

ÉTUDES

p. 1 Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer

La réforme espagnole de la négociation collective de 2011/2012

p. 11 Patricia Kurczyn Villalobos

Observations sur la législation mexicaine relative à l'égalité des genres au travail

p. 25 Yuichiro Mizumachi

Métamorphose du droit du travail : le fondement théorique et le cas japonais

p. 37 Sergio Gamonal Contreras

Le préjudice moral causé par la rupture du contrat de travail en droit chilien

p. 45 Carmen Grau Pineda

Gestion des flux migratoires en temps de crise : le système espagnol de quotas

p. 57 Paul Secunda

Réflexions sur les questions de souveraineté et de juridiction dans le Droit Mondial des prestations sociales

p. 71 Pascale Lorber

La protection des travailleurs en contrat à durée déterminée : l'utilisation délibérée de la directive européenne

p. 81 Jeseong Park

Le travail sous-traité en droit coréen : une double crise de la notion et de la réalité

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 93 Afrique du Sud

p. 95 Algérie

p. 97 Allemagne

p. 99 Argentine

p. 101 Australie

p. 103 Autriche

p. 105 Bulgarie

p. 107 Canada (Québec)

p. 109 Chili

p. 111 Colombie

p. 113 Conseil de l'Europe

p. 115 Côte d'Ivoire

p. 117 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

p. 119 Espagne

p. 121 États-Unis

p. 123 France-Droit de la sécurité sociale

p. 125 France - Droit du travail

p. 127 Grèce

p. 129 Italie

p. 131 Luxembourg

p. 133 OIT

p. 135 Pologne

p. 137 République Tchèque

p. 139 Roumanie

p. 141 Royaume-Uni

p. 143 Serbie

p. 145 Thaïlande

p. 147 Turquie

p. 149 Union Européenne - Droit de la sécurité sociale

p. 151 Union Européenne - Droit du travail

YUICHIRO MIZUMACHI

Professeur à l'Institut des Sciences Sociales, Université de Tokyo.

Thème de recherche : L'étude comparative et historique du droit du travail.

Parmi ses publications :

~ « Mizumachi (Y.), Rôdo-hô (Droit du travail) 4e éd., Tokyo, Yuhikaku, 2012.

~ Mizumachi (Y.), Rôdo-shakai no henyô to saisei (Métamorphoses et renaissance de la société salariale), Tokyo, Yuhikaku, 2001.

MÉTAMORPHOSE DU DROIT DU TRAVAIL : LE FONDEMENT THÉORIQUE ET LE CAS JAPONAIS



ABSTRACT

This paper discusses new fundamental theories on the metamorphosis of labour law (on the one hand, the theory of "proceduralisation law" a philosophical point of view, and secondly, the "structural approach" to economic aspiration) and current examples observed in the Japanese labour law. Reflection of a comparative perspective sheds light on the future of law and of our society.

KEY WORDS : Employment law, Labour law, metamorphose of law, Comparative law, Japanese law.

RÉSUMÉ

Cet article examine deux nouvelles théories fondamentales sur la métamorphose du droit du travail (d'une part, la théorie de « procéduralisation du droit » d'un point de vue philosophique, et d'autre part, « l'approche structurelle » d'aspiration économique) et les exemples actuels observés dans le droit japonais du travail. La réflexion d'un point de vue comparatif nous éclaire sur l'avenir du droit et de celui de notre société.

MOTS CLÉS : Droit du travail, Métamorphose du droit, Droit comparé, Droit japonais.

Le droit du travail se trouve à la croisée des chemins. Historiquement, il s'est formé à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle dans le contexte social et idéologique de cette époque, caractérisé par trois grandes idées fondatrices : 1) le « taylorisme », soit l'approche scientifique du contrôle de la main-d'œuvre répandue dans l'industrialisation¹, 2) la théorie de la « solidarité », élaborée par Emile Durkheim, selon laquelle la solidarité organique entre les individus morcelés est plus importante dans une société de division du travail², et 3) la théorie « keynésienne », aux termes de laquelle l'État intervient activement sur le marché pour accomplir le plein emploi³. Le « modèle social » issu de ce contexte historique correspondait à celui du « salarié subordonné » travaillant de manière « collective » et à « temps plein », employé sous contrat à « durée indéterminée ». Le droit du travail « moderne » est né à cette époque comme une norme que l'État a établie uniformément pour ce modèle et a appliquée unilatéralement à ce modèle⁴.

Ce droit du travail s'est développé à l'initiative de l'État-providence (ou plutôt l'État social)⁵ dans un contexte de croissance économique après la deuxième guerre mondiale. Cependant, il est maintenant en face de crises avec, 1) la crise de la théorie keynésienne ou de l'État-providence, du fait des difficultés socio-économiques apparues depuis la crise pétrolière de 1973⁶, 2) la métamorphose ou la dissolution du « modèle social » en raison de la post-industrialisation⁷, et 3) la difficulté ou l'impossibilité d'un traitement uniforme et

rigide due à l'accélération de la vitesse des changements du marché et de la technique, du fait de la globalisation et de l'informatisation. Autrement dit, le droit du travail standardisé en amont ne peut pas s'adapter à la grande et rapide transformation de la société.

En remplacement de ce droit « moderne », s'offre un nouveau modèle régulateur, à savoir, le droit « procédural » ou « structurel » créé par les acteurs en aval. Cette transformation du droit emprunte à deux nouvelles théories juridiques. L'une est la théorie de « procéduralisation du droit » proclamée en Europe, et l'autre est l'« approche structurelle » proposée aux États-Unis. Nous commencerons par examiner ces deux théories fondamentales (I), avant d'observer les mouvements actuels du droit japonais du travail et ses facteurs (II), ainsi que de réfléchir sur le risque que présente cette métamorphose quant à l'avenir du droit (III).

I – Le fondement théorique de la métamorphose du droit

Dans le cadre de l'analyse du fondement théorique de la métamorphose du droit, on envisagera d'abord la « procéduralisation du droit » en Europe (A), puis l'« approche structurelle » aux États-Unis (B), et enfin on réfléchira sur les perspectives de développement de ces deux théories (C).

¹ Cf. G. Noiriel, *Les ouvriers dans la société française XIXe-XXe siècle*, Paris, Le Seuil, 1986, pp. 184 et s. ; R. Salais, N. Baverez et B. Reynaud, *L'invention du chômage*, Paris, PUF, 1986, pp. 151 et s. ; R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale: Une chronique du salariat*, Fayard, 1995, pp. 331 et s.

² Cf. E. Durkheim, *De la division du travail social*, 8e éd., Paris, PUF, 1968 ; J. Donzelot, *L'invention du social : Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Le Seuil, 1994, pp. 73 et s.

³ Cf. R. Salais, N. Baverez et B. Reynaud *op. cit.* note 1, pp. 131 et s.

⁴ Cf. R. Castel, *op. cit.* note 1), pp. 268 et s. ; G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995, pp. 190 et s. ; Y. Mizumachi, *Rôdo-shakai no henyô to saisei (Métamorphoses et renaissance de la société salariale)*, Tokyo, Yuhikaku, 2001, pp. 111 et s.

⁵ Cf. R. Castel, *op. cit.* note 1, pp. 268 et s.

⁶ Cf. P. Rosanvallon, *La crise de l'État-providence*, Paris, Le Seuil, 1981, pp. 13 et s. ; M.-T. Join-Lambert et al., *Politiques sociales*, 2^e éd., Paris, Presses de Sciences Po, 1997, pp. 54 et s.

⁷ Cf. J. Le Goff, *Du silence à la parole : Droit du travail, société, État (1830-1985)*, Quimper, Calligrammes, 1985, pp. 246 et s. ; R. Castel, *op. cit.* note 1), pp. 399 et s.

A – La « procéduralisation du droit »

La première théorie fondamentale, dite de la « procéduralisation du droit », est principalement défendue par les Professeurs Jean De Munck et Jaques Lenoble de l'Université Catholique de Louvain, ainsi que par le Professeur Antoine Lyon-Caen de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense⁸.

Selon cette théorie, le droit du travail « moderne » s'est construit sur le modèle « fordiste », fondement de la société de « production et consommation de masse » du XX^e siècle. Il a, en conséquence, comporté deux grandes caractéristiques. Premièrement, la norme a été uniformément établie par l'institution centralisée, qui l'a appliqué formellement et déductivement à toute la société. Deuxièmement, les acteurs habilités à participer au processus de formation de cette norme comme représentants des intérêts sociaux, ont été limités aux partenaires sociaux, soit le patronat et les syndicats. Mais, ce type de norme n'a pas permis de s'adapter aux grandes transformations socio-économiques qui caractérisèrent ce que l'on a appelé la « post-industrialisation ».

En remplacement du modèle fordiste, ont donc été proposés des modèles régulateurs : par exemple, le modèle « néo-libéral », qui prône la régulation par le marché libre, et le modèle « néo-social-démocrate », qui propose entre autres de donner une allocation universelle à tous les citoyens pour garantir un minimum social. Cependant, la théorie de procéduralisation du droit critique ces modèles car, comme le modèle « fordiste », ils comportent eux aussi un problème fondamental. En effet, des normes telles que l'« efficacité économique », proposée par le modèle « néo-libéral » ou la « justice sociale » du modèle « néo-social-démocrate », sont

établies *a priori* en dehors des circonstances problématiques concrètes, et elles s'y appliquent uniformément et automatiquement. C'est la raison pour laquelle ces modèles ne peuvent pas s'adapter fonctionnellement aux problèmes qui surgissent actuellement de manière diverse et complexe.

Pour surmonter ce problème fondamental et s'adapter à la diversification et à la complexification des circonstances sociales, est proposé un nouveau modèle régulateur, à savoir, le modèle « procédural ». Ce modèle comporte deux caractéristiques essentielles. Premièrement, il admet l'existence de plusieurs raisons, et non d'une simple raison (comme l'efficacité économique ou la justice sociale), et tente de les réguler et de les faire coexister à travers la réflexivité procédurale. Autrement dit, ce modèle trouve sa raison d'être dans la « procédure » elle-même, et non dans la norme substantielle. Deuxièmement, il suppose, comme cadre de cette raison, la concertation ou la négociation ouverte à tous les acteurs concernés par le problème, à la différence, par exemple, de la négociation collective, fermée et élaborée par les seuls partenaires sociaux.

Ce nouveau modèle évite donc d'établir *a priori* une norme substantielle et abstraite, et se fonde sur la « raison procédurale » élargie selon laquelle on connaît, on se concerta, et on résout les problèmes concrets au moyen de négociations ouvertes et continues.

B – L'« approche structurelle »

La deuxième théorie consiste dans l'« approche structurelle ». Elle est avancée principalement par le Professeur Susan Sturm de l'Université Columbia aux États-Unis⁹. Pourquoi cette nouvelle approche est-elle proposée ? Parce que l'approche habituelle, dite « *rule enforcement approach* », n'est plus à même de résoudre les problèmes complexes actuels.

Concernant, par exemple, la discrimination sexuelle en matière d'emploi, le droit américain a défini trois

⁸ J. DE MUNCK, J. LENOBLE, et M. MOLITOR (dir.), « Pour une procéduralisation de la politique sociale », in *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. I, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp. 1 et s. ; A. LYON-CAEN, « La révision du droit de la négociation collective : Observations de méthode », in G. Borenfrund, A. LYON-CAEN, M.-A. SOURIAU ET I. VACARIE, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 1 et s. ; v. aussi H COLLINS, *Employment Law* (Clarendon Law Series, OUP, Oxford 2003), pp. 28-33.

⁹ S. Sturm, « Second Generation Employment Discrimination : A Structural Approach », *The Columbia Law Review*, Vol. 101, n° 1, 2001, pp. 458-568 ; v. aussi C. Estlund, « Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation », *The Columbia Law Review*, Vol. 105, n° 2, 2005, pp. 319-404.

moyens juridiques afin d'y remédier : 1) l'interdiction de la discrimination directe (dite « *disparate treatment* ») aux termes du *Title VII of the Civil Rights Act of 1964* ; 2) l'interdiction de la discrimination indirecte (dite « *disparate impact* ») établie par la jurisprudence comme, par exemple, dans l'affaire *Dothard de 1977*¹⁰ ; et 3) la discrimination positive (dite « *affirmative action* »), ordonnée par le juge¹¹ ou conclue avec le Gouvernement¹².

Mais, ces moyens juridiques classiques ne permettent pas de résoudre la question de la discrimination homme/femme ou, plutôt exactement, sont devenus inadaptés par rapport aux réalités complexes de la discrimination actuelle sur le lieu de travail. Cette dernière, en effet, ne se manifeste plus maintenant sous la forme d'une exclusion ou séparation intentionnelle et évidente, mais comme un phénomène progressivement intériorisé par plusieurs acteurs, étroitement lié à la culture interne et organisationnelle de l'entreprise.

L'application des moyens classiques à cette discrimination actuelle soulève en effet trois types de problèmes : 1) le problème de la discrimination à rebours à l'encontre des hommes, et de la stigmatisation des femmes ; 2) la difficulté de juger si ce type de phénomène complexe est une discrimination illégale ou pas¹³ ; et 3) la tendance à inciter les employeurs à échapper à la règle par la mise en place de mesures superficielles. Par exemple, lorsque le Gouvernement exige de l'employeur que 40% des postes de cadres soient occupés par des femmes, il peut tenter de créer des nouveaux postes insignifiants afin d'atteindre l'objectif numérique sans s'efforcer de résoudre le problème fondamental profondément lié à la culture de cette entreprise. Pour surmonter ces problèmes propres à l'approche habituelle et résoudre les questions complexes actuelles, on propose une nouvelle approche, à savoir l'« approche structurelle ».

¹⁰ *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977).

¹¹ Par exemple, *Local 28, Sheet Metal Workers' International Ass'n v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986).

¹² Cf. *Executive Order 10925*, 1961, President J.F. Kennedy ; *Executive Order 11246*, 1965, President L.B. Johnson.

¹³ Ainsi, par exemple, de la tendance selon laquelle les femmes démissionnent plus tôt que les hommes dans les entreprises où les postes de cadres supérieurs sont occupés par les hommes et au sein desquelles le temps de travail est habituellement long.

La plus grande caractéristique de cette approche consiste à essayer de résoudre le problème de manière fondamentale à partir de l'interaction de trois acteurs : l'établissement, le droit et les intermédiaires.

Tout d'abord, il est primordial que l'employeur enclenche volontairement la procédure pour identifier les problèmes propres à l'établissement, en discuter, et les résoudre, à travers une communication continue avec les salariés et les experts externes. Pour saisir ces problèmes dans toute leur complexité et tenter de les résoudre de manière fondamentale, il est nécessaire que les acteurs les plus immédiatement concernés s'interrogent sur les racines de ces difficultés et prennent, de leur propre initiative, les mesures d'éradication adéquates.

Le rôle du droit est ici d'encourager la mise en pratique volontaire de cette procédure. Autrement dit, indépendamment de la question de savoir si l'employeur respecte un standard formel ou numérique, le juge doit apprécier la légalité du comportement de l'employeur en vertu du fait qu'il applique ou non une procédure efficace pour résoudre les problèmes en cause.

De plus, les intermédiaires jouent un rôle important pour ce qui est de faire le lien entre ces deux acteurs. On suppose ici que l'avocat, le conseil en gestion du personnel, l'organisation à but non lucratif, et le syndicat, ont comme rôle de fournir des informations techniques et d'aider à connaître et résoudre les problèmes efficacement.

C – Les perspectives de développement

Ces deux théories fondamentales comportent quelques caractéristiques communes. Tout d'abord, il s'agit d'approches conçues pour permettre de s'adapter à la complexification et à la diversification de la société. Ensuite, ces approches accordent de l'importance à la procédure plutôt qu'à la substance, notamment, à la procédure collective et ouverte à l'extérieur. Enfin, le droit joue ici un rôle particulier, en ce qu'il intervient pour vérifier *a posteriori* la régularité de cette procédure. Autrement dit, ces approches traduisent toute la volonté de résoudre les difficultés de manière fondamentale et contextuelle en faisant jouer les interactions organiques de l'entreprise, la société et l'État.

Dans le même temps, ces deux théories se distinguent l'une de l'autre par leur fondement théorique. La « procéduralisation du droit » avancée en Europe se fonde sur une considération philosophique ou politique : « quelle est la "raison" pertinente pour résoudre les problèmes actuels ? », « qui sont les acteurs convenables/adéquats pour participer à la concrétisation de cette "raison" ? ». L'« approche structurelle » américaine, pour sa part, est d'inspiration économique. Elle a en effet été inventée pour réduire les frais de résolution des problèmes (y compris ceux de justice), ainsi que pour favoriser le confort moral des salariés et accroître les intérêts de l'employeur et des salariés.

Or, c'est précisément dans cette différence de fondement conceptuel que réside une possibilité de développement des nouvelles théories en question. Il est en effet possible d'adopter une approche intégrée de ces théories, la réflexion philosophique et l'efficacité économique intervenant alors au titre de double fondement conceptuel.

II – Une observation de la métamorphose : Le cas japonais

On verra ensuite le cas japonais de la métamorphose du droit du travail : les exemples actuels de la « procéduralisation » ou de la « structuralisation » du droit observés récemment au Japon (A) et les facteurs structurels ou culturels (B).

A – La « procéduralisation » ou « structuralisation » du droit

Pareille tendance se manifeste également au Japon, voire même de façon plus forte que dans les pays occidentaux. Elle s'observe, d'une part, dans le droit jurisprudentiel, qui était déjà partiellement procéduralisé (1), et d'autre part, en droit législatif, qui avait, à l'origine, un caractère uniforme et rigide (2).

1 – Le droit jurisprudentiel

Avant d'examiner le contenu du droit jurisprudentiel, on verra d'abord son importance et sa flexibilité. Pour

l'expliquer, on classera le droit du travail selon trois sources : 1) le droit législatif (lois et décrets), 2) le droit autonome (accords collectifs), et 3) le droit jurisprudentiel. Quel est le droit le plus important au Japon ? C'est une question délicate, mais comparé aux autres pays, le droit jurisprudentiel joue un rôle relativement important dans le droit du travail au Japon. Ce point est étroitement lié aux autres sources du droit. D'une part, le droit législatif n'intervient pas de façon efficace dans les problèmes importants sur la relation de travail tels que la modification des conditions de travail ou le licenciement pour raison économique, car la culture japonaise a élaboré une méthode « corporative » de la décision politique, selon laquelle une loi, en effet, ne permet pas d'instituer ou réformer facilement tant que les partenaires sociaux (gouvernement, syndicat et patronat) ne parviennent pas à un accord. D'autre part, même le droit autonome n'offre pas beaucoup de protection aux salariés, parce qu'il n'y a pas d'accord collectif de branche ou interprofessionnel dans le syndicalisme japonais ; les syndicats japonais se forment principalement dans chaque entreprise (« *syndicalisme d'entreprise* »). Dans ce contexte, la jurisprudence intervient souvent de manière créative dans la relation de travail pour compenser les défauts ou les insuffisances du droit législatif et du droit autonome au Japon.

Cette réglementation par la jurisprudence comporte une caractéristique importante : celle d'être flexible. Le cadre juridique du droit jurisprudentiel est essentiellement souple. Par exemple, le critère ultime de la modification du règlement des activités est celui de son caractère « raisonnable ou non ». Les juges pourront donc adapter, dans ce cadre, les doctrines aux changements socio-économiques extérieurs.

Ainsi, le droit jurisprudentiel joue un rôle relativement important dans le droit japonais du travail, où se trouve un terrain favorable au droit procéduralisé ; tendance qui se renforce récemment afin de s'adapter aux transformations socio-économiques actuelles. Deux exemples importants peuvent illustrer ces propos.

a – La réglementation de la modification du règlement des activités

L'entreprise japonaise modifie fréquemment les conditions de travail par la révision du règlement des activités, qui prévoit presque toutes les conditions de

travail du personnel. Sur ce point, la jurisprudence japonaise a établi une doctrine importante, selon laquelle les dispositions du règlement des activités modifié peuvent avoir un effet contraignant sur les salariés à condition que ces derniers en aient été informés et que ces dispositions soient raisonnables¹⁴. En ce qui concerne cette notion de « raisonnabilité », sont pris en compte principalement quatre critères : 1) l'importance des désavantages des salariés, 2) la nécessité économique de la modification, 3) la comparaison avec les autres entreprises du même secteur ou de la même région, et 4) le processus de négociation ou concertation avec les syndicats¹⁵. Cette doctrine jurisprudentielle s'est ainsi formée comme partiellement procéduralisée, d'une part, en utilisant la notion abstraite de « raisonnabilité », ce qui permet une solution flexible des problèmes selon les situations, et d'autre part, en prenant en compte le processus de négociation ou concertation comme un des critères de cette « raisonnabilité ».

On peut observer une évolution dans cette doctrine : la tendance à accorder de l'importance au quatrième critère, à savoir, au processus de négociation ou concertation. Prenons un exemple. Dans les années 1980, face à la nécessité nationale du prolongement de l'âge de la retraite jusqu'à 60 ans, une banque locale a décidé de prolonger effectivement de 58 ans à 60 ans, mais en même temps, de baisser le salaire des travailleurs âgés de 55 à 60 ans à environ 65% de celui des travailleurs de 54 ans. L'employeur a négocié ce projet avec les syndicats, et avec l'accord du syndicat majoritaire représentant environ 90% des salariés de cette entreprise, il a modifié son règlement des activités. Monsieur X, travailleur non-syndiqué opposé à cet abaissement du salaire, a poursuivi l'entreprise en justice pour réclamer la nullité de cette modification du règlement des activités. La Cour suprême a décidé, dans un arrêt du 28 février 1997¹⁶, que cette modification était raisonnable et donc valide, parce que, malgré l'importance des désavantages pour les salariés, le syndicat majoritaire avait cependant donné son accord, ce qui « permettait de présumer que le contenu du

règlement des activités modifié était raisonnable car résultait de la coordination des intérêts entre les partenaires sociaux ». Ainsi, la jurisprudence a tendance à mettre en avant le facteur procédural, et à présumer, avec l'accord du syndicat majoritaire, du caractère raisonnable de la modification du règlement des activités. Autrement dit, face à la complexification des situations de gestion et la diversification des valeurs, le juge, qui est une personne extérieure aux situations concrètes, ne peut pas facilement juger l'importance quant à la nécessité économique de la modification envisagée, ni celle des désavantages subis dans ce cas par des salariés. Il ne peut donc pas comparer exactement ces deux facteurs substantiels. Dans cette situation, la jurisprudence tend à éviter d'intervenir dans la substance de la décision des parties concernées, et à examiner intensivement la procédure de leur décision, afin notamment de s'assurer, par exemple, que l'employeur a loyalement consulté tous les syndicats, et surtout, s'il a obtenu l'accord du syndicat majoritaire. Cette tendance peut être qualifiée de « procéduralisation » du droit du travail.

b - La réglementation du licenciement pour raison économique¹⁷

La jurisprudence japonaise a élaboré depuis les années 1950 une doctrine pour réglementer le licenciement, appelée la « doctrine du licenciement abusif », en lien étroit avec le développement de la pratique de l'« emploi à long terme ». Selon cette doctrine jurisprudentielle, « le licenciement sera considéré comme un abus de droit et donc déclaré nul, s'il n'est pas justifié par une cause réelle et sérieuse »¹⁸. Elle se concrétise dans le contrôle rigoureux des « causes réelles et sérieuses »¹⁹, lié à la pratique de l'« emploi à long terme »,

¹⁷Y. Mizumachi, « Jurisprudence sur le licenciement pour raison économique : Prudence des juges ou des acteurs ? », *RDT*, 2010, p. 607.

¹⁸ Cour suprême 25 avril 1975, *Minshu Vol. 29, no.4, p. 456, Nihon Shokuen Seizo*. Cette doctrine a été enfin intégrée en 2007 dans l'article 16 de la *loi sur le contrat de travail*.

¹⁹ On peut citer deux exemples : 1) dans le cas du licenciement d'un présentateur de radio, qui n'a pas pu diffuser les informations de six heures de matin deux fois en deux semaines parce qu'il ne s'est pas réveillé à l'heure, et qui a relaté des faits inexacts lors du deuxième incident, l'arrêt du 31 janvier 1977 de la Cour suprême (*Rodo-Hanrei n°268, p.27, Kochi Hoso*) a décidé que « en considérant que ces incidents ne résultent pas de la mauvaise foi ou de l'intention du salarié, mais de son

¹⁴ Cour suprême 25 décembre 1968, *Minshu Vol. 22, n°13, p. 3459, Shuhoku Bus*.

¹⁵ Cette doctrine a été intégrée en 2007 dans l'article 10 de la *loi sur le contrat de travail*.

¹⁶ *Minshu Vol. 51, no.2, p. 705, Daishi-Banque*.

selon laquelle le licenciement du salarié ne peut être qu'exceptionnel.

En ce qui concerne le licenciement pour raison économique, la jurisprudence a édicté quatre conditions particulières, pour le contrôler plus rigoureusement :

- La première est la nécessité économique de réduire le personnel. Sur ce point, on n'exige pas nécessairement le risque de faillite ; néanmoins, il faut que l'entreprise rencontre une difficulté économique certaine. Concrètement, les juges exigent souvent des déficits répétés pendant plusieurs années. Donc, par exemple, le licenciement suite à la restructuration offensive de l'entreprise dont la gestion est saine n'est pas en principe recevable.

- La deuxième est l'obligation de faire tous les efforts possibles pour éviter le licenciement. L'employeur doit, par exemple, procéder à la réduction des heures supplémentaires, effectuer des mutations ou des détachements du personnel surnuméraire, ne pas procéder à de nouvelles embauches, mettre fin à des contrats à durée déterminée avec des salariés irréguliers, envisager la fermeture temporaire de l'entreprise, encourager les départs volontaires à la retraite etc. Si l'employeur n'a pas fourni tous les efforts possibles pour éviter le licenciement, il ne peut procéder au licenciement de son personnel²⁰. Cette condition, la plus importante de toutes, a été établie en prenant en considération la pratique des relations professionnelles japonaises,

inconséquence (...), ce licenciement était un peu trop sévère et donc déclaré nul » ; 2) dans le cas du licenciement du salarié qui avait été embauché comme conducteur de taxi, mais qui n'a pas pu travailler comme tel, son permis lui ayant été supprimé pour vision déficiente, l'arrêt du 30 septembre 2008 du Tribunal du district de Tokyo (Rodo-Hanrei n°975, p.12, *Tokyo Emukei*) a jugé que « l'employeur ne peut pas licencier ce salarié, parce qu'il n'est pas difficile pour cet employeur de lui donner un autre emploi que conducteur de taxi dans cette entreprise ».

²⁰ À titre d'exemple récent, lors du licenciement de cent cinq salariés, qui ont travaillé dans une usine de filature que l'employeur a décidé de fermer, l'arrêt du 6 mars 2007 de la Cour suprême (Rodo-Hanrei no.932, p. 98, *Yamada Boseki*) a confirmé le jugement du haut tribunal de Nagoya, qui a dit que « ce licenciement n'est pas justifié par des causes réels et sérieuses et donc déclaré nul, car l'employeur n'a pas fourni tous les efforts possibles pour éviter le licenciement, tels que des mutations du personnel en excédent à des autres sections, l'encouragement de départs volontaires à la retraite ».

surtout la méthode de l'ajustement d'emploi adoptée par les grandes entreprises lors des crises pétrolières.

- La troisième est l'équité dans la sélection des salariés licenciés. L'employeur doit établir un critère raisonnable de sélection, en tenant compte, par exemple, des résultats du travail, de l'ancienneté, du préjudice subi par le salarié etc., et l'appliquer équitablement.

- La quatrième est la consultation loyale des syndicats ou salariés au sujet d'une nécessité de licenciement, des mesures à prendre pour éviter le licenciement, de la période, de l'importance, des méthodes de licenciement etc.

Ainsi, la jurisprudence japonaise a élaboré une « doctrine du licenciement pour raison économique », d'une part, en prenant en considération la pratique des relations professionnelles japonaises, surtout la méthode de l'ajustement d'emploi adoptée par les grandes entreprises lors des crises pétrolières, et d'autre part, en prenant en compte le facteur procédural, à savoir, la consultation loyale avec les syndicats ou les salariés, comme une des quatre conditions nécessaires.

On peut constater deux évolutions récentes de cette doctrine. D'abord, les tribunaux japonais ont tendance à considérer ces quatre points comme « facteurs », non pas comme « conditions nécessaires ». C'est-à-dire qu'ils ont renoncé à la doctrine trop rigide des « quatre conditions nécessaires du licenciement pour raison économique », et apprécient le caractère abusif du licenciement en tenant compte de manière synthétique et flexible de ces « quatre facteurs » en fonction des situations concrètes. On peut observer, ensuite, dans cette doctrine une tendance à accorder plus d'importance à la procédure du licenciement qu'à sa substance. Avec la complexification des situations de gestion, il est de plus en plus difficile d'apprécier la « raisonabilité » substantielle du licenciement, à savoir sa justification telle que l'importance de la nécessité économique du licenciement et la pertinence de la mesure de licenciement. Le juge tend alors à juger plus exactement la « raisonabilité » procédurale que substantielle. Par exemple, il étudie en détails, d'une part si l'employeur a pris des mesures suffisantes pour aider les salariés licenciés, et d'autre part s'il a bien négocié — discuté — avec les syndicats et les salariés concernés, et s'il leur a expliqué loyalement

le scénario du licenciement²¹. Ainsi, la doctrine jurisprudentielle du licenciement pour raison économique, qui comprenait à l'origine des conditions substantielles, tend maintenant à accorder plus d'importance aux conditions ou facteurs procéduraux.

2 – Le droit législatif

Dans le même temps, on peut constater un mouvement en droit législatif, selon lequel on accorde plus d'importance à la négociation et à l'engagement de parties concernées qu'à la réglementation uniforme par l'État.

Les grandes lignes de la législation du travail actuelle au Japon ont été établies après la deuxième Guerre Mondiale par, entre autres, 1) la *loi sur les conditions de travail* de 1947, dont l'origine se trouve dans la *loi sur l'usine* de 1911, 2) la *loi sur la stabilité professionnelle* de 1947, dont l'origine est la *loi sur le placement* de 1921, et 3) la *loi sur les syndicats* de 1949 qui a réformé celle de 1945. Ces lois comportaient, comme les lois de l'Europe moderne, une caractéristique fondamentale, selon laquelle l'État établissait les normes uniformes et rigides et les appliquait de manière automatique et déductive. En effet, elles avaient été instituées en important les techniques juridiques occidentales. Mais, on peut observer une évolution récente de « procéduralisation » ou « structuralisation » même dans cette législation du travail, avec la complexification et la diversification des situations. Prenons deux exemples.

a – La législation sur le temps de travail

Le premier concerne la législation sur le temps de travail. L'article 32 de la *loi sur les conditions de travail* prévoit le principe de la durée légale de travail à « 8 heures par jour, 40 heures par semaine ». Cependant, avec la diversification des situations socio-économiques, on considère que cette norme uniforme et rigide, formée pratiquement sur le modèle d'« ouvriers travaillant de manière collective », ne peut plus s'adapter à la complexité des situations socio-économiques. En conséquence, le gouvernement japonais procède, depuis

une vingtaine d'années, à des réformes de cette loi, notamment sur l'aménagement du temps de travail.

Il y a trois séries de réformes dans ce sens ; d'abord, l'introduction des horaires modulés (articles 32-2, 32-4 et 32-5), ensuite, l'encouragement des horaires individualisés (article 32-3), et enfin, l'introduction et l'élargissement des heures d'équivalence (articles 38-3 et 38-4). Ces mesures peuvent être mises en place sous la condition de la conclusion d'un accord dérogatoire avec le syndicat (ou représentant) majoritaire ou la décision de la commission paritaire instituée dans l'établissement.

b – La législation sur la discrimination sexuelle en matière d'emploi

Le deuxième exemple de la « procéduralisation » du droit législatif consiste dans la discrimination sexuelle en matière d'emploi. La *loi sur les conditions de travail* de 1947 interdit la discrimination salariale entre l'homme et la femme (article 4), et la *loi sur l'égalité de chances et de traitements entre les hommes et les femmes relative en matière de l'emploi* de 1972 interdit les traitements discriminatoires en raison du sexe (articles 5 et 6). Cependant, ces articles imposant l'interdiction de discrimination n'a pas réussi à éradiquer la discrimination hommes/femmes. D'une part, en effet, la discrimination est fondamentalement imprégnée de certains facteurs historiques et culturels et, d'autre part, le droit standardisé en amont ne peut pas s'adapter aux réalités complexes de la discrimination sur le lieu de travail²².

Le gouvernement japonais a alors institué un nouvel article avec la réforme de 1997 de la *loi sur l'égalité de chances et de traitements entre les hommes et les femmes relative en matière de l'emploi*, qui a promu l'« action positive » pour analyser les causes de l'inégalité, élaborer et exécuter un plan pour éliminer ces dernières de manière volontaire et contextuelle dans chaque établissement (article 14). De plus, la *loi pour la formation de la « prochaine génération »* de 2003 ordonne aux employeurs employant 300 salariés et plus (100 salariés et plus depuis le 1^{er} avril 2011) d'élaborer, en fonction de la situation concrète de chaque entreprise, un « plan d'action » pour aider leurs salariés à élever leurs

²¹ Cf. l'arrêt du 21 janvier 2000 du Tribunal du district de Tokyo, Rodo-Hanrei n° 782, p. 23, *National Westminster Banque* ; l'arrêt du 10 juillet 2003 du Tribunal du district de Tokyo, Rodo-Hanrei n° 862, p. 66, *Japan Energy* etc.

²² Cf. aussi A. Supiot, (dir.), *Au-delà de l'emploi : Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, pp. 238 et s.

enfants, concilier vie professionnelle et vie familiale etc., et de le soumettre au ministre de la santé, des affaires sociales, et du travail (article 12).

c – Une caractéristique commune

Dans ces réformes récentes des lois, on peut constater une certaine évolution du droit du travail, de « normes uniformisées par la loi » en « règles contextualisées par les acteurs concernées ». Les normes uniformes imposées par l'État ne peuvent plus s'adapter aux réalités complexes, et ne sont pas plus à même de résoudre les problèmes de la nouvelle génération. Dans cette situation, le législateur a donné aux acteurs les plus immédiatement concernés une certaine possibilité d'élaborer leurs propres règles et de résoudre leurs problèmes de manière contextuelle. Ce mouvement peut s'analyser comme un type de « procéduralisation » ou « structuralisation » du droit du travail ; tendance également observable en ce sens, même au Japon.

B – Les facteurs de la « procéduralisation » ou « structuralisation » au Japon

Deux séries de facteurs expliquent cette tendance en faveur de la « procéduralisation » ou « structuralisation » au Japon. Il s'agit, d'une part de facteurs contemporains communs avec les autres pays développés, à savoir la complexification et la globalisation du monde (1) et, d'autre part, de facteurs traditionnels propres au Japon (2).

1 – La complexification et la globalisation du monde

Comme développé précédemment²³, le droit du travail « moderne » s'est construit sur le « modèle fordiste » dans le cadre de la société industrielle, surtout celle de production et de consommation de masse. Désormais, le droit du travail « moderne » est confronté aux grandes transformations socio-économiques, qui caractérisèrent ce que l'on a appelé la « post-industrialisation », auxquelles il ne peut plus s'adapter fonctionnellement et qui donc promeuvent sa « procéduralisation » ou « structuralisation ». On peut citer, par exemple, l'émergence du secteur des services et de l'industrie

informatique, la diversification des valeurs, ainsi que la globalisation.

Même au Japon, comme dans les autres pays développés, pour faire face à la complexification des situations, provoquée par ces grands changements socio-économiques, le droit du travail « moderne » présente une certaine évolution pour s'adapter à des situations diversifiées, liées à l'époque de la « post-industrialisation » ou de la « globalisation ».

2 – La culture japonaise

Il nous faut souligner ici la spécificité de la culture juridique japonaise par rapport à la culture européenne, notamment si l'on pense à la culture individualiste moderne, et que cette culture propre au Japon a constitué un terrain favorable à la « procéduralisation » ou « structuralisation » du droit. On explique cette tendance sur la base de deux grandes caractéristiques de la culture japonaise.

La première concerne l'importance de l'harmonie dans la communauté, qui contraste avec la relation entre individus libres et indépendants. Pour présenter cette caractéristique de la société japonaise, on cite souvent un événement historique, à savoir la « *Constitution de dix-sept articles* » (*Jû nana jyô kenpô*) instituée en l'année 604 par le Régent Shôtokutaishi. Il ne s'agit pas d'une vraie Constitution réglant la relation entre l'État et le peuple, mais d'une série d'instructions à l'adresse des fonctionnaires. Toutefois, et nous ne saurions assez en souligner l'importance, l'article 1^{er} de cette « *Constitution* » dispose que « l'harmonie doit être respectée ». Cette conception de l'harmonie dans la société traditionnelle japonaise trouverait son origine, soit dans les conditions climatiques et naturelles variées et imprévues du Japon, telles que typhons et tremblements de terre, qui exigent la coopération de tous pour les surmonter²⁴, soit dans la culture rurale, notamment la culture du riz, qui mobilise la collectivité²⁵, soit encore dans les conditions géographiques, favorable à la

²³ Cf. développements ci-avant I. A. p. 27.

²⁴ T. Watsuji, *Fûdo (Climat)*, Iwanami, 1935.

²⁵ H. Nakamura, *Tôyô-jin no shii-hôhô (Le moyen de pensée orientale)*, Vol. 3, Shunjû-sha, 1962, pp.104 et s. ; Y. Murakami, *Bunmei no takeisikan (Les nombreuses perspectives de la civilisation)*, Chuôkôron-sha, 1998, pp. 226 et s.

constitution d'une société communautaire et décentralisée, à l'abri des attaques violentes de l'Asie centrale²⁶, soit enfin dans les religions primitives et polythéistes du Japon (l'esprit japonais repose sur la relation humaine communautaire et non sur l'individu face à un Dieu absolu²⁷).

Alors que la conception individualiste de l'Europe moderne a été importée même au Japon depuis la fin du XIX^e siècle, la tradition d'harmonie reste encore dans la mentalité et la société japonaise. On considère, par exemple, la relation de travail comme celle d'appartenance à la communauté d'entreprise, plutôt que comme le contrat d'échange de travail contre salaire. Dans cette communauté d'entreprise, la relation de confiance à long terme est établie parmi les membres et, alors, le syndicalisme japonais prend la forme, principalement, de celui de coopération dans l'entreprise, mais pas de confrontation entre le capital et le travail.

Le deuxième facteur culturel expliquant la tendance à la « procéduralisation » du droit japonais consiste dans l'importance accordée à la résolution des problèmes par voie de concertation ou conciliation. L'Europe moderne a supposé l'existence d'une « norme raisonnable » et établi la méthode de la résolution des problèmes par l'application d'une norme rigide et clairement définie : le recours à la méthode déductive y est censé résoudre les problèmes. Par contre, les Japonais ont traditionnellement favorisé la résolution des problèmes par la voie de la concertation ou de la conciliation, préférant ainsi une solution flexible ou ambiguë selon le contexte. Si, depuis plus de cent ans, le Japon importe les techniques juridiques européennes, ce mouvement ne s'est pas accompagné d'un changement aussi rapide de la culture japonaise elle-même. Force est en effet de constater la survivance, dans la société japonaise d'aujourd'hui, de cette valeur traditionnelle de la concertation ou du consensus dans la communauté. Lors d'une conférence sur le thème « Moi, japonais et

ambigu »²⁸, donnée à l'occasion de la cérémonie de la remise du prix Nobel de littérature, ÔE Kenzaburô, lauréat en 1994, critiqua la mentalité japonaise fermée et ambiguë du point de vue de l'Europe moderne, mettant ce faisant le doigt, paradoxalement, sur le fait que le Japonais contemporain conserve encore cet attachement à la recherche de solutions flexibles et ambiguës des problèmes selon les situations.

Cette culture se reflète aussi dans le système de production industrielle japonaise. Par exemple, le constructeur d'automobiles Toyota a développé un système de production bien connu, appelé « toyotisme », basé sur une organisation flexible misant principalement sur des travailleurs bien formés et disposant d'une part d'initiative dans la production. On parle à ce sujet de « pilotage du système de production par l'aval », ce qui permet des réponses flexibles aux marchés incertains et variés. Ce système flexible contraste avec le « taylorisme » ou le « fordisme » qui prônent le pilotage par l'amont²⁹. Il y a, ainsi au Japon, une tradition « procédurale », qui prône une résolution flexible et décentralisée des difficultés en fonction des situations.

III – Réflexion conclusive sur la métamorphose du droit du travail japonais

En dépit de ce mouvement historique d'importation au Japon des techniques juridiques de l'Europe moderne, inhérent au processus de « modernisation » de la société japonaise depuis une centaine d'années, le droit européen moderne, notamment pour ce qui concerne les normes uniformes et centralisées, ne s'implante pas complètement dans la société japonaise. Le droit du travail japonais s'est formé et développé, au cours de ce processus, dans le sens d'une « procéduralisation » ou « structuralisation » partielle. Par exemple, le droit jurisprudentiel, permettant de s'adapter à des situations diversifiées, joue un rôle relativement important, étant étroitement lié à la culture traditionnelle japonaise. De plus, avec la complication de situations socio-économiques à l'époque de la « post-industrialisation »,

²⁶ T. Umesao, *Bunmei no seitaisikan (La perspective écologique de la civilisation)*, Chuôkôron-sha, 1967.

²⁷ S. Murakami, *Shinbutu-shugô sichô (La pensée polythéiste de shintoïsme/bouddhisme)*, Heirakuji-shoten, 1957, pp. 7 et s ; Y. Murakami, *op. cit.* note 23, pp.64 et s.

²⁸ K. ÔE, *Aimai na nihon no watasi (Moi, japonais et ambigu)*, Iwanami, 1995.

²⁹ B. Coriat, *Penser à l'envers : Travail et Organisation dans l'Entreprise japonaise*, Paris, Christian Bourgois, 1991.

observée depuis peu comme dans les autres pays développés, le droit jurisprudentiel, comprenant à l'origine une certaine flexibilité, a tendance à accorder plus d'importance aux facteurs procéduraux, et le droit législatif, formé sur le modèle de l'Europe moderne, fait aussi l'objet de réformes qui accordent aux acteurs concernés une certaine initiative dans l'élaboration des règles les concernant³⁰.

Cette tendance à la « procéduralisation » ou « structuralisation » du droit du travail peut être, d'une part, appréciée comme réforme permettant de s'adapter à des situations socio-économiques plus diversifiées, en faisant valoir l'avantage de la structure organisationnelle « à la japonaise » qui peut s'adapter de manière flexible aux changements d'environnement. Mais, d'autre part, son contenu peut être mis en cause. Dans les pays occidentaux, c'est une fois réalisée la « modernisation » de la société³¹ qu'a été entamé un débat sur la « procéduralisation » ou « structuralisation » du droit comme théorie « post-moderne » à l'époque de la « post-industrialisation ». Mais, au Japon, où ne s'est pas effectué complètement ce passage par la « modernisation » — dont le trait essentiel consiste dans le respect de l'individu par l'institution centralisée —, la « procéduralisation » ou « structuralisation » du droit, loin de renforcer l'avènement d'une société « post-moderne », risque au contraire de contribuer au retour à la société « pré-moderne »³².

En effet, dans une société où, d'une part, persiste dans chaque entreprise une culture de concertation fermée et communautaire à caractère « pré-moderne » pourrait-on dire, et où, d'autre part, la pratique n'assimile pas suffisamment la législation du travail provenant de l'Europe moderne, la « mutation » vers un droit « procédural » ou « structurel » prônant la résolution des problèmes par la négociation risque de faire reculer la protection moderne, et de provoquer le retour d'une société communautaire de type féodal. C'est pourquoi

dans la société japonaise, même si on procède à la « procéduralisation » du droit suite à la transformation socio-économique, il est très important de s'engager sur la voie d'une « vraie procéduralisation », en prenant soin d'éviter les écueils inhérents à la société communautaire « pré-moderne » comme, par exemple, la fermeture vis-à-vis de l'extérieur, la contrainte collective exercée sur l'individu, et l'exclusion des minorités.

Si l'on prévoit d'avancer une « procéduralisation » ou « structuralisation » du droit, il est nécessaire d'institutionnaliser les deux points suivants : 1) l'ouverture et la transparence de la concertation, et 2) la coordination réflexive de multiples points de vue dans la concertation. En effet, les risques les plus redoutés seraient qu'un groupe disposant d'un important pouvoir de fait contrôle la communauté en totalité et en exclue minorités et les personnes extérieures ; et que l'organisation communautaire, devenue fermée et linéaire, ne puisse plus s'adapter à la complexité des situations. Il est donc indispensable, d'une part, de systématiser un mode de concertation qui soit transparent et ouvert, plutôt que fermé et informel ; d'autre part, il est nécessaire de connaître et résoudre un problème donné sous ses multiples aspects, en respectant un ensemble de valeurs et intérêts, et en se gardant d'y appliquer une décision linéaire, comme celle de la « force » ou du « nombre ».

Le droit du travail « procédural » ou « structurel » constitue une tentative pour réaliser l'équité en s'adaptant à la transformation rapide et drastique de la société globalisée. Cette approche en est à ses tous premiers pas. Il dépend des engagements à venir que cette nouvelle approche puisse effectivement contribuer à résoudre des problèmes complexes et globaux et faire advenir une nouvelle forme d'équité (« équité procédurale ») sur le lieu de travail.

Se met à l'épreuve la sagesse humaine, créant une nouvelle histoire en réfléchissant sur l'histoire passée.

³⁰ Cf. Y. Mizumachi, *op. cit.* note 4, pp.261 et s.

³¹ Le Professeur Antoine Lyon-Caen a souligné, lors du Séminaire du droit social international et comparé du 20 mai 2005 à l'Université de Paris X, qu'il fallait encore réserver la question de savoir si la modernisation de la société était vraiment réalisée dans les pays occidentaux.

³² Cf. Y. Mizumachi, *op. cit.* note 4, pp.279 et s.