

琉球大学学術リポジトリ

De la theorie japonaise du contrat de travail :
problemes et possibilites

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: Yano, Masahiro, 矢野, 昌浩 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1809

**De la théorie japonaise du contrat de travail
-- Problèmes et possibilités --**

Masahiro YANO

I. - Jurisprudence.

A. - Particularités et raison d'être.

B. - Problèmes d'interprétation et tentatives de justification.

a. - Règlement intérieur.

b. - Clause de mobilité professionnelle ou géographique.

II. - "Renaissance".

A. - Droit d'autodétermination.

B. - Obligation accessoire.

a. - Obligation de protection de la sécurité du salarié.

b. - Obligation de traitement équitable entre les salariés.

1. - Contexte.

1) Réformes législatives.

2) Jugements récents.

2. - Considérations.

1) Qualification professionnelle à la japonaise.

2) Significations et limites.

Aujourd'hui, la théorie du contrat de travail au Japon devient de plus en plus importante. Certains l'appellent même "Renaissance de la théorie du contrat de travail"¹. Son contexte socio-réglementaire serait composé de trois éléments principaux : faiblesse de la réglementation étatique ; faiblesse de la réglementation professionnelle ; enfin importance de

¹ S. NISHITANI, *Théorie du contrat de travail et reconstitution du droit du travail* (en japonais), *HÔRITSU JIHÔ (HÔJI* : Bulletin de droit), Tokyo, vol. 66, n° 1, 1994, p. 2.

la jurisprudence du contrat de travail en compensation des deux premières faiblesses. En effet, quand le juge est saisi du différend entre l'employeur et son personnel, il ne peut guère s'appuyer que sur l'interprétation du contrat de travail, qui est le plus souvent la seule source du droit en matière d'embauche, essai, changement de conditions, modification du contrat, discipline, licenciement, etc. La jurisprudence s'impose ainsi dans le domaine du droit du travail japonais.

La "Renaissance" a pour cause immédiate les critiques doctrinales de cette jurisprudence. Selon ses promoteurs, la jurisprudence ne fait en fin de compte que maintenir le statu quo de la société japonaise, dans laquelle la communauté d'entreprise restreint excessivement la liberté individuelle du salarié et l'hégémonie sociétale qu'engendre l'entreprise est trop "pro-capital". Leurs interprétations du contrat de travail ont pour objet de changer cet état actuel et de réaliser le nouveau système juridique où se développe mieux la dignité du travailleur en tant qu'homme. Il conviendrait de donner un aperçu de la situation japonaise de jurisprudence (I) pour dégrossir les orientations de sa doctrine (II).

I. - Jurisprudence.

A. - Particularités et raison d'être.

La jurisprudence japonaise du droit du travail a deux particularités en tant qu'interprétation du contrat de travail. D'une part, le juge a tendance à constater l'accord compréhensif des salariés au travail "typique" sur les changements des conditions de travail, c'est-à-dire qu'il reconnaît à l'employeur le pouvoir compréhensif de direction sur le lieu et le genre du travail de son personnel ; les salariés de ce type travaillent le plus souvent à durée indéterminée et à temps plein, notamment dans la grande entreprise aux multiples sites d'établissements et aux multiples genres de professions ; ces salariés forment le noyau du personnel et de son administration dans l'entreprise japonaise et sont appelés "personnel authentique" (SEI-SYAIN) ; ils constituent en pratique encore le plus souvent une main-d'œuvre masculine.

D'autre part, la jurisprudence a fait progresser la théorie de l'abus de droit. L'abus de

pouvoir patronal (pouvoir de direction, pouvoir disciplinaire, droit de licencier, droit d'administrer l'installation d'entreprise, dont il s'agit en particulier en matière d'activités syndicales dans l'entreprise, etc.) entraîne la nullité des actes juridiques, ce qui restaure la situation du travailleur en son état originare. La nullité du licenciement implique, par exemple, la réintégration du travailleur ainsi que le rappel de salaire ("back-pay") entre le licenciement et la réintégration ("res perit creditori" en cas d'inexécution de l'obligation à cause de la faute du créancier). En plus, en s'appliquant au terrain de rapport de travail, la jurisprudence de l'abus de droit ne contient pas que le volet subjectif (abus d'intention), mais développe le volet objectif (abus de comparaison d'intérêts). Surtout en ce qui concerne le licenciement, en redistribuant les charges de preuve, elle parvient à peu près à la théorie de la cause légitime. La "cause objectivement rationnelle" (homologue de la "cause réelle" : existence objective de la cause rationnelle) et la "cause socialement convenable" (homologue de la "cause sérieuse" : proportionnalité avec le moyen de licenciement) sont toutes les deux nécessaires pour justifier l'exercice du droit de licencier².

Au Japon, la formation professionnelle au travail (on-the-job training) occupe une place essentielle dans l'administration de l'entreprise. Le patronat considère le plus souvent que le diplôme ne signifie que le certificat d'aptitude "latente", et que le recruté continuant à travailler dans la même entreprise, doit acquérir les compétences particulières utiles à une bonne rentabilité. Aussi le travailleur court le risque de réduire ses compétences à néant, en changeant d'entreprise soit à cause du licenciement soit à cause de la démission. Cela est le fondement économique de deux pratiques qu'on souligne comme particularités des rapports professionnels japonais, spécialement sur le plan individuel : l'emploi à vie, ainsi que le salaire et l'avancement à l'ancienneté³. On estime que ladite jurisprudence confirme ces pratiques.

² V. 1^{re} chambre de la Cour Suprême (Supr. 1^{re} ch.), 25 janv. 1975, (ex-)Régie d'ETAT avec monopole du sel (en japonais), *SAIKÔSAIBABSYO MINJI HANREISYÛ (MINSYÛ* : Bulletin des arrêts civils des chambres de la Cour Suprême), Tokyo, vol. 29, n° 4, p. 456.

³ V. K. KOIKE, *L'Habilité japonaise* (en japonais), Tokyo, YÛHIKAKU, 1981.

B. - Problèmes d'interprétation et tentatives de justification.

On trouve une sorte de compromis ("trade-off") dans la jurisprudence du contrat de travail : la rigidité de la réglementation du licenciement (la protection de l'emploi pour le salarié) s'accorde avec la souplesse de la réglementation du contenu du contrat (le renforcement du pouvoir de direction et du pouvoir réglementaire pour l'employeur)⁴. Cette souplesse dépasse dans certains cas le cadre d'un accord des contractants, c'est-à-dire le régime même du contrat.

a. - Règlement intérieur.

Quand l'employeur a besoin d'abaisser le niveau du salaire d'origine contractuelle dans son entreprise en marasme, il peut faire une offre de modification du contrat de travail ; si le salarié refuse cette offre, l'employeur peut le licencier ; le droit de licencier implique et soutient la modification défavorable au personnel. Cela serait le prototype des relations entre le licenciement et la modification dans beaucoup de pays.

Il en allait autrement au Japon. Le droit du travail proprement dit n'a commencé à se former qu'après 1945. La doctrine et la jurisprudence ont dès leurs débuts forgé la théorie de l'abus du droit de licencier. La non-liberté du licenciement s'est alors située au point de départ de la régulation sociale. L'employeur doit respecter, par exemple, quatre conditions que la jurisprudence met à la validité de licenciement pour cause économique : la nécessité de réduction du personnel ; la nécessité du licenciement comme mesure de la réduction du personnel ; la pertinence du choix des licenciés (détermination précise des règles de licenciement, non-discrimination à la détermination et à application de ces règles, etc.) ; la pertinence de la procédure (négociation de bonne foi avec le syndicat et en plus avec les salariés en cause). La protection de l'emploi par le moyen de la première condition reste en fait délicate en relations avec la liberté d'entreprendre. Mais la deuxième condition joue un rôle extrêmement important dans l'appréciation d'abus du licenciement ; la jurisprudence admet que l'employeur a de bonne foi le devoir d'éviter le licenciement ; il ne peut licencier le salarié qu'après avoir pris des alternatives possibles : aménagement ou réduction du temps de

⁴ M. TSUCHIDA, *Pratiques des rapports professionnels à la japonaise et contrat de travail* (en japonais), *NIHON RÔDÔHÔ GAKKAISHI* (Bulletin de la société de droit du travail du Japon), Tokyo, n° 73, 1989, p. 3.

travail, réduction des salaires, mise à temps partiel, préretraites, changement du lieu ou du genre du travail dans l'entreprise, détachement dans le groupe d'entreprises, etc⁵.

Il est admis depuis longtemps que le licenciement est l'ultime action dans les relations de travail. Il est difficile à l'employeur de licencier le personnel dans le marasme des affaires. Mais, depuis un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour Suprême en 1968⁶, la jurisprudence permet à l'employeur de modifier "in pejus" le contrat de travail par le moyen du règlement intérieur, même si le salarié le refuse explicitement ; cela n'est toutefois possible que dans la mesure où cette modification unilatérale de l'employeur est considérée comme "rationnelle". Le juge fait alors la comparaison entre la nécessité (pour l'employeur) et le contenu (i.e. la nature et le degré des désavantages pour le personnel) de la modification, en considération d'une mesure éventuelle de compensation, du détail de la négociation avec le syndicat s'il existe⁷, ainsi que des conditions des autres entreprises de la même envergure ou de la même profession. Cela équivaudrait à ce que la jurisprudence reconnaisse à l'employeur le pouvoir de modification du contrat de travail, et pose en même temps le cadre de jugement d'abus de ce pouvoir. Récemment certains vont jusqu'à expliquer que cette jurisprudence se situe en contrepartie de la non-liberté du licenciement, qui déforme premièrement le régime du contrat et ne permet pas à l'employeur d'utiliser le licenciement comme une mesure de modification du contrat de travail⁸.

⁵ V. K. SUGENO, *Droit du travail*, 4 éd. (en japonais), Tokyo, KÔBUNDÔ, 1995, pp. 405-408.

⁶ Supr. Ass. Plén., 25 déc. 1968, SYÛHOKU Bus (en japonais), *MINSYÛ*, vol. 22, n° 13, p. 3459.

⁷ Il y a trois types de litige au point de vue de la négociation collective : le premier est le cas où l'employeur dénonce un accord collectif et prévoit un nouveau règlement intérieur quoique le syndicat refuse la signature sur l'accord collectif du même contenu (en droit japonais, il n'existe aucune disposition sur "Nachwirkung" comme L. 132-8, al. 6, du code du travail français); le second est le cas où l'employeur ne peut pas recourir à la modification unilatérale du règlement s'il n'existe pas de syndicat; enfin, le troisième est le cas où le non-syndiqué ou le membre du syndicat non-signataire conteste le nouveau règlement qui suit le nouvel accord collectif (au Japon, l'effet normatif de la convention collective n'a pour objet que les syndiqués qui adhèrent à l'organisation signataire). Certains ont indiqué récemment que le contrôle de rationalité en jurisprudence est moins rigide dans le dernier cas. V. K. SUGENO, *Modification du règlement intérieur et négociation collective* (en japonais), *RÔDÔ HANREI (RÔHAN : Revue de jurisprudence du travail)*, Tokyo, n° 718, 1997, p. 6.

⁸ V. K. SUGENO, *Droit du travail*, 4 éd., pp. 103-5.

b. - Clause de mobilité professionnelle ou géographique.

Au Japon, le juge a tendance à constater l'accord compréhensif des salariés au travail "typique" sur les changements du lieu et du genre du travail (v. supra). Il trouve cet accord par le moyen de la clause générale de mobilité dans le règlement intérieur, de la pratique d'entreprise, du détail de l'embauche, etc. Il semblerait qu'il existe la clause "implicite" de mobilité professionnelle ou géographique dans le contrat de travail "typique" (ou plutôt le devoir statutaire résultant de l'interprétation objective du contrat de cette sorte). Il devient d'autant plus exceptionnel que le juge admet la détermination professionnelle du travail, que l'entreprise effectue aujourd'hui activement l'innovation technologique, la transformation des activités industrielles, l'exploitation de multiples affaires, etc. Dans un arrêt NISSAN Automobile de 1989⁹, la Cour Suprême a estimé que les mesures unilatérales de l'employeur, par lesquelles les salariés ayant travaillé comme ingénieurs durant environ 20 ans ont été reclassés en ajusteurs-monteurs, étaient dans le cadre de l'exercice du pouvoir de direction.

De plus, à la différence du cas de droit de licenciement, le juge est peu enclin à admettre l'abus du pouvoir de direction. Ce jugement d'abus revient à la comparaison entre la nécessité du changement en cause pour l'employeur et les désavantages qu'il engendre pour le salarié. En pratique, le juge examine si ces désavantages sont ceux que le salarié doit endurer comme accompagnant "normalement" la mobilité professionnelle ou géographique. Dans un arrêt TÔA Peinture de 1986¹⁰, il a été jugé par la Cour Suprême comme "normal" qu'un salarié, ayant travaillé à peu près 8 ans à OSAKA et dans ses environs et ayant sa maison à SAKAI, a été forcé de laisser son épouse (travaillant près de leur domicile), une fille de 3 ans et sa vieille mère, pour aller travailler à HIROSHIMA ou à NAGOYA sur l'ordre de son employeur. Les commentaires d'alors, tout en ne contestant guère cette formule usuelle de comparaison d'intérêts, ont critiqué son application. Certains ont indiqué que la jurisprudence présuppose que la femme est seulement chargée de la responsabilité de famille comme "femme au foyer" ou travailleur à temps partiel ("la division de travail par sexe"). D'autre

⁹ Supr. 1^{er} ch., 7 juill. 1989 (en japonais), *RÔHAN*, n° 554, p. 6.

¹⁰ Supr. 2^e ch., 14 juill. 1986 (en japonais), *HANREI JIHÔ* (*HANJI* : Bulletin de jurisprudence), Tokyo, n° 1198, p. 149.

part, la jurisprudence consacre la restriction professionnelle et géographique en matière de salariés au travail "atypique" ; ils travaillent à temps partiel ou à durée déterminée et sont souvent traités comme "auxiliaires" ; les femmes sont majoritaires dans cette situation¹¹.

Des économistes font alors la distinction entre le "marché de travail intérieur" et le "marché de travail extérieur" à l'entreprise. Cette distinction revient à deux types d'"habileté" (ou de ressources humaines) que l'entreprise demande dans sa stratégie de personnel¹². L'entreprise demande au travailleur du marché de travail extérieur (c'est-à-dire du marché de travail au sens ordinaire) une "habileté universelle" qui soit élevée ou non : celle que l'entreprise ne peut pas former "à la maison" (ex. : travail de la plus nouvelle technologie) ; celle qu'elle ne ressent pas la nécessité de former pour elle-même (ex. : travail de la routine simple). L'entreprise propose par contre au travailleur du marché de travail intérieur une "habileté-maison", sur laquelle se fonde la "complicité" sociale de la continuité de l'emploi (version japonaise de la "théorie des contrats implicites" dans l'économie du travail). Les économistes soulignent donc que la formation du marché de travail intérieur en particulier dans les grandes entreprises japonaises a pour fonction la continuité de l'emploi ; quand un établissement est, par exemple, même fermé, l'employeur fait des efforts pour ne pas licencier son personnel et l'installer dans d'autres établissements, dans la mesure où il le considère comme véritables "ressources humaines" ; l'entreprise accommode d'abord l'emploi de son personnel dans son organisation, pour ne pas le faire passer directement dans le marché de travail extérieur. Mais, en compensation, le contenu du contrat de travail s'appuyant sur le marché de travail intérieur pourrait devenir plus obscur que celui qui est sur le marché de travail extérieur. Cet obscurcissement a pour but et pour résultat de faciliter à l'employeur à la fois la formation professionnelle au travail et la continuité de l'emploi.

La jurisprudence de mobilité professionnelle ou géographique, de même que celle de licenciement pour cause économique (v. supra), admet cette pratique pour l'entreprise. Dans le cadre de cette tendance, elle admet que l'employeur licencie les salariés au travail "atypique",

¹¹ Les travailleurs de ces deux types (nommés ici travailleurs "atypiques"), qui se situent dans la même unité d'entreprise que le "personnel authentique", et les travailleurs temporaires, qui appartiennent à d'autres unités, sont ensemble appelés "personnel non-authentique" (HI-SEI-SYAIN : "peripheral employment").

¹² V. K. KOIKE, *op. cit.*

c'est-à-dire ceux à temps partiel ou à durée déterminée¹³, pour éviter de licencier les salariés au travail "typique". Cela serait considéré comme élément du devoir d'éviter le licenciement, bien que contraire au principe d'égalité au niveau international (ex. : Convention No. 175 de l'OIT concernant le travail à temps partiel). Certains ajoutent le "degré de contribution du salarié à son entreprise", qui est très délicat et polémique, aux critères d'estimation de l'égalité, pour justifier et ordonner cette jurisprudence.

En plus, non seulement la jurisprudence met le contrat de travail au rang du contrat d'adhésion (ou contrat-condition), mais elle laisse aussi souvent trop largement à l'employeur le droit de prendre ultérieurement l'acte unilatéral pour suppléer, à nouveau et plusieurs fois, la partie imprécise du contrat. C'est typique du pouvoir de direction qui trouve son origine dans la définition juridique même du contrat de travail, mais il en va plus ou moins de même du détachement. L'accord particulier du salarié est essentiel en cas de détachement, puisque celui-ci change de détenteur du pouvoir de direction (une exception à la cessibilité de créance dans le code civil japonais). La jurisprudence a toutefois tendance à tirer l'accord des clauses relativement détaillées de détachement dans le règlement intérieur et des détails de l'embauche, en ce qui concerne le salarié au travail "typique" ; elle admet alors le droit au détachement pour l'employeur, qui spécifie ultérieurement le lieu et le terme du détachement dans les limites de l'accord d'avance. On constate souvent que le contrat de travail est en pratique plutôt une forme juridique justifiant le pouvoir de l'employeur dans l'exécution et le développement du contrat de travail que celle qui sert à le limiter¹⁴.

Ce sont des exemples de "donnant-donnant" dans la jurisprudence japonaise du contrat de travail. On conviendrait implicitement que la réglementation du droit de licencier est plus

¹³ Il n'y a pas au Japon de règles légales importantes sur le contrat de travail à durée déterminée, comme l'article 3 (2) de la recommandation n° 166 concernant la résolution du contrat de travail sur l'initiative de l'employeur ou les articles L. 122-1 et s. du code du travail en France. En pratique, il est ainsi répandu d'une part de renouveler infiniment ce contrat dans toute activité, d'autre part de mettre un terme à la chaîne des renouvellements contre l'espérance qu'en a le salarié. Les limitations en sont seulement réservées à la jurisprudence. V. K. SUGENO, *op. cit.* pp. 154-160.

¹⁴ V. S. NODA, *Modification du contrat de travail et licenciement* (en japonais), Tokyo, SHINZANSYA, 1997.

rigide que dans d'autres pays et que les mesures de compensation sont nécessaires à l'employeur. Un tel raisonnement se poserait comme pierre angulaire. Mais il serait plutôt une pierre d'achoppement. En Allemagne et récemment en France, on a assisté (et on assiste) aux développements législatifs et jurisprudentiels en matière de licenciement et de modification du contrat de travail (Änderungskündigung). Il existe, d'ailleurs, dans ces pays ce qui n'existe guère au Japon : l'institution du contrôle de licenciement par la représentation du personnel. Ne peut-on pas se douter que cette institution a une grande influence sur la norme de conduite des partenaires sociaux et rationalise la procédure de décision sur le licenciement ? De plus, en cas de transfert (ou plutôt "transfert juridique") d'entreprise, d'établissement ou de partie d'établissement, l'article L. 122-12, al. 2, du code du travail français et la directive 77/187 prévoient la protection de l'emploi, tandis que la liberté contractuelle s'impose au Japon : elle implique en l'espèce que le cessionnaire ait d'une part la liberté de contenu contractuel envers le cédant, par laquelle celui-là peut refuser la succession des contrats de travail en totalité ou en partie, d'autre part la liberté de contracter envers les salariés licenciés par le cédant, par laquelle celui-là n'a pas à les engager. Même si la théorie japonaise de protection de l'emploi a correspondu à la période "glorieuse" où l'entreprise même grandissait ("croissance intérieure" de l'entreprise), elle ne pourrait pas s'ajuster à la période "malaisée" où d'une part le transfert d'entreprise d'autre part la dissolution au côté de la création de la société se promeut en particulier dans le groupe d'entreprises ("croissance extérieure" de l'entreprise).

Il n'est donc pas difficile de se convaincre que l'"équilibre" entre la stabilité de l'emploi et la mobilité dans l'emploi dans le droit japonais n'est ni seul ni unique, et que cet "équilibre" prenant sa source dans la pratique de l'entreprise, en particulier dans sa stratégie de personnel, est inadéquat et inique au point de vue de l'égalité concrète des parties du contrat de travail. Il faut donc une critique vraiment juridique de la "plausibilité" ou la force de formation idéologique de la chose qui existe. La doctrine japonaise a en fait depuis longtemps traité ce problème, puisque celui-ci se résume au problème "classique" de limitation du pouvoir patronal. Elle concentrait souvent son effort dans le droit collectif de travail, en espérant que le mouvement syndical développerait le statut professionnel. Mais le syndicalisme stagne et s'aggrave encore plus depuis la fin des années soixante-dix. On a lentement commencé à prendre le tournant, dans le cadre duquel la théorie du contrat de travail est en train de se

promouvoir. Elle se transforme de manière à assurer en soi la liberté, l'égalité et la sécurité du travailleur, pour compenser la faiblesse de la réglementation étatique et professionnelle.

II. - "Renaissance".

On pourrait diviser la théorie actuelle sur le contrat de travail en deux courants : d'une part, le courant orienté vers la réhabilitation du "droit d'autodétermination" du salarié, d'autre part, celui orienté vers l'installation des "obligations accessoires" de l'employeur. La différence entre ces deux intérêts de théorie, qui sont toutes influencées par le droit allemand, reviendrait à celle d'accès des relations entre le contrat et l'organisation.

La conception géométrique de l'économie fait représenter l'agent économique par le "point". Mais la conception organique d'aujourd'hui montre un vif intérêt pour la distinction entre l'individu et l'organisation¹⁵. Elle pose d'abord une question : pourquoi une entreprise ne choisit-elle pas de passer un contrat avec une autre, par exemple pour acheter une marchandise, au lieu d'inclure un établissement de fabrication ? Selon cette conception, le contrat est rigide et l'organisation est flexible envers le changement des circonstances de l'entreprise, qui veut alors rester l'organe essentiel dans son organisation. En plus, même si une entreprise passe un tel contrat, on peut observer que les termes du contrat ont tendance à être imprécis et que la négociation ultérieure de bonne foi est présumée, dans la mesure où la relation de commerce est à long terme. Certains juristes essayent maintenant d'appliquer les arguments de cette sorte aux relations de travail pour expliquer le manque de clarté du contenu du contrat de travail "typique" (v. supra)¹⁶.

On se doute ainsi que le rapport d'organisation est dans la pratique de nature à réglementer l'économie du contrat ou le mécanisme d'accord et que la forme juridique de contrat ou d'accord est par contre d'essence destructive envers le rapport d'organisation en particulier à long terme. De ce point de vue, la théorie de droit d'autodétermination a pour

¹⁵ V. M. AOKI (éd.), *The Economic Analysis of the Japanese Firm*, Amsterdam, North-Holland, 1984.

¹⁶ V. T. UCHIDA, *Processus de contrat et droit* (en japonais), in *Droit dans les transformations sociales*, Tokyo, YŪHIKAKU, 1993, p. 155.

objectif de déstructurer la communauté japonaise d'entreprise qui met le salarié et même sa famille sous le joug dur et persistant, tandis qu'elle est plus ou moins "modérée" ou constructive sur le plan d'interprétation juridique ; elle serait plutôt réformatrice à petits pas que révolutionnaire à grands pas envers la jurisprudence actuelle, qui serait en fait un résultat de compromis dans la théorie mais aussi celui d'acquis dans la pratique. La théorie d'obligations accessoires a en revanche pour objectif de canaliser et régulariser, à travers le contrôle juridique, l'emprise que le rapport d'organisation hiérarchique des personnes aurait sur le rapport de contrat individuel, en particulier pour assurer aux salariés la sécurité et l'égalité dans l'entreprise.

A. - Droit d'autodétermination.

La soi-disant autodétermination ne peut fonctionner, au mieux, qu'à la phase de la conclusion (i.e. co-détermination) ou de la résolution dans le contrat. En outre, même si la dépendance économique est mise à part, le contrat de travail implique, par définition, la subordination juridique du salarié (détermination d'autrui ou hétéronomie) à la phase de son exécution, et c'est pour améliorer cette situation que le statut professionnel apparaît et fonctionne. Pourquoi faut-il le concept de droit d'autodétermination ? Ce concept n'est-il pas déplacé ?

Mais, en postulant au contraire le droit d'autodétermination, certains se doutent que ce droit, dans le cadre duquel se situe le principe d'autonomie de la volonté et qui est aujourd'hui considéré comme assuré par la Constitution japonaise (sur le modèle de la Constitution allemande), s'applique à la phase de l'exécution et du développement du contrat ; la légitimité d'effet normatif de la loi protectrice du salarié et de la convention collective de travail prend sa source dans ce droit ; il existe ici une règle selon laquelle si le salarié individuel pouvait négocier d'égal à égal avec l'employeur, leur contrat de travail devrait contenir les clauses prévues par la loi protectrice du salarié et la convention collective de travail. Se dégage ainsi du droit d'autodétermination une règle d'interprétation : quand on interprète le contenu du contrat de travail, on doit considérer et réaliser ce que le salarié acquerrait s'il pouvait

négoier individuellement, mais également avec l'employeur¹⁷. De ce point de vue, les promoteurs du droit d'autodétermination critiquent ladite jurisprudence¹⁸.

D'abord, sur la modification unilatérale et défavorable du contrat de travail que fait l'employeur par le moyen du règlement intérieur, ils retournent à la base d'obligations pour défendre la nécessité de l'accord du salarié. Bien que trop négligé devant l'accumulation des "faits accomplis", il est tout naturel que l'employeur ne puisse pas modifier d'une manière unilatérale et défavorable le contrat de travail, si le salarié n'en donne pas l'accord. On ne doit pas endosser le régime jurisprudentiel dans ce domaine. Tant que l'employeur s'attache à la modification du contrat de travail, il doit faire un effort pour acquérir l'accord du salarié, par exemple en le persuadant de la nécessité de cette modification et en lui donnant la compensation "convenable". Si l'employeur faisait un tel effort, le salarié donnerait normalement son accord. Mais, les promoteurs admettent que l'employeur est amené à recourir au licenciement envers le salarié qui oppose un refus explicite malgré ses efforts possibles, soit sous réserve de l'abus de droit de licencier (en particulier pour cause économique), soit par le moyen de l'"Änderungskündigung" (v. infra).

Ensuite, sur les changements de lieu ou de genre du travail par le pouvoir de direction, les critiques des défenseurs du droit d'autodétermination seraient composées de deux volets. D'une part, ils avancent que le lieu et le genre du travail du salarié sont fixés par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction après l'engagement du salarié ; le fondement immédiat de ce pouvoir de direction n'est d'ailleurs pas le plus souvent le contrat de travail lui-même ; la mutation postérieure de personnel sur le lieu et le genre du travail n'est ainsi réalisée que par la modification du contrat après accord du salarié. D'autre part, ils soutiennent l'interprétation "rationnellement restrictive" de la clause générale de mobilité dans le règlement intérieur. Cette interprétation se fait au point de vue de la règle d'interprétation mentionnée ci-dessus. Par exemple, sur la mutation géographique qui entraîne le

¹⁷ Il est probable que cette manière de penser a primitivement été adoptée dans la jurisprudence et la loi allemandes sur le contrat d'adhésion. V. S. KAWAKAMI, *Théorie de la réglementation du contrat d'adhésion* (en japonais), Tokyo, YŪHIKAKU, 1988.

¹⁸ V. S. NISHITANI, *op. cit.*, et du même auteur, *Idée de l'autodétermination dans le droit du travail* (en japonais), *HŌJI*, vol. 66, n° 9, 1994, p. 26.

déménagement ou même la séparation de la famille, c'est là s'il existe des clauses d'allégement du fardeau pécuniaire ou de la peine physique ou morale accompagnant la mutation de cette sorte, qu'on peut dégager un véritable pouvoir de direction de la clause générale de mobilité.

Or, le tribunal de grande instance de TOKYO a récemment décidé que l'"Änderungskündigung" pris par la compagnie d'aviation du capital étranger dans le cadre de sa "restructuration" était valable¹⁹, tandis que la cour d'appel de TOKYO avait autrefois décidé qu'un tel licenciement dans pareille affaire était nul²⁰. Les commentateurs critiquent unanimement ce jugement-là. La plupart d'entre eux partageaient les idées suivantes : par exemple, en Allemagne où existe la loi de contrôle de licenciement qui contient les règles légales d'"Änderungskündigung", le salarié peut saisir un tribunal pour maintenir ses conditions d'emploi et de travail, tout en acceptant provisoirement l'offre de la modification du contrat de travail ; il n'existe pas, en effet, au Japon de telle solution légale qui assure le salarié de la continuité de l'emploi, mais il n'existe pas, non plus, de règles légales qui interdise le préavis de licenciement comme moyen de modification du contrat de travail. On doit alors poser les conditions de ce type de licenciement pour l'installer dans le cadre de la théorie de l'abus de droit de licencier ; en termes généraux, il faut la nécessité de la modification en cause et sa convenance par rapport aux désavantages du (des) salarié(s), ainsi que la pertinence du licenciement comme moyen de cette modification (sur ce point, le régime de modification du contrat de travail en France serait relativement similaire) ; si l'employeur prend cette mesure comme moyen de réduction du personnel, il doit se soumettre au régime de licenciement pour motif économique ; de plus, sur le plan de conditions collectives de travail, l'employeur doit d'abord recourir au régime de changement unilatéral du règlement intérieur, parce que ce régime est "modéré" au point de vue de la continuité de l'emploi²¹.

Les défenseurs du droit d'autodétermination divergent sur ce point. Certains soutiennent la création d'interprétation du régime japonais de l'"Änderungskündigung" qui aurait pour

¹⁹ TGI Tokyo, 4 avril 1995, Scandinavia Airsystem (en japonais), *HANJI*, n° 1526, p. 35.

²⁰ CA Tokyo, 29 août 1974, Air France (en japonais), *RÔDÔKANKEI MINJI SAIBANREISYŪ* (Bulletin des arrêts civils sur les rapports de travail), Tokyo, vol. 25, n° 4/5, p. 354.

²¹ V. T. ARAKI, *Effets de l'"Änderungskündigung"* (en japonais), *Juriste*, Tokyo, n° 1072, 1995, p. 127.

objectif d'assurer au salarié l'exercice du droit d'autodétermination, en respectant suffisamment la protection de l'emploi du salarié²². D'autres font valoir que la restriction rigide du licenciement est indispensable au fondement du droit d'autodétermination du salarié ; la mesure par laquelle le salarié est forcé d'accepter l'offre de la modification du contrat de travail sous la menace de licenciement est alors contraire à son droit d'autodétermination ; tant pour éviter le recul de la théorie de l'abus de droit de licencier que pour développer l'égalité concrète entre le salarié et l'employeur, on ne doit pas laisser de marge d'installation en droit japonais au régime de l'"Änderungskündigung"²³.

En tout cas, la nouveauté d'interprétation de cette doctrine serait de restaurer l'élément d'accord du salarié qui est filtré par le critère de droit d'autodétermination, comme élément positif de réalisation de sa liberté à la phase d'exécution et de développement du contrat de travail, bien que certains auteurs la critiquent en indiquant qu'un tel accord serait une volonté fictive qui serait créée par les interprètes et que le paternalisme ou l'interventionnisme se dissimulerait au nom de la "véritable" autodétermination du travailleur²⁴. Ce procédé d'interprétation reviendrait ainsi souvent à ce que la "règle supplétive", qui n'est pas au sens classique mais au sens où la dérogation n'est pas possible sans cause rationnelle tant que cette règle réalise l'équilibre des intéressés, se pose au litige du contrat de travail au point de vue de l'égalité concrète entre le salarié et l'employeur²⁵.

²² M. TSUCHIDA, "Änderungskündigung" et autodétermination du salarié (1-2) (en japonais), *HÖJI*, vol. 68, n° 2, 1996, p. 39 et vol. 68, n° 3, 1996, p. 55.

²³ V. S. NISHITANI, *Théorie du contrat de travail et reconstitution du droit du travail* (en japonais), *HÖJI*, vol. 66, n° 1, 1994, p. 2.

²⁴ K. KEZUKA, M. IWAMURA et S. OUCHI, *Situation actuelle de la théorie du droit du travail* (en japonais), *NIHON RÔDÔ KENKYÛ ZASSHI* (Journal mensuel de l'institut japonais de travail), n° 464, 1999, p. 2.

²⁵ Même si c'est du point de vue de la pratique de l'emploi à vie, la jurisprudence japonaise du contrat de travail pose en fait déjà des règles supplétives de cette sorte. Par exemple, elle qualifie de période d'essai celle où le droit spécifique de résiliation se fonde sur l'accord des parties (mais en réalité sur le règlement intérieur) s'attache au contrat de travail à durée indéterminée, sauf s'il existe les "circonstances particulières" qui justifient que la période d'essai soit aussi le terme d'emploi. D'ailleurs l'essai au Japon n'a pas pour objet la capacité professionnelle et spécifique sur un poste, mais une capacité plutôt "potentielle" et générale comme personnel dans son entreprise, bien que la cause objectivement rationnelle et la cause socialement convenable soient toutes les deux nécessaires en jurisprudence, comme dans le droit de licencier (v. supra), pour exercer ce droit de

B. - Obligation accessoire.

La Cour Suprême consacre jusqu'à présent deux sortes d'obligations accessoires. Elle attribue d'une part à l'employeur l'obligation de protection de la sécurité du salarié depuis un arrêt de 1975²⁶, et d'autre part au salarié l'obligation d'observation de l'ordre de l'entreprise depuis un arrêt de 1977²⁷. La doctrine critique fortement la conception de cette dernière, en la considérant comme résurrection de la conception de "Treuepflicht". C'est en matière de pouvoir disciplinaire que la notion d'obligation d'observation de l'ordre de l'entreprise s'applique dans la pratique. Selon la jurisprudence, l'employeur peut prendre la sanction disciplinaire contre le salarié qui a contrevenu à cette obligation ; il doit toutefois prévoir préalablement les types de fautes et des mesures de discipline possibles dans le règlement intérieur ; il doit en plus prendre ces mesures dans la nécessité et la rationalité d'administration de l'entreprise (une solution conciliante sur la discipline entre la théorie d'institution et celle de contrat). En termes concrets, la jurisprudence s'attache à faire d'abord une interprétation "rationnellement restrictive" des dispositions de discipline qui ont tendance à devenir plus ou moins les clauses générales, et ensuite procède à un contrôle d'équilibre entre l'infraction et la sanction²⁸.

Mais pourquoi la jurisprudence est-elle conduite à une telle manipulation ? Ne peut-on pas penser que le salarié a des obligations originaires particulières et déterminées au lieu d'une obligation d'observation de l'ordre de l'entreprise qui est tellement étendue et vague ? Certains essaient ainsi de restreindre plus objectivement le champ de fonction du pouvoir disciplinaire, en procédant à des analyses d'obligation accessoire dans le rapport contractuel. Cependant, cet effort, restant encore dans la suggestion d'interprétation, pourrait revenir à la confirmation "plus fine" des résultats de la jurisprudence. Il pourrait amener quelquefois le

résiliation. V. Supr. Ass. Plén., 12 déc. 1973, MITSUBISHI-Entreprise de Fabrication de la Résine Synthétique (en japonais), *MINSYŪ*, vol. 27, n° 11, p. 1536.

²⁶ Supr. 3^e ch., 25 fév. 1975, Garage de Forces de Défense (en japonais), *MINSYŪ*, vol. 29, n° 2, p. 143.

²⁷ Supr. 3^e ch., 13 déc. 1977, FUJI Industrie Lourde (en japonais), *MINSYŪ*, vol. 31, n° 7, p. 1037.

²⁸ V. K. SUGENO, *op. cit.*, pp. 344-51.

salarié à de "nouvelles obligations" que n'avait pas pour objet le règlement intérieur²⁹. Il est donc plus important dans ce courant de théorie du contrat de travail que ses promoteurs essaient de poser les obligations accessoires de l'employeur par le moyen de la bonne foi ou de l'application analogique des règles légales ponctuelles au même type de rapports sociaux³⁰. Ces procédés d'interprétation seraient familiers à la discipline juridique³¹. D'ailleurs certaines des obligations en cause seraient plutôt "essentielle" au contrat de travail. Ainsi on peut se douter qu'il serait trompeur que ce courant doctrinal s'appelle théorie d'obligations accessoires, qui remonte à la conception germanique du contrat de travail.

On pourrait imaginer que le contrat de travail deviendrait "contrat typique" dans les développements de cette théorie, qui dresseraient progressivement le catalogue des droits et des devoirs des parties et combleraient les lacunes du code civil japonais en ce domaine pour équilibrer leur rapport de force³².

a. - Obligation de protection de la sécurité du salarié.

L'obligation de protection de la sécurité du salarié est pionnière dans la théorie d'obligations accessoires de l'employeur (v. supra) et les discussions juridiques se sont

²⁹ En fait, la doctrine et les jugements admettent depuis longtemps l'obligation de non-concurrence et celle de discrétion comme obligations accessoires de bonne foi pendant la continuation du contrat de travail. Donc, soit qu'il n'en ait pas prévu les causes dans le règlement intérieur (c'est très rare dans la pratique), soit qu'il les ait prévues et prenne la sanction disciplinaire, l'employeur peut par exemple demander des dommages-intérêts au salarié qui contrevient à ces obligations. V. *ibid.*, pp. 70-2.

³⁰ V. H. WADA, *Théorie du contrat de travail* (en japonais), Tokyo, YŪHIKAKU, 1990.

³¹ V. par ex., sur la discussion sur l'obligation d'information dans le contrat en droit français, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 6 éd., Paris, Dalloz, 1996, pp. 204-212.

³² Le code civil japonais prend sa source dans ceux de certains pays, mais c'est définitivement sous l'influence directe du premier avant-projet du BGB qu'il fut mis à jour en 1896. C'est sur la base de celles de GIERKE envers ce premier avant-projet qu'un professeur développa les critiques envers le droit civil japonais d'alors pour assurer les intérêts des travailleurs, certaines années après la Première Guerre mondiale où les premiers mouvements ouvriers se soulevèrent au Japon. Y. HIRANO, *Les idées romaines et germaniques dans le droit civil* (en japonais), Tokyo, YŪHIKAKU, 1924.

abondamment accumulées³³. Le droit japonais de l'indemnisation des victimes des risques professionnels admet le retour à la responsabilité civile. La victime, qui estime que le niveau d'indemnisation de la caisse d'accident professionnel est insuffisant, peut recourir à l'action civile. On a d'abord naturellement allégué le droit à réparation du dommage sur le délit civil. Mais il a posé des problèmes d'interprétation comme ceux qui sont sur la faute et le "dies a quo" de la prescription extinctive dont le délai est de 3 ans (art. 724 du code civil japonais). Celui-ci n'est pas en effet suffisant en particulier pour qu'un tribunal soit saisi par le survivant qui ne pouvait pas nécessairement bien connaître les circonstances de l'accident ou par le travailleur ou le retraité subissant la progression lente d'une maladie "professionnelle" encore inconnue. La doctrine a alors soutenu une interprétation : l'employeur a, de bonne foi, l'obligation de protection de la sécurité du salarié à titre d'obligation accessoire. Cette interprétation avait pour objet d'introduire dans le droit japonais l'article 618 du BGB en Allemagne, mais plus pratiquement d'admettre le droit à réparation du dommage sur la responsabilité contractuelle, dont le délai de la prescription extinctive est de 10 ans (art. 169, al. 1) et les conditions n'impliquent pas la faute au Japon (l'interprétation communément admise de l'art. 415). La jurisprudence l'a admis, mais elle demande à la victime de spécifier le contenu de cette obligation de l'employeur dans la situation concernée (l'existence précise de l'obligation contractuelle) et d'établir l'inexécution de cette obligation spécifiée, selon le régime général du droit à réparation du dommage sur la responsabilité contractuelle. Cela équivaut enfin à la charge de preuve de l'existence de la faute.

Les dommages-intérêts ne sont toutefois qu'un remède ultérieur. La doctrine avance maintenant le caractère de prestation de cette obligation même³⁴. Celui-la permettrait au travailleur de faire prendre quelque mesure de sécurité à l'employeur par le moyen de la sanction judiciaire, ainsi que d'arrêter son travail par l'interprétation analogique de l'exception d'inexécution. Une devise syndicale "pas de travail sans sécurité" se réaliserait ainsi. Mais on pourrait se douter que ces interprétations seraient de l'acrobatie juridique. Le danger qui

³³ V. S. SHITAMORI (éd.), *Développements de la théorie de l'obligation de protection de la sécurité* (en japonais), Tokyo, NIHONHYÔRONSYA, 1988.

³⁴ Le régime japonais de l'obligation de faire s'est formé sur le modèle du droit allemand, non sur celui du droit français dont le principe est l'article 1142 du code civil.

nécessite une action et qui justifie éventuellement un remède en justice ne soulèverait-il pas d'accidents pendant la durée du procès ? Il vaudrait mieux éviter la blessure ou la mort, mais en arrêtant le travail sur son jugement, le salarié ne court-il pas de risque d'être licencié ou sanctionné ? On ne doit pas d'ailleurs oublier de rendre plus efficace la réglementation étatique acquise c'est-à-dire la loi sur la sécurité et l'hygiène de travail (RÔDÔ ANZEN EISEI HÔ, légiféré en 1973).

Cependant si on remarque cette discussion au sujet du caractère de prestation de l'obligation de protection de la sécurité du salarié, c'est que l'obligation accessoire de bonne foi n'est que de norme de dommages-intérêts dans son dogme traditionnel. Aujourd'hui on a tendance à considérer l'obligation de protection de la sécurité du salarié non seulement comme obligation accessoire de bonne foi, mais aussi comme obligation fondamentale qui s'extrait de l'existence même de la loi de la sécurité et l'hygiène de travail. Ces développements influenceraient la théorie d'obligations accessoires de l'employeur que la jurisprudence n'agrée pas encore quoique la doctrine en lance les débats, dans lesquelles se situe l'obligation de traitement équitable entre les salariés.

b. - Obligation de traitement équitable entre les salariés.

1. - Contexte général.

1) Réformes législatives.

Le problème de l'égalité entre les salariés, en particulier entre hommes et femmes ou entre travailleurs à temps plein et travailleurs à temps partiel (ces deux cas se superposent de fait, puisque la plupart des travailleurs à temps partiel sont de sexe féminin) est maintenant crucial au Japon³⁵, non seulement au point de vue du droit fondamental au niveau national et au niveau international³⁶, mais encore au point de vue de la rationalisation de l'administration

³⁵ V. M. ASAKURA, *Théorie de l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi et le travail* (en japonais), Tokyo, DOMESU SYUPPAN, 1991.

³⁶ Le Japon ne ratifie que de petit nombre de conventions de l'OIT. Il ne ratifie aucune convention en matière de temps et de durée de travail. S'il a exceptionnellement ratifié la convention n° 100 en 1967, c'est qu'il a déjà existé l'article 4 de la loi sur les conditions minimums de travail en ce domaine dans le cadre de la démocratisation par l'occupant. V. K. NAKAYAMA, *Conventions de l'OIT et Japon* (en japonais), Tokyo,

du personnel dans l'entreprise. Elle n'a jamais pu négliger les femmes dans un contexte d'insuffisance de main-d'œuvre (ou plutôt main-d'œuvre masculine) jusqu'au début des années quatre-vingt-dix par rapport à la croissance économique. Elle se trouve maintenant dans le nouveau milieu où beaucoup plus de femmes que jamais veulent continuer et continuent en effet à travailler après le mariage ou l'accouchement (féminisation des lieux de travail).

En matière de législation japonaise du travail, il existe, d'un côté, l'article 4 de la loi sur les conditions minimums de travail (RÔDÔ KIZYUN HÔ, légiféré en l'an 1947) concernant l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, d'un autre côté la loi d'égalité professionnelle sur le sexe (KOYÔ KIKAI KINTÔ HÔ (abréviation), légiféré en l'an 1985)³⁷. Cette dernière loi a été adoptée dans le cadre de l'aménagement de la législation interne accompagnant la ratification de la "convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes" en 1985. On peut estimer que cette adoption et cette ratification se situent surtout dans les résultats du mouvement des travailleuses. La loi d'égalité professionnelle sur le sexe ne contenait toutefois que les dispositions sur lesquelles les autorités publiques (en particulier les inspecteurs du travail) pouvaient seulement "inviter" l'employeur à ne pas prendre des mesures discriminatoires envers les femmes aux stades du recrutement, de l'engagement, du changement de lieu ou de genre du travail³⁸ ou de promotion interne dans l'entreprise³⁹. Le ministère du travail a d'abord préparé là les dispositions impératives. Mais les groupements patronaux leur ont très fortement objecté que ces stades se situaient au cœur de l'administration du personnel dans l'entreprise japonaise et que celle-ci hésitait à faire un "investissement à long terme" envers les femmes d'autant qu'elles avaient

IWANAMISYOTEN, 1983.

³⁷ Pour parler plus exactement, ces articles n'interdisent que la discrimination féminine, non pas la discrimination masculine. Ce caractère unilatéral est une particularité de la législation du travail japonaise sur l'égalité sexuelle, qui continue à faire l'objet de la critique doctrinale. V. K. SUGENO, *op. cit.*, pp. 131-2.

³⁸ Dans l'entreprise japonaise où la formation professionnelle au travail (on-the-job training) occupe la place essentielle dans l'administration de l'entreprise (v. supra), le changement du lieu ou du genre du travail est connexe au traitement futur du personnel, en particulier à la promotion interne.

³⁹ D'autre part, elle contient les dispositions impératives en matière de formation professionnelle, d'œuvre sociale et de mise à la fin de l'emploi. Leur formule de rédiger est de l'obligation de ne pas faire (v. infra).

tendance à démissionner à l'occasion de leur mariage ou de leur accouchement (tandis que le patronat dit aujourd'hui que s'il ne peut pas donner aux femmes plus de chances d'engagement ou de promotion, c'est que leurs devancières démissionnent moins). Le ministère se pressait en correspondance avec la ratification de la convention. Ainsi le projet de loi n'a porté que les dispositions de recommandation sur ces matières et a été adopté d'une manière presque intacte bien qu'il ait provoqué de vives discussions au-dehors et au-dedans du Parlement⁴⁰.

Une réforme législative de 1997 les a enfin modifiées en dispositions impératives. Cependant c'est en contrepartie de l'abolition des dispositions protectrices spéciales aux femmes dans les domaines d'heure supplémentaire, de travail de repos hebdomadaire et de travail de nuit. On critique d'autant plus vivement la réforme qu'il n'existe aucune disposition protectrice commune. Le patronat soutenait depuis longtemps cette abolition des dispositions protectrices spéciales comme présupposition d'égalisation des sexes. Les organisations syndicales refusaient cette négociation donnant-donnant, mais elles l'ont acceptée cette fois-là dans les changements politiques japonais (exemple remarquable, le Premier ministre était socialiste du mois de juin 1994 et jusqu'au mois de janvier 1996, après 46 ans d'absence) qu'on estimait probablement comme rendant moins difficile l'acquisition des dispositions protectrices communes aux sexes sur ces domaines-là ; il apparaîtrait que leur perspective était d'un optimisme extraordinaire...

2) Jugements récents.

Toutes ces mutations activent des revendications des travailleuses dans leurs entreprises. Elles engendrent leurs procès en justice et un nombre considérable de jugements qui sont tous très importants pour la théorie d'égalité d'emploi et de travail au Japon. Les trois jugements récents serviraient à entrevoir les problèmes actuels et les perspectives générales dans ce domaine : le jugement NISSO TOSYO⁴¹ de 1992, le jugement MARUKO

⁴⁰ S'il n'était pas contraire à cette convention que cette loi ne prévoyait pas les dispositions impératives dans les domaines mentionnés ci-dessus, c'est que le gouvernement japonais a "marchandé" les clauses intéressées dans le processus de l'élaboration de la première. L'allègement des sanctions possibles de l'article 2 (b) en est un résultat. V. M. ASAKURA, *op. cit.*

⁴¹ TGI Tokyo, 27 août 1992, NISSO TOSYO (librairie d'ouvrages russes) (en japonais), *RÔHAN*, n° 611, p. 10.

KEIHÔKI⁴² et le jugement SHIBA SHINYÔKINKO⁴³ de 1996.

Le premier jugement est un pas fait au Japon vers l'égalité des rémunérations entre l'homme et la femme pour un même travail. Une travailleuse qui était sortie du lycée et avait été engagée comme vendeuse après la procédure simple de recrutement, a enfin fait partie des cadres après beaucoup d'efforts. Mais un jour elle s'est aperçue que son salaire était moins élevé que ceux de ses subordonnés qui avaient la même ancienneté qu'elle ; ils avaient étudié le russe à l'université ou avaient travaillé dans une autre agence de livres russes, et avaient ainsi été engagés comme spécialistes de cette profession après la procédure sévère de recrutement. L'employeur a expliqué ce traitement de la manière suivante : bien qu'il augmentât considérablement son salaire à chacune de ses promotions, une série de ces mesures n'est pas parvenue à combler la grande différence de salaires de début qui était revenue à la différence de diplôme et d'expérience. Mais en s'appuyant sur l'article 4 de la loi de conditions minimums de travail, le tribunal a considéré que l'employeur a commis une faute et l'a condamné aux dommages-intérêts qui compensaient la différence entre le salaire déjà payé et la somme moyenne des salaires de ses subordonnés.

Le second jugement est classé comme un autre pas fait vers l'égalité des rémunérations entre le travailleur "typique" et le travailleur "atypique". Parmi ceux qui sont appelés "travailleurs à temps partiel" dans l'usage courant de l'entreprise japonaise, il y a un nombre considérable de personnes qui travaillent à temps plein. Les statistiques sociales sur cette matière les nomment travailleurs à temps "faussement" partiel. Les demanderesses de cette affaire en faisant partie, étaient toutes des femmes ; elles travaillaient en plus à durées déterminées successives, dont la plus d'ancienneté avait passé 25 ans. Cependant elles touchaient beaucoup moins de salaire que le "personnel authentique" qui comprenait les travailleuses. Le tribunal a d'abord admis que l'idée de traitement égal entre les salariés, étant à la base des articles 3 (v. infra) et 4 de la loi sur les conditions minimums de travail, etc., se

⁴² TGI Nagano-Ueda, 15 mars 1996, MARUKO KEIHÔKI (fabrique de sonnette d'alarme) (en japonais), *RÔHAN*, n° 690, p. 32.

⁴³ TGI Tokyo, 27 août 1996, SHIBA SHINYÔKINKO (caisse de crédit) (en japonais), *RÔHAN*, n° 704, p. 21.

situait comme un élément important dans le jugement d'illégalité sur la différence salariale⁴⁴ ; il a ensuite proclamé que la différence salariale en cause était illégale tant qu'il leur payait le salaire inférieur à 80 % du salaire moyen du "personnel authentique" de la même ancienneté que chaque demanderesse, même si l'utilisation des travailleurs telles ces dernières ne perdait pas sa signification par rapport aux modulations futures des emplois ; il a donc condamné l'employeur aux dommages-intérêts qui compensaient cette somme.

Le dernier jugement est remarquable au point de vue de l'égalité d'avancement. Les employées ne parvenaient pas à une qualité professionnelle qui correspondait au niveau de chef de bureau dans la qualification professionnelle du règlement intérieur. Elles ne pouvaient pas ainsi se placer parmi des postes qui nécessitaient pour le personnel certaines conditions dont l'une était cette qualité. Ces traitements n'étaient pas changés, même après que presque tous les autres employés de la même ancienneté qu'elles, soient parvenus à cette qualité et se soient placés parmi ces postes. La différence en avancement faisait une distinction entre le travail des employées et celui des employés. Elles ont saisi le tribunal pour faire confirmer qu'elles avaient avancé et s'étaient placés là ("action déclarative") et pour demander à l'employeur de donner de l'argent qui compensait la différence entre le salaire déjà payé et celui qu'elles toucheraient. L'employeur a tenté de justifier cette différence d'avancement, en proclamant qu'elles échouaient chaque fois à l'examen d'avancement au niveau de cadre-débutant. Mais le tribunal l'a refusé en observant que cet examen était très formel et que l'avancement en cause se faisait en fait à l'ancienneté. Il a alors invoqué un article du règlement intérieur qui prévoyait le devoir de traitement égal des sexes, pour confirmer que les demanderessees étaient de la qualité en cause depuis que presque tous les employés avaient avancé et pour condamner l'employeur aux dommages-intérêts correspondants à la différence salariale. Il n'a pas toutefois confirmé leurs avancements en poste, en indiquant que l'avancement en qualité ne donnait pas automatiquement l'avancement en poste et qu'il restait les deux autres conditions requises : existence du poste vacant et aptitude du salarié au poste dont le jugement revenait généralement au pouvoir discrétionnaire de l'employeur.

⁴⁴ La loi sur l'amélioration de l'administration de travailleurs à temps partiel dans l'entreprise, dit PĀTO RŌDŌ HŌ, a été légiférée en 1993, mais elle ne contient encore que les dispositions de recommandation.

2. - Considérations.

1) Qualification professionnelle à la japonaise.

On dit que le salaire au Japon n'a pas pour objet une fonction concrète que le salarié remplit réellement ("salaire de fonction"), mais une capacité potentielle qu'il aurait derrière cette fonction remplie ("salaire de capacité"). Beaucoup d'entreprises japonaises notamment de grande envergure systématisent en effet une qualification de cette capacité professionnelle dans le règlement intérieur. L'employeur divise ainsi les fonctions de son entreprise en plusieurs qualités qui représentent les niveaux de capacité professionnelle⁴⁵ : par exemple, niveau des "débutants", des "chefs d'équipe", des "cadres débutants", des "cadres moyens" et des "cadres supérieurs". Chaque qualité se subdivise en certains degrés d'habiletés (le premier degré, le deuxième degré...). Sous ce régime de qualification de capacité professionnelle, le salarié reçoit la rémunération qui est déterminée par rapport à sa qualité et à son degré. Les niveaux des postes se situent aussi en correspondance avec les qualités professionnelles (ex. : le "chef de service" correspondant à la qualité du niveau des cadres débutants, le "chef de bureau" correspondant à celle du niveau des cadres moyens, etc.). Les recrutés visent en général à se promouvoir en qualité et en degré de bas en haut.

La promotion en degré se fait le plus souvent à l'ancienneté. Mais en matière de promotion en qualité, l'assiduité et la performance du salarié se joignent à l'estimation par son supérieur, éventuellement avec un examen. Elle produit aussi l'individualisation des salaires du même degré de la même qualité. Donc le système de détermination du salaire dans l'entreprise s'appuie, au moins jusqu'à maintenant, d'un côté sur l'ancienneté qui est le facteur élémentaire, objectif et généralisateur, d'un autre côté sur le pouvoir discrétionnaire de l'employeur dans cette estimation qui est le facteur subsidiaire, subjectif et particularisant ("salaire à l'ancienneté" dans l'ensemble). Ces deux facteurs seraient en fin de compte toutes les mesures complémentaires de l'"habileté-maison" (v. supra). C'est le dernier facteur qu'on critique sur ce système salarial, parce que l'estimation de l'employeur à l'égard des salariés reste le plus souvent dans une boîte noire ; elle manque ainsi de transparence et se fait la source majeure de discrimination syndicale, politique, sexuelle, etc. dans le "personnel

⁴⁵ V. K. SUGENO, *Droit sur l'emploi dans la société (KOYÔSYAKAI NO HÔ)*, mise en jour (en japonais), Tokyo, YÛHIKAKU, 1997, pp. 111-116.

authentique".

Il en va autrement des travailleurs "atypiques", puisque l'employeur les a originellement considérés comme "auxiliaires". L'employeur ne leur applique qu'une procédure simple de recrutement, tandis qu'il oblige les travailleurs "typiques" à suivre une procédure sévère pour examiner s'ils valent un "investissement à long terme" sous la pratique de l'emploi à vie. Le niveau du diplôme comme une des conditions d'engagement des premiers est moins élevé que celui des derniers. Dans une période d'insuffisance de main-d'œuvre, le patronat indiquait que la raison majeure d'utilisation de ce type d'emplois était la difficulté de recrutement des travailleurs "prometteurs" dont il avait besoin. Même si c'est vrai, un autre motif est toujours caché : les premiers coûtent moins cher que les derniers, sauf si la nécessité urgente de recrutement impose une "prime". D'abord, l'employeur est le plus souvent exonéré de contributions de la sécurité sociale dans le domaine de ce type d'emplois. Ensuite, les syndicats d'entreprise ne recrutent que les travailleurs "typiques", et les conventions collectives n'ont pour objet que leurs conditions d'emploi et de travail. Ils sont peu syndiqués et sont le plus souvent hors l'application des conventions collectives, tandis qu'il existe un certain nombre de syndicats locaux, non pas de syndicats d'entreprise, en relations avec leurs propres marchés de travail. Enfin, les employeurs en particulier des PME ne préparent pas souvent les statuts pour les travailleurs "atypiques" dans le règlement intérieur, en les laissant dans la "règle du marché". Même si les employeurs leur instituent une autre qualification, elle est très simplifiée et les place au niveau inférieur ou pareil à celui des "débutants" des travailleurs "typiques" (autrefois il n'était pas rare qu'il existât dans l'entreprise un système dans lequel étant estimés habiles ils s'engageaient à nouveau comme "personnel authentique").

Donc, dans un contexte de réduction des frais du personnel et de diminution de la dimension de l'entreprise même, l'employeur recourt de plus en plus aux travailleurs "atypiques" et les substitue aux travailleurs "typiques". Cela fait durer les abus envers les premiers : contrats à durée déterminée successifs ; contrat de travail à temps faussement partiel ; aucune disposition légale particulière n'intervient pour les réformer. On peut y ajouter l'utilisation du travail temporaire à long terme dans les activités légalement interdites, qui a même entraîné quelquefois la réforme de législation pour justifier progressivement son

existence. La plupart de travailleurs laissés dans ces abus ne sont plus "auxiliaires" et sont occupés à des tâches presque identiques à celles des travailleurs "typiques" dans le même établissement, bien que ne voyant pas encore leurs conditions d'emploi et de travail s'améliorer.

Une confédération du patronat japonais (NIKKEIREN (abréviation)) a proclamé une systématisation de la division entre le "personnel authentique" et le "personnel non-authentique" dans un rapport en 1995⁴⁶. Selon ce rapport, le premier ayant diminué sera réservé aux fonctions de projets du management ; le dernier augmenté sera utilisé, d'un côté, pour les fonctions de routine, qui seront fournies par les travailleurs à durée déterminée, d'un autre côté pour celles de technicité, qui le seront par les travailleurs temporaires. Pour cela, il a proposé les réformes législatives : celle du temps de travail, par laquelle il serait possible à l'employeur de déterminer le salaire du "personnel authentique" par rapport à son résultat, non plus à sa durée de temps, presque comme encadrement ; celle du contrat à durée déterminée, qui prolongerait sa durée maximale restant un an jusqu'à cinq ans ; celle du travail temporaire, qui libéraliserait en principe son utilisation, etc. Il est remarquable que ce rapport de l'organisation du patronat en particulier des grandes entreprises suppose l'introduction de la règle de compétition dans le "personnel authentique" dégraissé et le jet après usage du "personnel non-authentique". La réforme législative de l'année dernière a réalisé les deux premières propositions (c'est toutefois jusqu'à trois ans que la durée maximale du contrat à durée déterminée a été prolongée). Tout en étant vivement critiqué par la doctrine, le législateur a négligé "comme d'habitude" les dispositions d'une part pour prévenir les abus de ce nouveau régime de temps de travail qui aurait pour objet principal les employés ("white collar") dans l'établissement central, bien que leur durée de travail reste très longue ; d'autre part pour abolir les abus répandus sur les travaux atypiques et les assurer du traitement équitable par rapport au "personnel authentique". Maintenant le gouvernement est en train de préparer le projet de loi qui correspond à la troisième proposition du patronat ; il en irait de cette réforme comme des précédentes.

A ce point de vue là, le premier jugement (NISSO TOSYO) a eu pour objet de remédier

⁴⁶ NIKKEIREN, *Le "management à la japonaise" en la nouvelle ère* (en japonais), Tokyo, 1995.

à la discrimination de salaire qui a été créée dans l'entreprise où la qualification a été mal installée. Le second jugement (MARUKO KEIHÔKI) a examiné la différence de salaire entre les travailleurs "typiques" et les travailleurs "atypiques" par l'intermédiaire de chaque qualification professionnelle dans le règlement intérieur. Le dernier jugement (SHIBA SINYÔKINKO) a intéressé la discrimination dans la même qualification. Quoiqu'elle choisisse comme politique future de management, l'entreprise japonaise serait inévitablement forcée de réexaminer globalement la manière d'administration du personnel et de la rendre beaucoup plus explicite en relation avec le principe d'égalité.

2) Significations et limites.

On reviendra ici sur la première question : pourquoi certains maintiennent-ils la notion d'obligation de traitement équitable entre les salariés ?

D'une part elle tend à étendre le remède juridique du droit positif sur l'égalité des conditions de travail et d'emploi jusqu'aux problèmes ne faisant pas son objet précis ; en termes concrets, c'était dans les premiers temps concernant l'article 4 de la loi sur les conditions minimums de travail qui interdit à l'employeur la discrimination féminine en matière de salaire (v. supra) et son article 3 qui lui interdit de faire de la discrimination d'opinion, de nationalité et d'origine sociale. Ces articles sont assortis de peines ; c'est pourquoi le juge n'ose en faire une interprétation extensive, par exemple sur l'affaire de discrimination féminine dans les autres domaines que le salaire et sur celle de discrimination envers les travailleurs à durée déterminée ou à temps partiel. Mais la doctrine proclame un dualisme d'interprétation entre la dimension civile et la dimension pénale sur la même disposition⁴⁷. La théorie d'obligation de traitement équitable prend en partie sa source dans ce procédé. Ses promoteurs indiquent en plus un paradoxe⁴⁸ : en Allemagne où il n'existe pas de règles légales spécifiques sur l'égalité des conditions de travail et d'emploi, la jurisprudence se développe en tenant compte du rapport d'organisation des personnes et des dispositions constitutionnelles sur leur dignité et leur égalité ; c'est tout à fait contraire à la situation

⁴⁷ V. S. NISHITANI, *Dualisme de la loi sur les conditions minimums de travail et procédés d'interprétation*, in *Etudes du statut protecteur des salariés* (en japonais), Tokyo, YÛHIKAKU, 1994, p. 1.

⁴⁸ V. H. WADA, *op. cit.*

jurisprudentielle au Japon où il existe des règles ponctuelles. Ils fondent ainsi la notion de cette obligation sur la bonne foi du rapport d'organisation des personnes, et surtout au droit japonais actuel sur l'interprétation analogique des dispositions existantes dans ce domaine. Cette formation juridique aurait partiellement influencé le second jugement. Bien qu'il existe aujourd'hui la nouvelle loi d'égalité professionnelle sur le sexe (v. supra), ces procédés d'interprétation ne perdent pas leur signification pour généraliser le traitement égal des travailleurs dans la relation de travail.

D'autre part la théorie d'obligation de traitement équitable a pour but de rendre la sanction plus efficace :

i) L'article 4 de la loi sur les conditions minimums de travail impose à l'employeur seulement l'obligation de ne pas prendre de mesures discriminatoires envers les femmes (obligation de ne pas faire), non pas l'obligation de traiter également les deux sexes (obligation de faire). Quelques techniques sont ainsi nécessaires pour imposer à l'employeur de payer la somme en cause comme salaire. S'il existe les dispositions communes aux sexes et les dispositions discriminatoires aux femmes sur le salaire, la nullité des dernières venant de la violation de l'article 4 suffit à fonder la créance salariale qui compense cette discrimination. Mais si l'employeur divise les dispositions salariales en deux parties, l'une réservées aux hommes, l'autre aux femmes, la nullité de la dernière ne suffit pas. Pour cela, le juge ne peut qu'interpréter "rationnellement" les volontés des contractantes pour appliquer la première aux femmes, c'est-à-dire qu'il considère qu'elle leur serait appliquée s'il n'existait pas la discrimination. On dit que cette technique législative se mettrait en relation avec le principe de droit criminel (délit d'omission par exception). Il en va de même de l'article 3 de la même loi.

ii) Cependant on ne peut que recourir à la formule de délit civil au cas où ce serait le pouvoir discrétionnaire qui jouerait le rôle important dans la détermination du salaire (par exemple la première affaire) ou au cas où le fait en cause ne serait pas strictement couvert par les articles 3 et 4, mais serait estimé contraire à l'ordre public de la personne humaine (par exemple la seconde affaire). En fait le demandeur choisit souvent la formule de délit civil, parce que le délai de la prescription extinctive de salaire est de 2 ans, plus court d'un an que celui de dommages-intérêts (v. supra). Le juge préfère aussi la formule de délit civil, parce

qu'elle lui offre une solution plus flexible par moyen de la supputation des dégâts ; mais cette solution cache parfois la difficulté d'évaluation d'égalité (v. infra).

iii) Cette technique législative est beaucoup plus sérieuse dans les domaines où le remède d'argent n'est pas nécessairement le meilleur. Bien que non assortie de peines⁴⁹, la nouvelle loi d'égalité professionnelle sur le sexe ne prévoit que l'"obligation de ne pas faire" dans les domaines du changement du lieu ou du genre du travail et de la promotion interne dans l'entreprise⁵⁰. Si un acte positif de l'employeur est en cause en particulier dans le premier domaine, cette obligation est suffisante pour le remède ; sa nullité entraîne la "restitution en entier" du statut du salarié. Mais l'obligation de ce type ne peut pas en principe imposer à l'employeur de prendre quelque mesure pour réparer son abstention discriminatoire.

iv) En plus le juge s'abstient traditionnellement de déclarer positivement le statut du salarié auquel il se placerait sans discrimination. Il estime qu'une déclaration précise de volonté de l'employeur est indispensable pour établir au personnel une nouvelle situation, surtout dans le domaine de l'avancement (manque de fondement juridique de l'intervention judiciaire) et que le juge ne peut pas remplacer l'employeur à la décision discrétionnaire sur cette matière (respect du pouvoir discrétionnaire de l'employeur). Donc dans la dernière affaire il était crucial qu'il existât un article du règlement intérieur qui prévoyait le devoir de traitement égal des sexes (fondement juridique) et que l'avancement en qualité se faisait en fait à l'ancienneté (perte du caractère discrétionnaire) ; en somme le juge a appliqué la règle interne existante sur les travailleurs aux travailleuses.

⁴⁹ Les organisations syndicales ont critiqué ce point à l'occasion de l'institution et de la modification de cette loi. Aujourd'hui certains auteurs doutent de la nécessité et la pertinence de sanction pénale sur l'égalité professionnelle ou même salariale. Il faudrait en général comparer prudemment l'efficacité du système judiciaire avec celle de l'inspection du travail dans chaque pays. Mais au Japon tous les deux ne marchent pas bien pour réaliser le droit et les intérêts du salarié brisés par l'employeur.

⁵⁰ Dans les domaines du recrutement et de l'engagement, cette nouvelle loi prépare l'obligation de "donner une chance égale aux femmes". Mais si on ne crée pas de nouvelle "action constitutive" dans le système judiciaire (ce serait très exceptionnel) ou de nouvelle commission administrative spéciale, il est impossible au moins en droit japonais par rapport à la liberté de contracter d'imposer à l'employeur d'engager la femme en cause, sauf en cas de réintégration. En plus il n'est pas facile de condamner aux dommages-intérêts non seulement sur le point de la preuve de l'intention discriminatoire mais aussi sur celui de la supputation des dégâts.

v) Mais d'un côté il dépend des cas qu'il existe une telle clause dans le règlement intérieur. Ce fondement allégué par ce jugement est trop formel. D'un autre côté, même si l'examen d'avancement n'avait pas été le simple prétexte dans cette affaire, le juge aurait pu déduire la volonté discriminatoire de l'employeur de la différence considérable de résultats de l'examen à moins qu'il ne produisit les preuves suffisantes pour la justifier. C'est la manière de redistribuer la charge de preuve qu'ont déjà adoptée d'abord la commission administrative spéciale de travail (RÔDÔ IINKAI) pour remédier à "unfaire labor practice" en matière de discrimination syndicale (on l'appelle "méthode d'observation de masse"), ensuite le tribunal judiciaire en matière de discrimination d'opinion. Et ce procédé de déduire la volonté discriminatoire et celui de trouver quelque règle d'avancement se superposeraient dans la pratique ; en effet, le juge et la commission déterminent le contenu de leurs décisions sur une telle règle dans ces deux domaines ; mais, même dans ce cas, le juge se borne à condamner l'employeur aux dommages-intérêts, tandis que la commission lui ordonne de faire avancer un(e) ou plusieurs réclamant(e)s sur la base de son pouvoir discrétionnaire en matière de contenu du remède.

A ce point de vue là, la notion d'obligation de traitement équitable se poserait pour surmonter ces limites. En s'alliant aux développements de la théorie d'obligation de protection de la sécurité du salarié (v. supra), cette notion ferait choisir librement la sanction propre par le juge : il pourrait rendre un jugement exécutoire sur la créance salariale ou sur les dommages-intérêts (délit civil ou responsabilité contractuelle) ; il pourrait aussi rendre un jugement déclaratif sur le statut du salarié ; il pourrait en plus frapper l'employeur d'astreinte jusqu'à ce qu'il fasse promouvoir le demandeur, etc.

En fin de compte, cette notion multiplie et généralise les champs et les moyens de sanction civile des règles existantes sur l'égalité salariale ou professionnelle ; elle rassemble les résultats de la jurisprudence et de la doctrine, en comblant leurs lacunes. Alors pas plus cette théorie que les autres ne peut échapper à une question encore difficile à soulever sous les systèmes de salaire et d'emploi dans l'entreprise japonaise : quels sont les critères d'égalité salariale ou professionnelle ? ; surtout en matière salariale, quelles conditions sont requises pour affirmer "c'est un même travail", voire "ce sont des travaux de même valeur" ?

On pourrait diviser les moyens de la discrimination salariale au Japon en deux volets, bien qu'ils reviennent à la politique injuste de management de l'employeur. L'un s'en exprime par quelque acte de l'employeur envers le personnel, qui est d'un côté positif ou négatif, d'un autre côté soit individuel ou collectif : assignation des travaux, estimation de performance, promotion, etc. Les moyens de cette sorte feraient l'objet de la théorie traditionnelle de non-discrimination ou de celle d'égalité professionnelle. La dernière affaire est dans cette ligne. L'autre volet se rapporte plutôt à la structure même de l'institution salariale d'entreprise. Ce serait un territoire propre à la théorie d'égalité salariale. La première et la seconde affaires sont de cet ordre.

Même lorsque les salariés relèvent de la même qualification professionnelle d'entreprise, il existe quelques particularités d'institution salariale japonaise. Si les travaux sont identiques, il est ordinaire que la personne plus âgée touche un salaire plus important sous le système de salaire à l'ancienneté ; c'est pourquoi les demandresses ou les juges des affaires mentionnées ci-dessus ont choisi les personnes de la même ancienneté ou comparable comme objet de comparaison, pour prouver la faute de chaque employeur. Par contre, si les salaires sont les mêmes sous le système de salaire de capacité, il est habituel que la quantité et la densité des tâches soient évidemment différentes pour les salariés du même degré de la même qualité. En fait le personnel a peu d'intérêts pour cela ; quand il aura vieilli sous la pratique de l'emploi à vie, son salaire sera aussi élevé ; autant que les salariés restent à la même qualité, l'affairement des tâches sera en partie égalisé par le système de rotation des travaux qui les rend multi-qualifiés. D'ailleurs la sinécure ne plaît pas à la plupart des travailleurs japonais sous le régime de la formation professionnelle à la japonaise ("on-the-job training" dans chaque entreprise). C'est ainsi pour le poste assigné et l'estimation faite par l'employeur que les travailleurs montrent un vif intérêt, parce qu'ils déterminent la vitesse et le circuit de la promotion.

Le rapport entre le travail et le salaire est plus sérieux au cas où les salariés relèveraient de la qualification distincte. Pour citer un exemple typique, les demandresses et les personnes qui ont fait l'objet de comparaison dans le second jugement ont en effet travaillé ensemble à la chaîne. Alors, bien que le jugement ait ajouté la réserve "au moins" par rapport à l'autorité de chose jugée, on comprend mal pourquoi les demandresses n'ont pu toucher

que la somme équivalente à 80% du salaire du groupe de comparaison. En plus, si elles avaient travaillé à temps "vraiment" partiel, on ne peut pas prévoir comment le principe salarial de proportionnalité s'est appliqué. Une interprétation puissante sur ce jugement explique que le juge a adapté le procédé de détournement de pouvoir : l'employeur a détourné le pouvoir discrétionnaire patronal sur l'institution du régime d'administration du personnel, tant qu'il payait le somme inférieure à ce chiffre dans les faits de cette affaire. Mais on se doute qu'il ne reste aucune marge discrétionnaire pour l'employeur, tant qu'il fait s'occuper les personnes au même travail. Alors un ouvrage éminent a récemment affirmé "le même salaire pour les mêmes obligations" comme version japonaise du "même salaire pour le même travail"⁵¹. En effet les possibilités du travail aux heures supplémentaires et surtout de la mobilité seraient le plus souvent propres aux travailleurs "typiques". Mais on comprend mal encore comment ces possibilités justifient (ou ne justifient pas) la différence actuelle de rémunérations ; il existe non seulement la différence de salaire de base, mais aussi celle de prime ; les travailleurs "atypiques" ne touchent pas souvent le bonus et la retraite au Japon. Il reste ici aussi les problèmes d'application concrète des critères. D'ailleurs les travailleurs "atypiques" subissent d'autres formes de flexibilité du travail ; surtout le risque de devenir "les premiers licenciés" pourrait légitimer plutôt la majoration de leurs salaires en contrepartie.

Le juge essaie certainement de régler des problèmes de réalisation de l'égalité salariale dans chaque cas, en redistribuant les charges de preuve et en modulant la somme des dommages-intérêts. Cependant il n'existe pas au Japon de négociation et de convention collectives à propos de la qualification professionnelle en particulier au niveau de branche ; il manque des règles objectives de dimension sociale sur le rapport entre le travail et le salaire, qui rendraient plus transparent le système de détermination des rémunérations dans l'entreprise. Cela diminuerait d'un côté l'étendue de la constatation de la discrimination, d'un autre côté la portée de la sanction juridique dans les affaires d'égalité salariale. Aujourd'hui, la commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et des recommandations observe dans ses rapports annuels que seul le Japon augmente la différence de salaire entre

⁵¹ Y. MIZUMACHI, *Politiques légales sur le travail à temps partiel* (en japonais), Tokyo, YŪHIKAKU, 1997.

hommes et femmes parmi les pays développés. Elle lui demande de prendre des mesures pour promouvoir l'"évaluation objective des emplois sur la base des travaux qu'ils comportent" sur l'article 3, alinéa 1^{er}, de la convention n° 100, tandis qu'elle montre que le critère même de l'ancienneté n'est pas contraire à cette convention⁵². Pour développer davantage la théorie juridique d'égalité salariale, il serait inévitable de préciser ce que sont les critères objectifs sur le système salarial d'entreprise japonaise et d'examiner comment les critères s'appliquent concrètement à la différence salariale en cause. Ce serait aussi à la doctrine et la jurisprudence qu'il revient de présenter les critères et le cadre de jugement en ce domaine. Ces travaux serviront à rendre transparent, au Japon, le rapport réciproque entre le travail et le salaire.

(NANTES, le 28 juin 1999)

⁵² K. NAKAYAMA, *Problèmes fondamentaux de la loi sur le travail à temps partiel* (en japonais), *HÓJI*, vol. 65, n° 9, 1993, p. 2.