiatement aux effets attendus lors de son élaboration.

On rappelle que la loi du 4 mai 2004 (loi Fillon), parmi d'autres mesures, a ouvert aux accords d'entreprise la possibilité de déroger aux conventions de branche, à l'exception de quatre domaines au sein desquels lesquels la négociation de branche a été fixée comme impérative⁵²⁵. Toutefois, la convention de branche pouvait encore conserver son effet impératif si elle le prévoyait expressément, par le biais des dites « clauses de verrouillage ». L'alinéa 4 de l'art. L. 123-23 du Code du travail de l'époque disposait : « La convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des dispositions dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ».

Cependant, une étude d'évaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises a démontré que la réforme n'a pas vraiment déclenché une dynamique nouvelle de la négociation collective en France. Dans un premier temps, il a été constaté que « sur la période 2004-2007, le nombre d'accords réputés dérogatoires au sens de la loi du 4 mai 2004 était insignifiant »⁵²⁶. Dans ce contexte, les auteurs de l'étude « ont été amenés à centrer l'analyse sur les raisons du non-usage de la possibilité de signer des accords dérogatoires au niveau des entreprises. »⁵²⁷.

Parmi les raisons expliquant ce cadre, ont été identifiés la complexité du nouveau cadre légal, ressentie comme excessive, l'inadéquation du dispositif au regard des pratiques et des enjeux habituels de la négociation collective dans les entreprises, l'existence d'une incertitude juridique forte autour de la notion de dérogation et, enfin, le verrouillage du dispositif par les acteurs des branches

⁵²⁵ Les salaires minima ; les classifications ; la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ; et la mutualisation des fonds de la protection sociale complémentaire.

⁵²⁶ MERIAUX O., KERBOURC'H J. Y., SEILER C. *Évaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises*. 08. Document d'Etude DARES, n 140, 2008. P. 2

⁵²⁷ *Ibid*, p. 2.

conventionnelles⁵²⁸.

C'est exactement cette dernière raison qui nous intéresse à titre d'exemple de la potentielle action de résistance des syndicats devant les mesures législatives ayant pour but la flexibilisation du droit du travail à travers la négociation collective. À cet égard, il a été observé que :

« Un effet paradoxal de la possibilité de signer des accords dérogatoires dans les entreprises est d'avoir amené les acteurs des branches professionnelles à réaffirmer leur volonté de garder la main sur la définition de certains éléments du statut professionnel des salariés, en introduisant des clauses restrictives dans les nouveaux accords collectifs »⁵²⁹

Ainsi, les intérêts des acteurs du système de relations sociales ont, dans une certaine mesure, réussi à préserver une logique de hiérarchisation des niveaux de la négociation collective contraire à la dynamique visée par la loi Fillon, à travers la multiplication de la stipulation des clauses de verrouillage affirmant le rôle des branches et ne laissant aux accords et conventions d'entreprise qu'un rôle complémentaire. Cet effet sur l'articulation des niveaux de négociation était largement contraire au but recherché par le législateur.

Les éléments liés à ce contexte étaient variables et complexes. Des raisons économiques sont venues s'ajouter à des motifs juridiques et sociologiques. Dans les branches structurées de longue date, par exemple, la force des syndicats des salariés en termes de conquête d'avantages conventionnels historiques semble avoir joué un rôle très important.⁵³⁰ Dans les « branches récentes et faiblement structurées »⁵³¹, d'autre part, les enjeux identitaires semblent avoir été aussi importants que ceux relatifs à la production normative. En ce sens, le maintien de la branche en tant qu'espace essentiel aux dynamiques des relations de travail souligne le fait que :

« Avant d'être un lieu de production normative, la branche est un marqueur identitaire puissant, qui cimente les acteurs des relations professionnelles autour d'un sentiment d'appartenance à une même communauté d'intérêts. Cette dimension est particulièrement marquée dans les branches récemment « émancipées », à l'instar de l'assainissement et de la maintenance industrielle. »⁵³²

Sur ce riche terrain, il y a eu l'émergence des multiples formulations employées dans les accords de branche pour restreindre les marges de négociation au niveau de l'entreprise, notamment les clauses de verrouillage général et les clauses d'interdiction spéciale de déroger *in pejus* à un avantage déterminé, lorsque ces clauses prévoient des dispositions plus favorables que la loi aux salariés.⁵³³

2. Limitations

⁵²⁸ *Ibid*, p. 2.

⁵²⁹ *Ibid*, p. 2.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 21-22.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 22.

⁵³² *Ibidem*, p. 22.

⁵³³ *Ibidem*, p. 24-29.

Il ne faut pas négliger néanmoins les limitations aux formes de résistance syndicale à la flexibilisation du droit du travail. En premier lieu, il faut relever que, d'une part, les clauses de verrouillage ont perdu beaucoup d'espace dans le cadre de l'articulation française entre les conventions de branche et les accords d'entreprise et que, d'autre part, elles n'ont même jamais été prévues au Brésil. En outre, cet instrument constitue une exception importante à la possibilité de dérogation incluse dans le droit positif lui-même. En ce sens, l'action syndicale examinée a été menée au sein des propres frontières dessinées par le législateur réformateur – bien que la fréquence du recours ait été inattendue. En tout état de cause, il convient de poser la question des limitations en des termes plus larges, dans la mesure où l'expérience après la loi Fillon n'a été exposée qu'à titre d'illustration.

Le champ des limitations est plus large et concerne surtout la question du pouvoir de négociation des organisations syndicales des salariés, qui ne rencontrent pas toujours un contexte propice à la résistance aux intérêts patronaux dans le cas de normes négociées moins favorables aux salariés. Au Brésil, cette question pose encore plus de difficultés qu'en France, où, au moins, les réformes progressives vers le renforcement de la négociation collective ont été accompagnées, dans une certaine mesure, de dispositions sur la représentativité syndicale, l'exigence majoritaire des accords, les modes de financement des organisations, le raffermissement de l'obligation de loyauté dans la négociation collective⁵³⁴, etc.

En revanche, un système où le monopole de la représentation syndicale est octroyé par l'État à des organisations qui peuvent devenir considérablement indépendantes de la base syndicale ; où les interlocuteurs syndicaux sont peu implantés dans les entreprises ; et où les modes d'action et de pression face au patronat, comme la grève, sont fortement réprimés, entraîne un extraordinaire degré de complexité pour la résistance à l'instrumentalisation de la négociation collective vers la flexibilisation du droit du travail – cadre dénoncé depuis longtemps au Brésil⁵³⁵. Dans le contexte actuel, le recours argumentatif à la « crise économique » et au niveau de chômage par les employeurs, auquel s'ajoute l'absence d'obligations légales relatives à la procédure d'information et de consultation des salariés (sur la situation financière de l'entreprise, par exemple), entraîne les négociations vers des résultats qui leur sont encore plus préjudiciables.⁵³⁶

En conclusion, il est indéniable que les syndicats représentent un important front de résistance – peut-être même le premier – devant ce phénomène normatif d'instrumentalisation de la négociation collective. Il faut néanmoins souligner que cela dépend de leur réel renforcement, qui dépend lui-

⁵³⁴ PASQUIER, Thomas. *Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective*. Rev. trav., 2018. P. 44.

⁵³⁵ VIANA, Márcio Túlio, *op. cit.*

⁵³⁶ LOBATO, Márcia Regina, *op. cit.*

même de plusieurs éléments autres que le seul élargissement de leurs fonctions normatives.

B. Au niveau de l'examen des clauses conventionnelles : le rôle des juges

D'autre part, le contrôle judiciaire des clauses conventionnelles représente la deuxième facette de résistance à la flexibilisation illimitée du droit du travail par la négociation collective. Sous ce prisme, il convient de réfléchir préalablement aux méthodes d'interprétation de ce type particulier de clause. Bien que théorique en apparence, la question de la nature duale des conventions collectives est au cœur de la discussion portant sur le contrôle que les juges opèrent sur son interprétation.

Il a apparaît, à travers l'analyse de la dualité de ces actes collectivement négociés, par exemple, qu'une étude a, dans les années 1990, en France, décrypté le régime alors applicable du contrôle de l'interprétation des conventions collectives par la Cour de cassation, basé sur des directives d'interprétation du contrat ainsi que sur les principes d'interprétation de la loi.⁵³⁷ Il a été décelé pourtant que la première méthode avait une prévalence sur la deuxième.⁵³⁸

Dans ce contexte, l'auteur de cette étude défendait le fait qu'il fallait aussi valoriser l'interprétation des clauses selon leur nature normative :

« L'interprétation peut différer selon la nature des dispositions à interpréter. Par exemple, respect de l'économie du contrat pour les clauses de nature contractuelle, mais interprétation la plus favorable au salarié⁵³⁹ pour les dispositions de la convention collective dotées d'une nature réglementaire. »⁵⁴⁰

Dans le cadre actuel, les réformes ont mis davantage l'accent sur la nature contractuelle des normes négociées, aspect mis en évidence surtout par les mesures visant à affaiblir le contrôle judiciaire de leurs clauses. Cependant, c'est au contraire leur nature normative qui permet leur utilisation dans le cadre de la flexibilisation du droit du travail étatique - aspect essentiel pour la compréhension des ambitions derrière le large renforcement de la négociation collective. Il faut alors mettre l'accent sur les effets dits normatifs de la convention collective et de la méthode d'interprétation dans le cadre du contentieux, sous peine d'effacer encore davantage les contours d'appréciation du juge.

On reconnaît que de potentiels conflits quant à la méthode d'interprétation suscitent une remarquable complexité et méritent des analyses détaillées, motif pour lequel : « une véritable théorie de l'interprétation des conventions collectives reste sans doute à écrire : celle qui ne négligerait pas le cadre original qui est celui des relations professionnelles et des normes conventionnelles qui y

⁵³⁷ LHUILIER, Gilles, *op. cit.*

⁵³⁸ Conformément à la directive civiliste recommandant aux interprètes de rechercher la commune intention des parties. *Ibid.*

⁵³⁹ Selon certains, cela constitue une directive d'interprétation de la loi propre au droit du travail en France. *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Ibid.*

prennent leur source. ».⁵⁴¹ Toutefois, étant donné les limites objectives de la présente recherche, on se limitera à évoquer certaines références pour l'examen des clauses conventionnelles à la lumière de leur nature normative. Les perspectives de résistance relatives à l'appréciation des juges sur les clauses conventionnelles seront examinées sous l'angle de la mobilisation de certaines sources normatives de valeur supérieure.

Il convient de souligner, enfin, que cette analyse n'exclut pas le fait que les réformes mises en place en France et au Brésil en 2017 sont elles-mêmes – et pas seulement les clauses conventionnelles signées à leur lumière – susceptibles préalablement d'être examinées à l'aune de ces normes, ce que nous avons d'ailleurs essayé brièvement d'exposer tout au long du développement de la recherche. Néanmoins, le présent sous-titre envisage le cadre général des limitations, de manière abstraite, que le mécanisme de flexibilisation par voie conventionnelle peut toujours rencontrer dans le propre droit positif, quelles que soient les circonstances économiques et syndicales ou les particularités réglementaires mises en œuvre par le législateur à un moment donné. Ainsi, si les clauses conventionnelles sont l'outil le plus spécifique pour la mise en place de ce mécanisme, il incombe alors d'examiner les frontières de leur contenu au sein de tout système juridique.

À cette fin, nous partons de la prémisse selon laquelle même le premier niveau d'articulation de la norme négociée – celui par rapport à la loi – ne bouleverse pas les rangs normatifs plus élevés des systèmes juridiques. En conséquence, même lorsqu'elle déroge la loi, la norme négociée est soumise encore à certaines limites juridiques non accessibles directement pas les partenaires sociaux.

1. Mobilisation des normes sociales fondamentales

En ce sens, on s'interroge sur l'aptitude des normes sociales fondamentales à être mobilisées dans le cadre de la protection des droits des salariés face aux normes négociées « *flexibilisantes* ». Néanmoins, il ne s'agit pas ici de vérifier en détail la capacité de résistance réelle de chacune de ces normes, le degré spécifique de leur « efficacité » face aux dispositifs de flexibilisation du droit du travail, ce qui serait une « ambition scientifiquement illusoire. »⁵⁴².

En outre, il faut souligner qu'on adopte ici une définition large des normes sociales fondamentales, englobant celles « portées par un acte de valeur constitutionnelle ou rattachées à un tel acte et les normes contenues dans un acte international ou européen qui reconnaît des droits ou libertés à une

⁵⁴¹ MOREAU, Marc. *L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ?* Dr. soc., 1995. P. 171.

⁵⁴² KHODRI, Farida. *Les normes sociales fondamentales : des remparts efficaces aux flexibilités du droit du travail ?*, op. cit.

catégorie de personnes (les salariés ou leurs représentants) dans le champ des relations du travail. ».⁵⁴³

i. Le droit international et le droit communautaire

Le premier groupe de normes sociales fondamentales mobilisables par le juge dans le cadre de l'examen des clauses conventionnelles englobe le droit international et le droit communautaire.

En France, cette mobilisation est historiquement fréquente dans des contextes de flexibilisation du droit du travail. La terminologie des droits dits « fondamentaux » a d'ailleurs surgi pour les faire face :

« Le croisement de l'historique de la mobilisation des droits et libertés qualifiés de fondamentaux devant les instances juridictionnelles françaises et des discours sur la flexibilité du droit du travail montre que les deux vont souvent de pair. Ainsi le recours aux droits et libertés fondamentaux du salarié est initié concomitamment aux premiers discours sur la flexibilité : au début des années 1980 en France, un peu avant pour d'autres pays européens tels l'Italie ou l'Espagne par exemple. À notre connaissance, on ne trouve pas de référence à des normes qui seraient qualifiées de fondamentales dans le champ des relations sociales avant cette date, exception faite du droit de grève. »⁵⁴⁴

D'ailleurs, « le recours aux normes sociales fondamentales est en progression » dans ce pays, où elles sont effectivement mobilisées, et d'autant plus dans un contexte de flexibilité.⁵⁴⁵

Au Brésil, le recours aux sources supranationales de droit social n'est pas aussi fréquent, bien que les normes sociales fondamentales à niveau international et celles applicables en France soient en grande partie convergentes : citons la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, en ce qui concerne le droit social, les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail.

D'ailleurs, le contrôle de conventionalité peut être réalisé par les juges nationaux à travers la mobilisation de conventions spécifiques de l'OIT, en fonction du droit protégé auquel la clause conventionnelle a porté atteinte. À cette fin, il faut d'abord défendre (1) l'invocabilité directe de ces conventions devant les juges internes et (2) la reconnaissance des conventions et accords collectifs en tant qu'objet de ce contrôle (et non uniquement les lois).

Au Brésil, cette mobilisation ne pose pas de problèmes. La jurisprudence du *Tribunal Superior do Trabalho*, par exemple, écarte les clauses conventionnelles imposant certains régimes de prolongation de la journée de travail dans des locaux insalubres à l'aune de la Convention n° 155 de l'OIT sur la

⁵⁴³ *Ibidem*.

⁵⁴⁴ KHODRI, Farida, *op. cit.*

⁵⁴⁵ « Une comparaison année après année montre que l'on mobilise de plus en plus ces normes devant la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État et que le nombre de questions préjudicielles posées à la Cour de Justice de l'Union européenne basées sur cette catégorie de normes ne cesse d'augmenter. » *Ibid.*

sécurité et la santé au travail.⁵⁴⁶

En France, l'effectivité des conventions est également garantie par le juge national, qui fait application de certaines de leurs dispositions lorsque celles-ci sont claires et précises.

Au niveau communautaire, à son tour, le droit européen possède un cadre non négligeable de dispositions sur le droit social et de juridictions propres⁵⁴⁷, comme les directives de l'Union européenne (cœur de compétence de la Cour de justice de l'Union européenne) et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. En outre, le Comité européen des Droits fondamentaux, organe de contrôle de la mise en œuvre de la Charte sociale européenne, « développe une « jurisprudence » originale relative aux droits sociaux »⁵⁴⁸.

Par exemple, dans le cadre des réclamations déposées par des organisations syndicales grecques relatives à des dispositifs législatifs adoptés en 2010 dans le contexte des réformes de grande ampleur en droit du travail et de la politique d'austérité, le Comité, sans même se prononcer à propos de la disposition ouvrant largement le champ de la négociation collective d'entreprise dérogatoire⁵⁴⁹ :

« [...] va constater plusieurs violations de la Charte sociale et profiter de ses décisions pour adresser un message aux États engagés dans des politiques de flexibilisation des droits du travail : la crise ne peut légitimer une remise en cause des droits sociaux garantis par la Charte. »⁵⁵⁰

En ce qui concerne spécifiquement la résistance aux dispositions conventionnelles conduisant à un affaiblissement des droits des salariés, l'arrêt du 30 avril 2014 de la Cour de cassation⁵⁵¹ relève d'ailleurs un exemple d'action des juges nationaux. Dans le cas, la convention de forfaits jours a été écartée en s'appuyant fortement sur le droit social international et européen.

En revanche, en Amérique latine, le niveau communautaire est très faible s'agissant du domaine du droit social. En effet, le MERCOSUL n'en comporte aucune norme spécifique. En outre, bien qu'elle

⁵⁴⁶ Par exemple : RR - 62900-71.2009.5.15.0095 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/12/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2017 ; et RR - 441-74.2010.5.04.0751 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 29/03/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/04/2017.

⁵⁴⁷ Même si la place limitée que l'ordre juridique de l'Union européenne accorde aux droits sociaux en général est souvent soulignée, il faut reconnaître que cette dimension communautaire des droits sociaux n'existe avec une telle portée dans aucune autre région du monde, motif pour lequel, et même s'il n'est pas très large, le cadre de droits à ce niveau ne peut être négligé.

⁵⁴⁸ LAULOM, Sylvaine. *Les droits sociaux fondamentaux repart des déconstructions des droits du travail*. Rev. trav. 2013. 410

⁵⁴⁹ « Notons enfin que les syndicats requérants souhaitaient que le CEDS se prononce sur un autre aspect de la loi en cause ouvrant très largement le champ de la négociation collective d'entreprise dérogatoire. La Grèce n'ayant pas accepté les articles 5 et 6 de la Charte relatifs au droit syndical et au droit à la négociation collective, le Comité ne pouvait contrôler leur application et il refuse de considérer que l'article 3, paragraphe 1^{er}, du protocole additionnel de 1988, selon lequel « les travailleurs ont le droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail et du milieu du travail dans l'entreprise », porte sur la négociation collective. Il ne se prononce donc pas sur la violation alléguée » *Ibidem*.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ Cass. soc., 30 avr. 2014, n° 13-11.034.

ne relève pas du niveau communautaire, il convient de mentionner que la Convention américaine relative aux droits de l'homme (le *Pacto de San José da Costa Rica*), fondement de la compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ne mentionne à cet égard que l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 6).

ii. Le droit constitutionnel

Le droit constitutionnel possède également une fonction d'obstacle qui ne peut être niée.⁵⁵² À l'égard des limites imposées par les normes de valeur constitutionnelle, le cadre au Brésil est fortement tracé et détaillé, étant donné les circonstances historiques qui ont contribué au processus de dense constitutionnalisation du droit du travail. Au-delà des dispositions portant spécifiquement sur le champ de la négociation collective, largement exposées au sous-titre I de la partie 1 (qui dessine les contours de l'indisponibilité du droit du travail), et des nombreux droits des travailleurs expressément énumérés, la Constitution brésilienne se prononce également sur la place centrale du travail dans la société brésilienne, dans une logique indéniablement non libérale.⁵⁵³

D'une part, la valeur sociale du travail est érigée comme l'un des principes fondamentaux de la République⁵⁵⁴. D'autre part, l'ordre économique national est fondé non seulement sur la libre initiative, mais aussi sur « la valorisation du travail humain ».⁵⁵⁵

Ce groupe normatif, ainsi que celui des normes internationales, constitue ce que la doctrine brésilienne appelle *patamar civilizatório mínimo*⁵⁵⁶, une sorte de seuil minimal de dignité humaine aux travailleurs, qui ne peut être remis en cause par aucun acte collectivement négocié. Ainsi, la lecture du droit constitutionnel brésilien, en tant qu'obstacle au large essor de la négociation collective, encadre le contenu des clauses conventionnelles.

En France, le droit constitutionnel est capable encore de faire obstacle également à certaines procédures dans la conclusion des conventions et accords collectifs, préalablement même aux questions relatives à leur contenu potentiellement préjudiciable. Il nous semble ici que, dans le cadre de la pluralité syndicale, le terrain constitutionnel tend également à poser cette deuxième perspective d'obstacles, liés aux conditions de validité de la norme négociée, plus nombreuses que celles émanant

⁵⁵² BAUDUIN, Bérénice, *op. cit.*

⁵⁵³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História de Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 355.

⁵⁵⁴ Constituição Federal, art. 1^o. Sont également des principes fondamentaux la citoyenneté, la dignité de la personne humaine et la valeur sociale de la libre initiative économique.

⁵⁵⁵ Constituição Federal, art. 170.

⁵⁵⁶ TEODORO, Maria Cecília Máximo, *op. cit.*

d'un système où la signature du syndicat unique suffit.⁵⁵⁷

L'ouverture du référendum à l'initiative de l'entreprise, par exemple, est de nature à susciter de nouvelles problématiques à l'égard du droit de participation et de la liberté syndicale.⁵⁵⁸ D'un côté, les travailleurs ont un droit de participation à la détermination de leurs conditions de travail par l'intermédiaire de délégués⁵⁵⁹, auxquels le référendum donne accès de manière très imparfaite⁵⁶⁰, dans la mesure où il ne suppose, à lui seul, aucune concertation sur les conditions de travail. « Il s'agit simplement d'approuver ou de refuser une décision ». ⁵⁶¹ D'un autre côté, il y a la question de savoir si le recours par l'employeur à un référendum en vue de faire valider un accord négocié avec les organisations syndicales (mais n'ayant pas satisfait à l'exigence majoritaire) « a pour objet ou pour effet de faire obstacle » à l'intervention de ces dernières dans la détermination collective des conditions de travail, de manière à porter atteinte à la liberté syndicale telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel.⁵⁶²

À l'égard du contrôle du contenu même des clauses conventionnelles, néanmoins, les normes françaises ayant valeur constitutionnelle sont, dans une certaine mesure, moins mobilisables que celles existant au Brésil, étant donné qu'elles ne relèvent pas de droits bien spécifiques – bien qu'elles constituent un modèle destiné à guider l'essor de la négociation collective.⁵⁶³ En effet, « le domaine susceptible d'être laissé à la négociation collective est nécessairement restreint »⁵⁶⁴. De lois portant un encadrement insuffisant des dérogations autorisées ne répondent pas à la jurisprudence constitutionnelle, selon laquelle le législateur peut autoriser un accord collectif « à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public » à la condition de « définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation ». ⁵⁶⁵ Les deux seuls domaines susceptibles d'être laissés à la négociation collective sans qu'aucun encadrement particulier de la part du législateur ne soit nécessaire sont l'amélioration conventionnelle des dispositions législatives et le domaine dit « potentiellement législatif », une zone néanmoins grise, où il peut s'investir ou laisser la place à la convention collective.⁵⁶⁶

2. Limitations

⁵⁵⁷ Bien que les obstacles au contenu des clauses conventionnelles relèvent aussi bien du domaine de la validité des normes négociées.

⁵⁵⁸ Bérénice Bauduin, *op. cit.*

⁵⁵⁹ Préambule de la Constitution de 1946, huitième alinéa.

⁵⁶⁰ Bérénice Bauduin, *op. cit.*

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² *Ibidem.*

⁵⁶³ *Ibidem.*

⁵⁶⁴ *Ibidem.*

⁵⁶⁵ *Ibidem.*

⁵⁶⁶ *Ibidem.*

Au-delà de quelques difficultés brièvement pointées, comme la portée restreinte de l'ordre normatif communautaire latino-américain en droit social, la mobilisation des normes sociales fondamentales rencontre, en général, des limitations non négligeables qu'il est possible d'examiner sous deux prismes : celui relatif aux normes elles-mêmes et celui relatif aux acteurs en jeu dans leur concrétisation⁵⁶⁷.

S'agissant des normes en soi, il faut d'abord reconnaître que la question de leur capacité à être des remparts à la flexibilité renvoie à l'analyse de leur justiciabilité, autrement dit, à la question de savoir si on peut y recourir dans le cadre d'un litige. « Étant justiciables, elles peuvent ainsi être mobilisées pour empêcher la modification de dispositifs juridiques existants ou pour limiter les atteintes à des droits et libertés des salariés et de leurs représentants. ». En général, elles le sont, exception faite des débats importants à propos de la justiciabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵⁶⁸.

Toutefois, cette justiciabilité est fortement fragilisée par la faiblesse des systèmes de sanction mis en place pour garantir le respect des normes sociales fondamentales⁵⁶⁹, qui peuvent échouer à permettre la garantie effective d'un droit ou d'une liberté pourtant fondamentale.

Quant aux acteurs engagés dans leur concrétisation, on rappelle que le sens en soi des normes est, lui, objet de disputes narratives⁵⁷⁰, un terrain de conflit discursif où le juge joue un rôle majeur. À cet égard, le contexte dans lequel le juge est intégré influence la portée et l'essor des normes qu'il leur attribue :

« Si l'on considère que le recours à ces normes se fait souvent en contexte de flexibilité où l'objectif poursuivi est celui de l'optimisation économique des règles de droit, fondée sur le postulat de l'incidence déterminante de celles-ci sur l'activité économique et non « *de protection* » ; alors la teneur de ces normes (nationales ou internationales) qui consacrent des droits et libertés fondamentaux, dans leur concrétisation, n'est-elle pas influencée par ce contexte ? Après analyse, il ressort en effet que la pression qu'elles peuvent exercer sur les dispositifs et les vecteurs de flexibilité qu'elles servent parfois à contrer, si elle est parfois réelle, n'est souvent que modérée dans la mesure où ces normes subissent elles aussi les effets de la flexibilité et que leur portée s'en trouve, *in fine*, fortement circonscrite. »

Dans cette perspective, et dans le contexte de flexibilisation du droit du travail, la teneur des normes sociales fondamentales peut également être « flexibilisée », en dépit de l'absence d'une réforme les

⁵⁶⁷ Nous sommes bien conscients néanmoins que ces deux prismes ne sont pas inséparables, dans la mesure où les normes n'ont pas une signification et une portée objectives, indépendantes de leur contexte d'application et des acteurs qui le mènent. L'attribution de sens est une partie essentielle de l'existence même du texte en tant qu'acte normatif.

⁵⁶⁸ KHODRI, Farida, *op. cit.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ Comme dans le cas de la « lecture néolibérale » des normes sociales constitutionnelles dans les premières années de la Constitution brésilienne de 1988, qui les dépouillait d'un vrai sens protecteur accordé aux travailleurs. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História de Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 358.

touchant directement. En ce sens, leur capacité à faire obstacle aux normes négociées préjudiciables aux travailleurs n'est pas indépendante du cadre complexe d'éléments discursifs, économiques, politiques et sociologiques qui entourent le terrain des réformes juridiques visant l'ouverture de la négociation collective à la flexibilisation du droit du travail. Ces normes intègrent ainsi le cadre de la flexibilité et sont, par lui, influencées.

En conséquence, cette voie peut non seulement être un front limité de résistance aux clauses conventionnelles « flexibilisantes », mais également devenir elle-même une source de flexibilisation.

Cet aspect est d'ailleurs apparu clairement au Brésil, où le *Supremo Tribunal Federal* a remis en cause la jurisprudence de la Justice du Travail sur plusieurs sujets au cours des mois précédant la réforme de la CLT, et ce, dans un sens moins favorable au salarié à tel point que la question a surgi de savoir si la tant ambitionnée « réforme travailliste » n'avait pas été mise en place par la voie judiciaire, plutôt que par la voie législative. Concernant particulièrement la négociation collective, la Cour avait reconnu, en 2015 et 2016, un essor sans précédent aux normes négociées portant respectivement sur la rupture collective conventionnelle⁵⁷¹ et sur la renonciation du droit relatif à la rémunération des heures de trajet.⁵⁷²

Enfin, un troisième élément d'affaiblissement de la capacité de mobilisation des normes sociales fondamentales, qui rassemble certains aspects des deux prismes précédemment évoqués (le contenu des normes lui-même et la position des juges face au contexte de flexibilisation), est celui de la relativisation de ces normes lorsqu'elles entrent en conflit avec d'autres normes dites également fondamentales. La confrontation à d'autres normes de cette même « nature normative » a parfois comme « conséquence de les soumettre à un arbitrage qui se fait au détriment du champ d'application matériel et substantiel des normes sociales fondamentales. »⁵⁷³

En France, par exemple :

« Les politiques sociales consacrées par le préambule (politiques de l'emploi, de santé publique, de logement) sont confrontées aux libertés constitutionnellement garanties, notamment à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété qui comptent parmi les principes constitutionnels de plus en plus souvent mobilisés par le Conseil constitutionnel »⁵⁷⁴

Bien que, historiquement, peu de décisions de la Cour de cassation soient fondées sur les droits

⁵⁷¹ Supremo Tribunal Federal, RE 590.415. Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 30/04/2015. DJe-101, divulgado 28/05/2015, publicado 29/05/2015.

⁵⁷² Supremo Tribunal Federal, RE n° 895.759. Relator : Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 08/09/2016. DJe-195 divulgado 12/09/2016, publicado 13/09/2016.

⁵⁷³ KHODRI, Farida, *op. cit.*

⁵⁷⁴ *Ibid.*

fondamentaux des employeurs ou des entreprises pour légitimer des atteintes aux droits et libertés fondamentales des salariés, dans les décisions les plus récentes, la confrontation se fait en faveur, par exemple, de la liberté d'entreprendre au détriment des normes sociales fondamentales.⁵⁷⁵

Au Brésil, ce conflit entre les normes fondamentales est fréquemment résolu par la jurisprudence à travers le recours à la théorie post-positiviste de Robert Alexy. Néanmoins, une recherche a démontré non seulement que les outils théoriques évoqués sont souvent mis en place d'une manière maladroite, sans rigueur méthodologique, tandis que les autres normes dites fondamentales sont interprétées, en général, de façon à réduire le périmètre d'action des normes sociales et à limiter d'autant leur capacité de résistance face aux stratégies de flexibilisation des droits des salariés.⁵⁷⁶

Dans ce contexte, le manque d'effectivité des normes sociales fondamentales est ainsi davantage aggravé lorsqu'elles sont confrontées à d'autres normes fondamentales devant les juges. En conclusion, la conception du recours au juge en tant que lieu de résistance face à la flexibilisation du droit du travail ne peut également être posée qu'avec certaines réserves.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ MACHADO, Claudia Urano de Carvalho. *A construção histórica do direito do trabalho como resistência à aplicação do pós-positivismo*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Conclusions

Le mouvement d'instrumentalisation de la négociation collective comme un outil vers la flexibilisation du droit du travail semble indéniable. Derrière les récents discours et les mesures autour du renforcement de la négociation, c'est en fait l'effacement de la protection des travailleurs dans le droit étatique qui est en jeu.

Nos conclusions sur ce terrain à partir de l'examen des expériences française et brésilienne peuvent alors se présenter plus en détail sous deux perspectives : une *stricto sensu*, sur la démarche comparative entre le droit de la négociation collective en France et au Brésil ; et une *lato sensu*, sur le phénomène normatif dans son ensemble, dont on peut dégager au moins quelques tendances visant à contribuer à la compréhension du sujet comme un tout.

En premier lieu, à l'aune de la première perspective, plusieurs points de convergence peuvent être observés entre les deux systèmes juridiques comparés. En dépit de certaines remarquables différences de base (théoriques et liées au contexte syndical, notamment), la négociation collective a connu, par le biais de récentes réformes législatives, un nouvel essor sans précédent dans les deux systèmes, qui s'insère dans une dynamique d'affaiblissement du droit du travail d'origine étatique. Cependant, si, d'un côté, le mouvement français a été progressif et mis en place peu à peu par plusieurs touches successives du législateur, d'un autre côté, le mouvement brésilien a été l'objet d'une seule et profonde réforme, dont la portée, en général, dépasse celle émanant de la réforme française. L'application pratique de certaines de ces nouvelles normes sur le sujet peut néanmoins rencontrer plus d'obstacles au Brésil, en raison de nombreuses problématiques « techniques » qui mettent à mal leur validité (comme la question de leur caractère contraire à la Constitution et à certaines Conventions de l'OIT⁵⁷⁷).

Toutefois, exception faite de ce domaine – dont la déclaration dépend de l'activité des juges souvent influencés par le contexte d'exaltation de la flexibilité – les perspectives concernant l'avenir du droit du travail au Brésil préoccupent, étant donné plusieurs éléments qui s'entrecroisent, tels que : *unicité* syndicale, faiblesse des modes de financement et d'action revendicatifs des syndicats, absence d'une vraie insertion syndicale dans l'entreprise accompagnée de la primauté absolue des accords collectifs à ce niveau, absence de critère majoritaire pour la validité des normes négociées et absence, en principe, de « résistance » du contrat de travail devant les clauses conventionnelles. Vis-à-vis de cette complexe conjoncture, certains aspects du droit brésilien de la négociation collective apparemment

⁵⁷⁷ International Labour Office. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. International Labour Conference, 107th Session, 2018. P. 59-60. Disponible sur : « <http://www.ioe-emp.org/index.php?id=4921> ». Consulté le 27/04/2018.

avantageux par rapport au contexte français (comme le monopole syndical du pouvoir de négocier) doivent être lus et examinés selon un regard attentif à la pluridisciplinarité des enjeux qui composent l'environnement de ces éléments.

Paradoxalement, on a néanmoins observé, à travers la lecture des débats doctrinaux, que la « jurisclture » brésilienne est, dans son ensemble, moins habituée et ouverte à la conception de la négociation collective en tant qu'outil d'effacement du rôle de la loi dans le droit du travail que la « jurisclture » française.⁵⁷⁸ Cela peut être attribué, d'une part, au long et progressif mouvement législatif français en ce sens, qui peut avoir en quelque sorte contribué au développement d'une acceptation de la « nouvelle » fonction des normes négociées, parfois vue comme incontournable. D'autre part, les circonstances politiques singulières qui ont conduit à la participation des travailleurs collectivement organisés dans les processus de constitutionnalisation du droit du travail à la fin des années 1980 au Brésil et les contours empruntés à la négociation collective au sein de la Constitution de 1988 semblent également avoir une influence⁵⁷⁹. Est ainsi mis en lumière le contexte dans lequel la réforme brésilienne a pu être approuvée à la suite d'une lourde rupture institutionnelle et démocratique dans le pays.

En tout état de cause, plutôt que de développer des analyses comparatistes détaillées sur ce domaine dans les deux pays, nous avons envisagé de déceler quelques possibles tendances et caractéristiques de ce phénomène normatif dans son ensemble. Par ailleurs, la confrontation de ses enjeux dans un système de pluralité syndicale et dans un système d'*unicité* a permis, à notre avis, d'identifier quelques éléments qui ne sont pas conditionnés aux particularités d'un cadre réglementaire national donné.

En ce qui concerne le riche terrain discursif autour du renforcement de la négociation collective comme source normative prioritaire du droit du travail, nous avons dégagé d'emblée l'appel à la notion de crise. Crise non seulement économique, mais également crise du cadre juridique devant les exigences économiques. En ce sens, si l'on adopte la théorisation selon laquelle le capitalisme aurait des « crises cycliques »⁵⁸⁰, jamais totalement résolues, ce recours rhétorique apparaît en réalité comme quelque chose qui confronte de manière permanente le droit du travail.

⁵⁷⁸ Ce qui n'empêche néanmoins pas la reconnaissance de l'existence d'une vaste et riche doctrine critique en France.

⁵⁷⁹ Même si, comme vu au long de cette recherche, une lecture alternative de la Constitution brésilienne selon laquelle elle permettrait des négociations collectives sans limitation a été développée depuis longtemps par une doctrine influencée par des conceptions néolibérales, ainsi que en dépit de récentes ouvertures du champ du négociable emprunté par la voie judiciaire.

⁵⁸⁰ MÉSZÁROS, István. *O século XXI : socialismo ou barbárie?* / István Mészáros ; tradução: Paulo Cezar Castanheira. 1. ed., 2. reimpr. São Paulo : Boitempo, 2012.

D'ailleurs, plus singulièrement, face à l'exaltation des normes négociées, nous avons souligné l'appel au « discours démocratique », selon lequel la négociation collective permettrait un affermissement de la démocratie. Il a fallu dévoiler ici néanmoins que la notion sous-tendant ce discours ne fait pas référence à une démocratie de manière abstraite, générale (vu que le droit étatique émane de procédures législatives en principe aussi démocratiques, menées par parlementaires élus), mais à une « démocratie » en quelque sorte plus « directe », exercée dans des espaces plus restreints et spécifiques qui permettraient une vraie décentralisation normative. De manière contradictoire, les réformes législatives ouvrant ces espaces aux « partenaires sociaux » ne semblent pas être mises en œuvre en ayant recours à toutes les potentialités démocratiques des procédures « traditionnelles » de production de normes.'

En outre, en ce qui concerne les contours spécifiques du renforcement de la négociation collective, nous avons observé comment il entraîne l'effacement du droit du travail d'origine étatique. Celui-ci se présente à partir d'un « chemin » d'articulations normatives mettant en exergue au moins trois niveaux⁵⁸¹ : l'articulation entre la norme négociée et la loi, l'articulation entre différentes normes négociées et l'articulation entre la norme négociée et le contrat de travail. Au premier rang, l'outil le plus évident pour l'instrumentalisation des espaces étendus de négociation est l'accord dérogatoire *in pejus*, encore que d'autres puissent apparaître. Le deuxième rang est celui dans lequel les espaces de plus en plus décentralisés sont privilégiés et le troisième, enfin, est celui permettant à toutes ces articulations vers la flexibilisation du droit du travail étatique d'avoir des effets concrets dans chaque relation de travail.

De plus, le renforcement de la négociation collective au sein de ces mouvements législatifs semble bénéficier de la délégation normative à des agents négociateurs que l'on peut considérer comme faibles et qui agissent préférablement dans des espaces de plus en plus restreints. Au Brésil, par exemple, malgré l'existence d'un monopole des syndicats pour mener la négociation collective, nous avons vu que l'*unicité* syndicale qui les affaiblit et les éloigne des bases de représentation n'a pas été l'objet de modifications. En France, en revanche, alors que le pluralisme syndical et les garanties plus fermes de liberté syndicale permettent un environnement de syndicats, en général, plus puissants, la négociation collective a été retirée de leur cadre de compétences exclusives pour être redistribuée vers plusieurs « agents palliatifs » non syndicaux, qui opèrent dans des espaces de dialogue restreints.

⁵⁸¹ Au Brésil, la réforme de la CLT a créé encore un autre niveau : celui d'articulation entre la loi et la « norme négociée » directement entre l'employeur et le salarié ayant un type d'autonomie « intellectuelle et financière » (c'est à dire, ce qui est titulaire d'un diplôme d'études supérieures et a un salaire équivalent à 2.000 euros environs). Selon le nouvel art. 444, § unique, celle-ci prévaut toujours sur la loi et toutes les modalités de normes négociées collectivement.

Il ne semble pas alors qu'il s'agisse seulement d'un élargissement de l'espace de la négociation collective et d'un basculement des articulations des normes en découlant, mais plutôt d'un placement d'agents peu propices à résister aux pressions patronales vers des normes moins favorables que celles du droit du travail étatique au cœur de la production normative.

Enfin, en ce qui concerne la nature des normes négociées, une curieuse exploration de leur dualisme a émergé dans notre étude. Si, d'un côté, leur caractère normatif est ce qui justifie de recourir à celles-ci en tant qu'instrument central de ce mouvement de flexibilisation du droit du travail, d'un autre côté, il est fait appel à leur nature contractuelle pour justifier les mesures de leur « sécurisation ». Ici alors, une deuxième ambition d'effacement de l'État devant les relations de travail se manifeste, sous une autre forme : celle du cantonnement du juge à l'appréciation des normes négociées, sous le prétexte que, découlant de l'autonomie des partenaires sociaux, elles ne doivent faire l'objet d'une intervention externe que dans certains cas exceptionnels.

En somme, il nous semble que l'instrumentalisation de la négociation collective vers la flexibilisation du droit du travail constitue un phénomène de décentralisation et contractualisation de la production normative. Il n'est pas exclusif de tel ou tel ordre juridique, puisque non attaché, en soi, à des particularités nationales, mais plutôt à la confrontation du droit du travail aux exigences économiques de fluidité propre au capitalisme. Cependant, c'est l'entrecroisement de singularités liées à la structure syndicale et à la « jurisculture » locales qui semblent dessiner les contours des perspectives sur les effets de ce phénomène, tout autant que de la résistance à ce mouvement dans un système sociojuridique donné.

Bibliographie

Ouvrages et chapitres

ALMEIDA, Cleber Lúcio de ; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *Direito do Trabalho e Constituição: A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil*. 1ª Ed. LTr : São Paulo. 2018

BARISON, Thiago. *A estrutura sindical de Estado no Brasil e o controle judiciário após a Constituição de 1988*. São Paulo : LTr, 2016.

BARTHELEMY, Jacques ; CETTE, Gilbert. *Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle articulation*. Dr. soc., 2018. P.70

BELL, John. « De la culture. » In : LEGRAND, Pierre (org.). *Comparer les droits, résolument*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

BONNECHERE, Michèle. « II. La loi et l'accord collectif, sources du droit du travail », *Le droit du travail*. La Découverte, 2008.

BORENFREUND, Georges. « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon » In : BORENFREUND G., LYON-CAEN A., SOURIAC M.A., *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris : Dalloz. 2005, p. 115.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula*. São Paulo: LTr. 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5ª Edition. Ltr : São Paulo. 2017.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr. 12ª ed. 2018.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. « A negociação coletiva e a lei 13.467/17 : resistindo à interpretação regressiva ». In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; SEVERO, Valdete Souto (org.). *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. Expressão Popular. São Paulo : 2017.

DOCKES, Emmanuel ; AUZERO, Gilles. *Droit du travail*. Collection : Précis. 31e édition. Dalloz : Paris. 2017.

ESCANDE-VARNIOL, Marie-Cécile ; LAULOM, Sylvaine ; MAZUYER, Emmanuelle. *Quel droit social dans une Europe en crise ?* Bruxelles : Larcier, DL 2012.

FACUNDINI, Gabriel Zomer. “Sucumbência recíproca : antítese do processo.” In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; SEVERO, Valdete Souto (org.). *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. Expressão Popular. São Paulo : 2017.

FERRACCI, Marc Ferracci ; GUYOT, Florian. *Dialogue social et performance économique*. Paris : Presses de Sciences Po, DL 2015, cop. 2015.

GLANERT, Simone. “Method?”. In : MONATERI, Pier Giuseppe (Org.). *Methods in Comparative Law*. Research Handbooks in Comparative Law. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

- GOMES, Miriam Cipriani. *Violação de direitos fundamentais na negociação coletiva de trabalho*. 1ª Ed. São Paulo : LTr. 2011.
- GUINCHARD, Serge ; DEBARD, Thierry. *Lexiaue de termes juridiques 2017-2018*. 25ª Édition. Dalloz. Paris : 2017.
- JEAMMAUD, Antoine. « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement ». In : JEAMMAUD, Antoine (org.). *Le droit du travail confronté à l'économie*. Paris : Dalloz. 2015.
- JINKINGS, Ivana ; DORIA, Kim ; CLETO, Murilo. (orgs). *Por que gritamos golpe ? Para entender o impeachment e a crise política no Brasil*. São Paulo : Boitempo. 2016.
- LAITHIER, Yves-Marie. *Droit comparé*. Paris : Dalloz, 2009
- LEGRAND, Pierre, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », ». In : LEGRAND, Pierre (org.). *Comparer les droits, résolument*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- MARTINEZ, Luciano. *Conduitas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 100.
- MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure. « Approches épistémologiques de la comparaison ». In : LEGRAND, Pierre (org.). *Comparer les droits, résolument*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- MÉSZÁROS, István. *O século XXI : socialismo ou barbárie? / István Mészáros ; tradução: Paulo Cezar Castanheira*. 1. ed., 2. reimpr. São Paulo : Boitempo, 2012
- MICHAELS, Ralf. *Comparative Law*. Oxford Handbook of European Private Law. Zimmermann eds., Oxford University Press, jan. 2011.
- MUIR-WATT, Horatia. « Comparer l'efficacité des droits ? ». In : LEGRAND, Pierre (org.). *Comparer les droits, résolument*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8ª edição. São Paulo : LTr. 2015.
- PAVAN, Verônica. “Prescrição intercorrente : tutela efetiva vs política de redução de processos.” ”. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; SEVERO, Valdete Souto (org.). *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. Expressão Popular. São Paulo : 2017.
- PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. “Prevalência do negociado sobre o legislado e a negociação coletiva na nova lei: examinando limites e alcance constitucionais”. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio (Org.). *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: JusPODIUM. 2018.
- SAMUEL, Geoffrey. «Dépasser le fonctionnalisme». In : LEGRAND, Pierre (org.). *Comparer les droits, résolument*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologies of the South : justice against epistemicide*. New York : Routedge, 2016.

SEVERO, Valdete Souto. “O esvaziamento da gratuidade como elemento de vedação de acesso à Justiça..” In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; SEVERO, Valdete Souto (org.). *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. Expressão Popular. São Paulo : 2017.

SILVA, Luciana Correia da. “O controle judiciário sobre o direito de greve: uma análise das lutas dos terceirizados diante da estrutura sindical de Estado no Brasil.” In: Aldacy Rachid Coutinho e Leonardo Vieira Wandelli. (Org.). *Anais do II Encontro RENAPEDTS*. 1ed. Curitiba: Empório do Direito, 2017, v. 1.

SIMÃO DE MELO, Raimundo; JANOTTI DA ROCHA, Cláudio. *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária*. 1ª Ed. São Paulo : LTr. 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *História do Direito do Trabalho no Brasil: Curso de Direito do Trabalho*, Vol. I: Parte I. 1ª Ed. São Paulo : LTr. 2017

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; ROCHA, Bruno Gilga Sperb. “A história da ilegitimidade da Lei nº 13.467/17”. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; SEVERO, Valdete Souto (org.). *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. Expressão Popular. São Paulo : 2017.

SUPIOT, Alain. *Le droit du travail*. Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2016

VAZ, Andréa Arruda. *Direito Fundamental à Liberdade Sindical no Brasil e os Tratados de Direitos Humanos*. São Paulo : LTr. 2016.

WALCZAK, Aimée Freire. “A ideologia Varguista e o mito do “pai dos pobres.” In : MARQUES, Ana Carolina Bianchi Rocha Cuevas ; SOUTO MAIOR, Giovanna Magalhães ; RODRIGUES, Renata do Nascimento (org). *Retalhos Históricos do Direito do Trabalho*. LTr : São Paulo. 2017.

WOLKMARK, Cyril ; PESKINE, Elsa. *Droit du Travail 2017*. Collection HyperCours. N° d'édition : 11. Dalloz : 2017

YAMAMOTO, Paulo de Carvalho. “Qual liberdade ? O cinismo como figura retórica da reforma trabalhista : o caso da contribuição sindical”. ”. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz ; SEVERO, Valdete Souto (org.). *Resistência : aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. Expressão Popular. São Paulo : 2017.

Articles

ADAM, Patrice. *L'accord de branche*. Dr. soc., 2017. P. 1039.

ALVES, Giovanni. *O golpe de 2016 no contexto da crise do capitalismo neoliberal*. Blog da Boitempo, 08/06/2016.

ANCEL, Pascal. *L'articulation du contrat de travail et des accords collectifs au regard de la force obligatoire du contrat*. Rev. trav., 2016. P. 240.

ANTONMATTEI, Paul-Henri. *À propos du développement de la négociation collective*. Dr. soc. 1997, p. 164.

_____. *L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise*. Dr. soc., 2017. P. 1027.

- BARATA SILVA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais do direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 1981.
- BARTHELEMY, Jacques ; CETTE, Gilbert. *Contrat de travail et accord collectif : une bienheureuse nouvelle*. Dr. soc., 2018. P. 70.
- BAUDUIN, Bérénice. *Le renforcement du dialogue social au prisme du droit constitutionnel*. Rev. trav., 2017. P. 525.
- BAUGARD, Dirk. *Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire*. Dr. soc., 2018. P. 59.
- BÉLIER, Gilles. *Le référendum : halte au feu !* Semaine sociale Lamy 2016, n° 1712.
- BHARGAVA, Rajeev. *Pour en finir avec l'injustice épistémique du colonialisme*. Socio, v. 1 /2013.
- BONNARD-PLANCKE, Laëtitia, *Convention collective et collectivité de travail*, Dr. Soc, 2005, p. 866
- BORENFREUND, Georges. *La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, Dr. Soc., 2004, p. 606.
- _____. *Troisième partie : Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail*. Rev. trav., 2016. P. 781.
- CANUT, Florence. *La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément.
- _____. *L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail*. Dr. soc., 2016. P. 519
- CARRERE-GEE, Marie-Claire. *Présentation du rapport « Les réformes des marchés du travail en Europe »*. Dr. soc., 2016, p. 314.
- DE FUMICHON, Bruno de Loynes. *Introduction au droit comparé*. Journal de Droit Comparé du Pacifique. Collection 'Ex Professo'. Volume II (2013).
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República, estado democrático de direito e negociação coletiva trabalhista*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 214-245, out./dez. 2016.
- DOCKES, Emmanuel. *La flexibilité de la cravache*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément
- FAVENNEC-HERY, François. *Syndicats catégoriels : de l'importance des statuts*. Semaine sociale Lamy, n° 1508, 10 oct. 2011.
- FERNANDES, António Monteiro. *Les incertitudes du droit portugais : entre créativité judiciaire et timidité législative*. Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. Pessac : COMPTRESEC, Vol. 2016 n° 2.

FOREST, Virginie ; JULIEN, Mathilde. *Analyse du discours patronal sur la flexibilité - Une lecture juridique et économique*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015. Supplément.

FRAGALE FILHO, Roberto ; NETO, José Francisco Siqueira. *Reforma trabalhista: uma cartografia das discussões equivocadas, esquecidas e frustrantes*. Revista Fevereiro, Número 10, janeiro 2018.

FREYSSINET, Jacques ; SOURIAC, Marie-Armelle. *Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ?* Rev. trav., 2013, p. 156.

FROSSARD, Serge. *La supplétivité, une technique de flexibilité en développement*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément.

GEA, Frédéric. *Des accords (collectifs) sans juge ?* Dr. soc., 2017. P. 98.

_____. *Les soubassements de la réforme*. Rev. trav., 2017. P. 593.

GHIONI, Hugo Barretto. *Le principe de faveur dans l'ordre et la culture juridique uruguayens régionaux*. Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. Pessac : COMPTRASEC, Vol. 2016 n° 2.

_____. *Cuatro libros*. Trabajo y Derecho. Número 41, mayo 2018.

GUIOMARD, Frédéric. *L'autonomie collective face aux juges*. Rev. trav., 2016. P. 838.

GOBIN, Corinne. *Dialogue social*. In: Nouveaux mots du pouvoir : fragments d'un abécédaire. Quaderni, n°63, Printemps 2007.

GOURGUES, Guillaume ; YON, Karel. *Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron*. Rev. trav., 2017. P. 625.

GREVY, Manuela ; HENRIOT, Patrick. *Le juge, ce gêneur...*, Rev. trav., 2013. P. 173.

GREVY, Manuela ; BATARD, Florian. *Securitas omnia corrumpit*. Rev. trav. 2017. P. 663.

GYULAVÁRI, Támás. *La reconnaissance d'un principe de faveur va-t-elle à l'encontre de l'évolution du droit du travail hongrois ?* Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. Pessac : COMPTRASEC, Vol. 2016 n° 2.

JALUZOT, Béatrice. *Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective*. Revue internationale de droit comparé. Vol. 57. N°1, 2005.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française*. Dr. soc., 1990. P. 661.

JEAMMAUD, Antoine. *Le principe de faveur, Enquête sur une règle émergente*, Dr. soc., 1999, p.115

_____. *Un débat difficile et nécessaire*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément.

_____. *De l'incidence de l'accord collectif sur le contrat de travail*. Rev. trav., 2016. P. 228.

_____ .*Les principes dits « de faveur » ont-ils vécu ?*, Rev. trav., 2018. P. 177.

JEAMMAUD, Antoine ; FAVEREAU, Olivier. *Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ?* Rev. trav., 2017. P. 576.

KAPLAN, Steven L. « Un laboratoire de la doctrine corporatiste sous le régime de Vichy : l'Institut d'études corporatives et sociales », *Le Mouvement Social*, vol. n° 195, n. 2, 2001, pp. 35-77.

KHODRI, Farida. *Les normes sociales fondamentales : des remparts efficaces aux flexibilités du droit du travail ?*. Semaine Sociale Lamy, N° 1680, 8 juin 2015, Supplément.

LAGESSE, Pascale ; BOUFFIER, Nicolas. *Dispositions transitoires sur la représentativité syndicale : les premières solutions de la Cour de cassation*, Dr. soc., 2011, p. 62.

LAULOM, Sylvaine ; MERLEY, Nathalie. *La fabrication du principe de faveur*. Rev. trav., 2009. P. 219.

LAULOM, Sylvaine. *Les droits sociaux fondamentaux rempart des déconstructions des droits du travail*. Rev. trav. 2013. P. 410

LINDEN, Marcel van der. *Enjeux pour une histoire mondiale du travail*. Le Mouvement Social, 2012/4 (n° 241), p. 3-29.

LHUILIER, Gilles. *Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation*. Dr. soc., 1995. p. 162.

LOBATO, Márcia Regina. *Os limites das negociações coletivas contemporâneas frente à reforma trabalhista*. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 338, p. 96, ago. 2017.

LOKIEC, Pascal ; BENREBAI, Dounia ; DI CAMILLO, Nicolas ; SABLAYROLLES, Chloé ; THOMAS, Lou. *Première partie. Les fonctions et les mots - Simplification, dialogue social, confiance, emploi*. Rev. trav., 2016. P. 754.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. *A reforma trabalhista à luz dos direitos fundamentais: análise da Lei n° 13.467, de 13 de julho de 2017*. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 338, p. 40, ago. 2017.

LYON-CAEN, Antoine. *Pour une modernisation du dialogue social - Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*. Rev. trav., 2006. P. 64.

LYON-CAEN, Gérard. *Critique de la négociation collective*. Dr. soc., n° 9-10 – Septembre-Octobre, 1979.

_____. *Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail*. Dr. ouvrier, fév. 2004.

LOKIEC, Pascal ; ROBIN-OLIVIER, Sophie. *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi*. Rev. trav., 2006. P. 48.

MAGGI-GERMAIN, Nicole. *Sur le dialogue social*. Dr. soc., 2007, p. 798.

MOREAU, Marc. *L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ?* Dr. soc., 1995. P. 171.

MUIR-WATT, Horatia. *La fonction subversive du droit comparé.* Revue internationale de droit comparé. Vol. 52, n° 3, Juillet-septembre 2000. P. 518.

NADAL, Sophie. *Conventions et accords collectifs de travail (I - Droit de la négociation collective)*, Répertoire de droit du travail, Dalloz, janvier 2008 (actualisation : janvier 2018).

NICOD, Cécile. *La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration.* Rev. trav., 2015, p. 549.

_____. *Troisième partie : Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - Les rapports entre accords collectifs.* Rev. trav., 2016. P. 800.

_____. *Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition.* Rev. trav., 2017. P. 657.

ODOUL-ASOREY, Isabel, PESKINE, Elsa. *Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? - L'accord collectif majoritaire : déploiement ou morcellement ?*, Rev. trav., 2016, p. 803.

ORIO, Eugénie. *L'indivisibilité de l'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi.* Dr. soc., 2018, p. 181.

PAIXÃO, Cristiano ; LOURENÇO FILHO, Ricardo. *Entre a indisponibilidade e a negociação: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho.* Rev. TRT 10º Região, Brasília, v. 15/18, p.229-241, 2006/2009.

PASQUIER, Thomas. *Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective.* Rev. trav., 2018. P. 44.

PETIT, Franck. *La protection de la liberté syndicale par la Constitution.* Dr. soc., 2014, p. 340.

RADE, Christophe. *Maelström.* Dr. soc., 2018. P. 109.

RAY, Jean-Emmanuel. *Le juge et les accords sur l'emploi.* Dr. soc., 2017. P. 107.

REMY, Patrick ; PERULLI, Adalberto. *Regards « étrangers » sur les ordonnances.* Rev. trav., 2017. P. 669.

RODIÈRE, Pierre. *Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle : négociation indépendante, subordonnée, articulée.* Dr. soc., 1982. P. 711.

_____. *Du dialogue social à la démocratie sociale. Quelques questions sur la réforme.* Sem. soc. Lamy, 2008, n° 1370

RUSSOMANO, Mozart Victor. *A organização sindical e a futura constituição.* Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 55, p. 182-190, 1986.

SACHS, Tatiana. *L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée.* Rev. trav., 2017. P. 585.

SOURIAC, Marie-Amélie. *Les réformes de la négociation collective*. Rev. trav., 2009, p. 14.

_____. *L'articulation des niveaux de négociation*. Dr. Soc., 2004. P. 579.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Massacre dos trabalhadores nunca mais: o exemplo do Paraná*. Blog da Boitempo, 12/05/2015.

_____. *De novo a falácia da redução de direitos trabalhistas*. Blog da Boitempo, 23/05/2016.

SOUZA, Roberta de Oliveira. *Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da reforma trabalhista considerando os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da lei 13.467, de 2017*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 985, p. 243-261, nov. 2017.

STEFKO, Martin. *L'application de la norme la plus favorable en droit du travail tchèque : une exception et non la règle*. Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. Pessac : COMPTRASEC, Vol. 2016 n° 2.

SUPIOT, Alain. *Revisiter les droits d'action collective*. Dr. soc., 2001, p. 687.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr. 2018

VACHET, Gérard. *L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ?* Dr. soc., 2009. P. 896.

VERDIER, Jean-Maurice. *Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales*. Dr. soc., 1991, p. 5.

VERKINDT, Pierre-Yves. *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi*. Dr. soc., 2015, p. 954.

VIANA, Márcio Tulio. *Quando a livre negociação pode ser um mau negócio: (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT)*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 34, n. 64, p. 155-159, jul./dez. 2001

Ouvrages et publications d'institutions

BERG, Nanine ; CAZES, Sandrine. *Les indicateurs Doing Business : limites méthodologiques et conséquences politiques*. Cahiers de l'économie et du marché du travail. Bureau international du Travail, Unité de recherches et analyses sur l'emploi, Département de l'analyse économique et des marchés du travail. Genève: BIT, 2007.

MERIAUX O., KERBOURC'H J. Y., SEILER C. *Évaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises*. 08. Document d'Etude DARES, n 140, 2008. P. 2

International Labour Office. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. International Labour Conference, 107th Session, 2018.

Dossiê reforma trabalhista. GT Reforma Trabalhista. Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – CESIT. Universidade de Campinas - UNICAMP.

Mémoires et thèses

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Tutela judicial e movimentos grevistas : um estudo sobre a atuação dos órgãos do poder judiciário diante das novas formas de manifestação coletiva dos operários São Paulo* : Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Tese de Doutorado em Direito do Trabalho.

CORREGLIANO, Danilo Uler. *A captura da greve e suas fugas*. São Paulo : Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. Tese de Doutorado em Direito do Trabalho.

KAPPOPOULOS I., *Un nouveau droit de la négociation collective : essai sur la négociation organisationnelle*, Th. Université Lille, 2010.

MACHADO, Claudia Urano de Carvalho. *A construção histórica do direito do trabalho como resistência à aplicação do pós-positivismo*. 2015. São Paulo :Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Dissertação. Mestrado em Direito do Trabalho.

Textes juridiques supranationaux

Convention n° 87 de l'OIT.

Convention n° 154 de l'OIT.

Convention n° 155 de l'OIT.

Textes juridiques français

Code du travail

Constitution du 4 octobre 1958

Loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels.

La Loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

Loi du 31 janvier 2007 dite de modernisation du dialogue social.

LOI du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

Loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

Loi du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Ordonnance du 27 juillet 1944, sur le rétablissement de la liberté syndicale.

Ordonnance du 16 janvier 1982, relative à la durée du travail et aux congés payés

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Discours, rapports e projets parlementaires français

Discours de Muriel PENICAUD, Ministre du Travail. Assemblée Nationale – Séance Publique. Mardi 21 novembre 2017.

Étude d'impact. Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social. NOR : MTRX1717150L/Bleue-1. 27 juin 2017.

Exposé des motifs. Loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Rapport « Pour un code du travail plus efficace ». Présenté au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité par VIRVILLE Michel de. Janvier 2004.

Rapport « Pour une modernisation du dialogue social ». Présenté au Premier Ministre par CHERTIER Dominique-Jean. Avril 2006.

Rapport « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales ». Présenté au Premier Ministre par HADAS-LEBEL Raphaël. Mai 2006.

Rapport "La négociation collective, le travail et l'emploi". Présenté au Premier Ministre par COMBREXELLE Jean-Dennis. Septembre 2015.

Textes juridiques brésiliens

Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Constituição de 1988.

Decreto nº 19.770/31.

Decreto nº 22.132/32.

Decreto nº 23.768/34.

Lei nº 7.783/89.

Lei nº 13.467/17.

Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Discours, rapports et projets parlementaires brésiliens

Deputado Celso Maldaner, PSDB/SC. Sessão Deliberativa Extraordinária. Sessão: 094.3.55.O. 26/04/2017.

Deputado Marcos Pestana, PSDB/MG. Sessão Deliberativa Extraordinária. Sessão: 094.3.55.O. 26/04/2017.

Deputado Roberto Marinho, PSDB/RN. Sessão Deliberativa Extraordinária. Sessão: 093.3.55.O. 26/04/2017.

Exposição de motivos nº 00036/2016 MTB, 22 déc. 2016. Projeto de lei nº 6.787/16.

Projeto de lei nº 6.787/16, présenté à la Chambre de Députés le 22 décembre 2016.

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior. *Vamos falar seriamente e honestamente da reforma trabalhista?* Document présenté lors de l'audience publique du 21.03.2017 devant la Chambre de Députes.

Senador Ricardo Ferraço, PSDB/ES. Parecer nº 34, de 2017 CAE. 06/06/2017.

Décisions de justice

Cass. Soc. 7 juin 1995, nº 93-46448

Cass. soc., 17 juillet 1996, nº 95-41.831, 95-41.614, 95-41.313 et 95-41.745.

Cass, Ass. Pl., 18 mars 1988, nº 88-40.083.

Cass. soc., 18 janvier 2006, 03-45.422.

Cass. Soc. 23 mai 2007, nº 04-20157

Cass. soc., 8 déc. 2010, n° 09-71.896
Cass. soc., 10 mars 2010, n^{os} 09-60.065 et 09-60.282.
Cass. soc., 30 avr. 2014, n° 13-11.034.
Cass. Soc., 9 décembre 2014, n° 3-21.766.
Cass. soc., 3 novembre 2016, 15-18.444.
Cass. Soc, 28 mars 2018, 16-27.624, 16-27.631, 16-27.654.
Conseil constitutionnel, 12 juill. 1967, n° 67-46 L.
Conseil constitutionnel, 25 juill. 1989, n° 89-257 DC.
Conseil constitutionnel, 6 novembre 1996, n° 96-383 DC.
Conseil d'État, avis n° 310.108 du 22 mars 1973.
STF, 17 oct. 1991, RMS n° 21.305-1
STF, 3 août 1992, MI n° 1418.
STF, 28 mai 2015, RE n° 590.415 (DJe-101, 29/05/2015)
STF, 12 sept. 2016, RE 895.759 (DJe-195, 13/09/2016)
STF, 14 oct. 2016, ADPF n° 323/DF (DJe-222, 18/10/2016).
STF, 10 mai 2018, ADI n° 5766 (DJ Nr. 97, 18/05/2018).
TRT 15, 5 juin 2018, RO 0012715-89.2017.5.15. 0146 (encore non publiée)
TST, 8 mars 2010, ROAA - 32800-97.2008.5.03.0000 (DEJT 30/03/2010).
TST, 6 déc. 2017, RR - 62900-71.2009.5.15.0095 (DEJT 11/12/2017)
TST, 29 mars 2017, RR - 441-74.2010.5.04.0751 (DEJT 07/04/2017)