

Accueil

Le risque de la contractualisation aux dépends de la loi

Publié le vendredi 9 septembre 2011 22:02

Nous publions une réflexion de nos juristes sur le risque juridique qu'il y a à faire prévaloir le contrat sur la loi - comme des candidats aux élections en promeuvent l'idée, y compris dans les syndicats et partis de gauche.

(pour voir les autres articles de la rubrique droit social : [cliquez ici](#)).

En effet la contractualisation des rapports peut annuler les dispositions législatives, contraignantes pour l'employeur et qui protègent les citoyens, en l'espèce et pour ce qui concerne l'Observatoire les dispositions du code du travail, ou du statut des fonctionnaires, qui protègent la santé et la sécurité des travailleurs.

La contractualisation favorisant le déséquilibre des parties au préjudice d'une majorité n'ayant pas la surface financière pour engager des procès longs et coûteux, rend ainsi le droit d'accès à des tribunaux inopérant. Une clause contractuelle, si elle devait prévaloir sur une disposition légale, serait de nature à pouvoir aménager à sa guise la responsabilité de l'employeur envers ses salariés.

Cet effet possible d'une contractualisation de la société s'appliquera pareillement en droit de la consommation, droit bancaire, droit social, droit du travail, droit à la santé, droit au logement, etc.

La contractualisation menace la hiérarchie des normes, la démocratie et l'Etat de droit pour les raisons suivantes :

S'il existe des lois supplétives s'effaçant devant la volonté des parties, leur but est d'obliger les parties à se prononcer et d'éviter un vide juridique (ex. du "contrat" de mariage). Il est clair que la loi supplétive est donc une exception.

Le contrat est un lien juridique entre des intérêts particuliers. Alors que la loi, générale, impersonnelle et abstraite, est un lien impératif posant le cadre dans lequel s'inscrivent les rapports privés.

Faire prévaloir le premier sur la seconde revient donc à permettre à une volonté particulière de priver la seconde de tout effet et de toute garantie.

Le contrat est un outil juridique libéral et la loi le cadre de la régularisation, de l'harmonisation et de la justice sociale.

Les libéraux appliquent la maxime d'Alfred Fouillée "qui dit contractuel dit juste" dans le sens d'une supériorité

de l'autonomie de la volonté . Il l'énonce aujourd'hui encore pour affirmer la primauté de la volonté individuelle sur la volonté générale, sur la loi ; c'est à dire **l'effacement de l'intérêt général devant un intérêt particulier.**

La contractualisation favorisant le plus fort, amplifiant le déséquilibre économique du contrat, risque donc d'altérer gravement la vie sociale : C'est ce qu'a dénoncé l'école du solidarisme contractuel (fondateur du solidarisme social Léon Bourgeois ; Promoteurs du solidarisme contractuel : Professeur Christophe Jamin, Professeur Denis Mazeaud)

Le contrat, invoqué par les libéraux comme "la loi des parties", autorise, dans ce sens, tout - ou presque - puisque la contestation d'une clause contractuelle implique un procès long et coûteux, privant ainsi la majeure partie des justiciables d'une possibilité de contestation sérieuse, d'un recours effectif. Privé d'une réelle protection juridique, le salarié/consommateur, soumis au pouvoir financier et économique de l'employeur/producteur/fournisseur, n'est pas en mesure de négocier librement. Il doit se soumettre.

La citation de Lacordaire résume le danger de la contractualisation : " entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit. ". La loi poursuit l'objectif d'assurer l'intérêt général et la société, selon Rousseau, le bien-être général.

La société ne peut pas assurer la réalisation du bien-être général si le contrat, empire des intérêts particuliers, s'affirme sur la loi. C'est le but même de la société qui est ainsi mis en cause à terme. La contractualisation atomise le lien social et consacre le règne des égoïsmes puissants dans un rapport de force ou s'impose déjà l'arbitraire.

La crise actuelle l'illustre dans les conséquences de la déréglementation bancaire, qui va même à l'encontre des recommandations du promoteur historique du libéralisme économique !

Ibrahim Warde rappelle qu'Adam Smith lui-même avait dénoncé l'excès de la contractualisation dès 1776, qui est la cause et l'effet de la "dérégulation", dans "Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations" (Le Monde diplomatique "Indétrônables fauteurs de crise" sept. 2011 p.23).

Ibrahim Warde précise qu'Adam Smith "tout favorable qu'il fût au principe de de la "main invisible" stipula expressément que la logique d'un marché libre et concurrentiel ne devait pas s'étendre à la sphère financière. D'où l'exception bancaire au principe de la liberté d'entreprendre et de commercer, et la nécessité d'un cadre réglementaire strict" et de citer le célèbre auteur anglais : "*Ces règlements peuvent à certains égards paraître une violation de la liberté naturelle de quelques individus, mais cette liberté de quelques-uns pourrait compromettre la sécurité de toute la société. Comme pour l'obligation de construire des murs pour empêcher la propagation des incendies, les gouvernements, dans les pays libres comme dans les pays despotiques, sont tenus de réglementer le commerce des services bancaires* " (Livre II chapitre II - § 400).

Même s'il ne se pose plus exactement dans ces termes, le débat né à propos de Disneyland - exonéré du relèvement de la TVA sur les parcs de loisirs en France du fait d'un engagement contractuel de l'Etat - illustre le risque de discrimination généralisé à venir de la "contractualisation" (ex. : RTL).

Une société de progrès ne peut donc s'affirmer sans l'existence et la prééminence d'un cadre juridique légal, si tant est que la loi soit prise dans le respect de ses trois caractéristiques essentielles (impersonnelle, générale, abstraite) et poursuive le but d'assurer le bien-être général. Le contrat est à l'opposé d'une telle société en ne s'intéressant qu'à satisfaire des intérêts particuliers.

Le retrait de l'influence de la loi, du progrès social, et du bien-être général s'affirme déjà au mépris du droit et des engagements de l'Etat à l'égard de la communauté internationale. :

La question posée au gouvernement par Martine Billard, député, sur l'illégalité de la réforme des retraites au regard du droit international et du droit de l'Union est un bon exemple de ce débat ; question à laquelle le gouvernement ne'a pas voulu et pas pu répondre, alors même qu'il prétend présider le G20 sur l'emploi !

La contradiction d'un gouvernement violant le droit social international et présidant un sommet sur la question ne peut qu'affecter la confiance des peuples dans les institutions internationales, à commencer par l'Union. Elle montre le peu de soucis d'un gouvernement - l'un des plus influents en Europe - pour la justice sociale et le bien-être général. C'est un mauvais signal pour les citoyens.

Conclusion :

Un discours promouvant l'effacement de la loi devant le contrat prive la société de son sens, que cette société soit nationale ou s'étende à une communauté internationale.

La contractualisation exclut à terme le législateur comme prescripteur de normes. Le danger du discours sur la contractualisation risque d'aboutir à une marginalisation du politique ou à sa disparition. Quid de l'avenir de la démocratie ?

Patrick CAHEZ

juriste, représentant l'Observatoire du Stress auprès de l'UE.