

Alain Supiot

critique du droit du travail
1994

alain supiot



critique
du droit du travail

puf

les voies du droit

Présentation

Considérer le travail comme un bien négociable et détachable du travailleur est l'une des fictions sur lesquelles repose l'économie de marché. Soutenant cette fiction, le droit du travail est un alliage de tous les contraires : la personne et la chose, la subordination et la liberté, l'individuel et le collectif, le public et le privé, la loi et le contrat... Ces états juridiques posés au niveau national s'effritent aujourd'hui sous la pression de la mondialisation. Le propos de ce livre, devenu un classique, n'est pas de décrire ce droit en perpétuelle évolution, mais d'en démonter les ressorts.

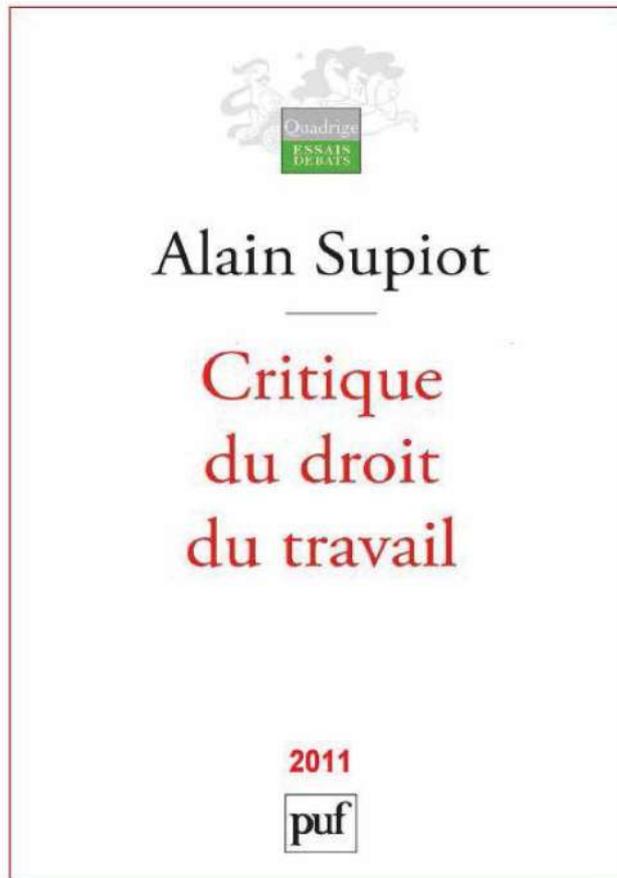


Table des matières

Préface de l'édition « Quadrige »

I

II

Prolégomènes

Introduction. Le travail en questions

Chapitre préliminaire. Entre contrat et statut : une vue européenne de la relation de travail

I - Les deux cultures

II - L'insertion du statut dans le contrat

III - Les nouveaux déséquilibres

Première partie : La personne et la chose

Présentation

Chapitre premier. Le travail, objet de droit

I - La force des choses : le travail comme « bien »

II - Corps et biens : l'obscur objet du contrat de travail

Chapitre II. Le travailleur, sujet de droit

I - Sécurité

II - Identité

Deuxième partie : La subordination et la liberté

Présentation

Chapitre III. L'invention du collectif

I - Les apories de la soumission volontaire

Chapitre IV. La civilisation de l'entreprise

I - Les libertés dans l'entreprise

II - Les droits de l'entreprise

Troisième partie : Le légal et le normal

Présentation

Chapitre V. La loi en procès

I - La légalité au travail

II - Les critiques de la légalisation

III - La tentation de la norme

Chapitre VI. Les figures de la norme

I - Normes techniques : droit du travail et normalisation européenne

II - Normes de conduites : la normalisation des « ressources humaines »

III - Normes de gestion

Conclusions

L'avenir du travail

Le travail du juriste

Préface de l'édition « **Quadrige** »

Critique de la « **régulation** » ou le **droit du travail saisi par la mondialisation**

Cette nouvelle édition n'a pas donné lieu à une tentative de mise à jour d'un livre originellement paru en 1994. A l'image des hommes, les livres portent la marque du temps où ils ont été conçus, marque qu'une tentative de *lifting* risquerait de souligner plutôt que d'effacer. Mais il est une question qui n'avait pas été développée dans la première édition et qui est devenue en peu d'années une préoccupation essentielle en droit du travail : celle de l'ouverture des frontières et des effets déstabilisateurs de la libéralisation des échanges sur l'ordre social édifié dans le cadre des États. Ces remises en cause sont à l'origine de ce qu'en Europe continentale on appelle les nouvelles formes de la régulation, et c'est sur ce sujet qu'il a paru utile de livrer ici quelques réflexions liminaires.

En Europe comme aux États-Unis, la « globalisation » de l'économie a conduit à relativiser la place du droit dans la maîtrise des transformations du travail et de l'emploi. Aux États-Unis, c'est la notion *de governance* qui est le plus souvent utilisée à cet effet (par opposition à *government*), tandis qu'en Europe continentale on parle plus volontiers de *régulation* (*Regulierung, regolazione*) pour se démarquer de la simple réglementation (*Regelung, regolamentazione*) [1]. Mais au-delà de ces différences sémantiques, nous avons affaire à un phénomène semblable qui s'est traduit par le développement de nouveaux modes d'élaboration et de mise en œuvre des normes régissant le travail et l'emploi. La politique sociale européenne en offre de nombreux exemples avec la technique des accords légiférants

introduits par le traité de Maastricht (art. 138 et 139 Traité UE), celle des « lignes directrices », retenue en matière d'emploi par le Traité d'Amsterdam (art. 128 Traité UE), ou encore la « méthode ouverte de coordination » (art. 130 et 140 Traité UE) théorisée et développée depuis le sommet de Lisbonne. Des évolutions semblables s'observent au niveau national ou international, où sont activement recherchés des modes alternatifs de « régulation », qui combinent à des degrés divers l'énonciation de principes généraux ou lignes directrices, le *benchmarking* (évaluation périodique sur la base d'indicateurs communs), et de nouvelles formes de négociation collective. La régulation désigne en mécanique l'ajustement spontané d'une machine aux objectifs qui lui sont assignés. Elle a connu ses développements les plus remarquables avec l'informatique ; les ordinateurs sont capables non seulement d'obéir à des commandes, mais d'ajuster en temps réel leur comportement aux conditions de leur environnement. A une automobile conçue selon ce principe, il suffirait d'indiquer une destination, et elle se chargerait de régler elle-même son itinéraire et sa vitesse pour y acheminer ses passagers dans les meilleurs délais. Cet exemple du pilotage automatique, déjà fort répandu dans la navigation maritime et aérienne, permet de comprendre ce qui distingue dans la plupart des langues européennes l'idée de réglementation de celle de régulation. Réglementer, c'est dicter des règles de l'extérieur, tandis que réguler, c'est faire observer les règles nécessaires au fonctionnement homéostatique d'une organisation. Selon la théorie cybernétique, seule une régulation adéquate, et non pas une réglementation rigide, peut prémunir la société du désordre entropique, c'est-à-dire de « la tendance de la nature à détériorer l'ordonné et à détruire le compréhensible » [2]. Aussi l'essor des nouvelles technologies de l'information s'est-il accompagné d'une dilution du Droit dans une théorie de la communication, dilution qui s'observe non seulement dans le champ de la sociologie (avec des œuvres apparemment aussi opposées que celle de Jürgen Habermas [3] et de Niklas Luhmann [4], qui ont en

commun une conception procédurale du Droit), mais aussi dans celui de l'économie, avec notamment les travaux de l'économie de la régulation [5].

D'un point de vue juridique, la régulation apparaît comme une tentative de synthèse des deux figures de la Norme qui s'opposent en Occident depuis l'essor de la science moderne, et dont la troisième partie de ce livre avait esquissé la typologie. D'un côté la norme juridique, qui tire sa force d'une foi partagée dans les valeurs qu'elle est censée exprimer (l'ordre, la justice, la liberté, l'égalité, la propriété privée, etc.) ; et de l'autre la norme technique, qui tire sa force de la connaissance scientifique des faits qu'elle est censée représenter. La norme technique est unidimensionnelle (elle appartient au seul monde des faits) et donc concrète (elle doit correspondre à la diversité de ces faits), évolutive (elle doit pouvoir changer avec la progression des connaissances) et réfutable (elle doit permettre le démenti ou l'alternative technique). Sa validité dépend entièrement de son efficacité. La norme juridique, au contraire, est bidimensionnelle (elle vise à rendre le monde tel qu'il est conforme à un monde tel qu'il devrait être). Elle est donc générale et abstraite (la diversité des faits doit pouvoir lui être subsumée), permanente et obligatoire (elle échappe aux critères de la vérité). Elle ne tire pas sa légitimité de la connaissance scientifique du monde, mais de son inscription dans un système de règles lui-même référé à des valeurs posées idéalement. Porté par l'ambition de substituer l'administration des choses au gouvernement des hommes, l'Occident moderne s'efforce de rapprocher ces deux figures de la norme. Cette entreprise est conduite par les deux bouts : d'une part, en réduisant le droit à l'état d'une simple technique, qui n'aurait rien à dire sur les valeurs et devrait être jugé à l'aune de son efficacité [6] ; d'autre part, en plaçant la connaissance scientifique de l'Homme et de la nature au cœur de son système de valeurs. Conduisant à traiter l'Homme comme une chose, cette prétention à une gestion scientifique du monde a produit des résultats monstrueux (la Shoah, le Goulag, Hiroshima) dont nous

n'avons pas, semble-t-il, encore tiré toutes les leçons. C'est pourquoi l'on ne saurait être trop prudent vis-à-vis de notions qui, comme la régulation, transportent dans les affaires humaines des manières de penser venues des sciences de la nature. A s'en tenir à son sens premier, la régulation aborde les êtres vivants comme des machines dont on peut formaliser les mécanismes d'ajustement à leur environnement [7]. Entendu sous ce sens, la régulation de la société désignerait un programme en trois étapes : d'abord, rechercher les mécanismes d'ajustement mutuel censés gouverner le comportement des hommes (c'est notamment l'affaire aujourd'hui de l'analyse économique ou socio-économique, mais ce pourrait aussi être demain celle de la biologie et de la génétique : la seule chose importante du point de vue juridique, c'est le crédit, la croyance, qu'un discours de facture scientifique recueille une fois transporté sur la scène sociale) ; exprimer ensuite la connaissance de ces mécanismes sous forme de normes de comportement ; œuvrer enfin à ce que le comportement humain ne s'écarte pas de ces normes. Le droit n'apparaît dans ce programme que comme un mode éventuel, et assez archaïque, de formalisation des lois naturelles que nous révélerait la connaissance scientifique et technique, comme un simple outil nettoyé de toute trace dogmatique. La science des experts qui siègent dans les « Autorités de régulation » permettrait de faire l'économie des disputes politiques ou des conflits d'intérêts, et de transcender en quelque sorte la vieille opposition de l'État et du Marché. L'harmonie par le calcul pourrait ainsi se substituer progressivement à l'arbitraire des lois. Non seulement une telle approche de la régulation serait dangereuse, mais elle serait aussi vouée à l'échec. La dynamique du calcul, qui porte la modernité, n'a pu se développer que sur la base d'une foi partagée en un certain nombre de valeurs indémontrables. Il ne faut pas oublier que le droit des marchands, la *lex mercatoria* élaborée durant la période médiévale, a été le fait de bons chrétiens, unis par une même foi dans un Dieu garant de la parole donnée. C'est la foi partagée dans ce Tiers garant qui fondait la confiance sans laquelle il

n'est pas de commerce possible au-dessus des frontières. Le *trust* a été inventé pour les besoins des chevaliers partant en croisade, et la société anonyme a emprunté au modèle de l'Ordre des franciscains, donataire de biens dont ses membres ne pouvaient être propriétaires. L'Occident moderne a certes laïcisé ces notions, et fait de l'État le garant ultime de l'identité des personnes et de la parole donnée. Mais la distinction est demeurée entre ce qu'à grands traits on pourrait appeler le domaine de la foi et celui du calcul. Le domaine de la foi est celui du qualitatif et de l'indémontrable ; il a été essentiellement l'affaire de la loi, de la délibération publique et de l'État. Le domaine du calcul, du quantitatif, a été l'affaire du contrat, de la négociation et du Marché. Pour calculer, il faut pouvoir oublier la diversité des choses et des êtres et ne retenir d'eux que cette caractéristique élémentaire qu'est leur cardinal. Cet oubli, oubli nécessaire au calcul d'intérêt comme au calcul scientifique, est rendu possible par l'existence de cet autre versant de la raison humaine qui prend en charge tout ce qui résiste à l'abstraction du nombre. Aujourd'hui encore nos calculs demeurent suspendus à quelques croyances que nous considérons comme autant de vérités universelles et qui sont autant de conditions du processus de globalisation (foi dans la découverte scientifique, dans les Droits de l'homme, dans la valeur du dollar). C'est seulement parce que l'État a pris en charge les aspects incalculables de la vie humaine que le marché a pu être conçu comme un mécanisme d'autorégulation et être envisagé abstraitement, indépendamment des personnes qui contractent et des choses sur lesquelles il porte. État et Marché, loi et contrat, sont ainsi indissolublement liés. Dans un monde qui se complique et s'internationalise, la répartition des rôles entre la loi et le contrat se transforme. D'un côté la demande de loi et d'État ne cesse de croître pour faire face à tout ce qui échappe à la pure logique du calcul. Par exemple on se tourne vers la puissance publique pour nous prémunir des risques incalculables qui procèdent du « développement » économique et technique et excèdent l'horizon statistique du contrat

d'assurance. C'est tout le sens de l'émergence du « principe de précaution ». Mais la puissance publique ne peut faire face à cette demande qu'en fondant à son tour la légitimité de la loi sur la science des experts, souvent mise en « scène institutionnelle » sous la forme d'Autorités indépendantes. D'un autre côté les limites des capacités cognitives de l'État conduisent à renvoyer vers le contrat et la négociation des questions naguère prises en charge par la loi. C'est ce qu'on appelle la « procéduralisation » du droit, dont l'aspect le plus méconnu est de transporter dans la sphère contractuelle les questions concrètes et qualitatives qui étaient auparavant réglées par la loi. Mais le contrat ne peut plus alors être envisagé comme un rapport abstrait, indépendant de l'identité des contractants et de la nature singulière des biens et services, voire des personnes sur lesquels il porte. Chaque type de produit ou de service appelle sa propre « régulation », voire sa propre « autorité de régulation » (l'eau, les aliments, les télécommunications, les médicaments, la finance, le transport aérien, les produits du corps humain, etc.), qui tout à la fois met en œuvre sa connaissance technique de ces produits et services et opère une pesée des intérêts en présence. L'Autorité de régulation apparaît alors comme un nouveau type de magistrature qui, à la manière d'un juge, tranche des cas en se référant à la fois à la connaissance des faits et à des jugements de valeur.

C'est dire que la régulation ne signifie nullement la disparition de la figure du Tiers qui caractérise ce qu'en Occident on appelle le Droit [8]. Sans cette Référence de nature dogmatique, qui mobilise et symbolise la foi en un ordre du monde, aucune construction institutionnelle ne peut tenir debout. Constatons simplement que la modernité voit plus volontiers ce Tiers sous les traits d'un grand Régulateur que sous la figure divine d'un « grand Horloger » ou sous la figure juridique de l'État. Mais gardons-nous d'oublier que ni Dieu ni les États n'ont disparu de la scène institutionnelle à l'échelle mondiale. Il n'est pas de régulation sans Régulateur et les prétendants à cette place ont toujours été nombreux. Cette interprétation rassurante de la

« régulation » est celle que les juristes devraient défendre. Ainsi entendue, la régulation ne désigne pas un raplatissement de la vie en société à des calculs d'ajustement mutuels, ni une disparition programmée des valeurs non quantifiables et non démontrables inhérentes aux constructions juridiques. Elle pourrait alors aider à sortir de l'« occidentocentrisme » inhérent à l'idée de Droit et à situer les constructions de l'État-nation dans le cadre plus vaste de l'impératif dogmatique commun à toutes les civilisations [9]. Dès lors que les États ne parviennent plus à garantir au plus grand nombre ce que l'Organisation internationale du travail appelle un « travail décent » [10], ce besoin vital s'exprime à d'autres échelons institutionnels, notamment sur le plan international.

Ainsi redéfinie, la notion de régulation fournit un cadre commode pour poser les problèmes qu'affronte aujourd'hui le droit du travail. Ce droit abrite en effet une machinerie « régulatoire » qui permet de transformer les rapports de force en rapports de droit. D'une part, en permettant la représentation et l'action collective des travailleurs, il reconnaît un véritable droit à la contestation du droit ; mais, d'autre part, il canalise ces forces collectives et les met au service de l'évolution permanente du droit. C'est cette machinerie que l'on désigne aujourd'hui sous l'expression de *dialogue social* qui recouvre en réalité une grande variété de dispositifs de confrontation des intérêts des employeurs et des salariés : droits d'information, de consultation, de grève, de représentation, de négociation... On peut bien sûr critiquer l'imprécision d'une pareille notion, rançon peut-être inévitable de la diversité et de la mobilité des systèmes de relations professionnelles auxquels elle a vocation à s'appliquer. Mais on peut aussi dire qu'elle va à l'essentiel en nous invitant à penser le lien social comme un lien de parole. Pour dialoguer il faut en effet parler la même langue, ou bien recourir à des interprètes. Le dialogue ne se réduit donc jamais à un rapport binaire car il implique toujours la préexistence d'un langage commun, de ce Tiers que Platon, dans le *Cratyle*, appelle le Législateur de la langue. Dans le cas du dialogue

social, ce langage commun est institué principalement par les États et accessoirement par des organisations internationales, c'est-à-dire par les pouvoirs publics. Le dialogue suppose aussi l'existence de locuteurs capables de faire entendre leur point de vue. Et dans le cas du dialogue social c'est le droit qui donne existence à ces interlocuteurs et en canalise les forces, en organisant la représentation des intérêts en présence et en reconnaissant leur capacité d'action.

La notion de régulation ne saurait donc signifier la disparition de la figure du Tiers, figure caractéristique de l'état de droit. Elle suggère en revanche que ce Tiers, qu'il s'agisse de l'État, du juge ou des organisations internationales, n'a plus le monopole de l'édition des règles, car celles-ci procèdent également d'un mécanisme d'équilibre des forces à l'œuvre sur les marchés du travail. Les tentatives de régulation des échanges ne peuvent donc faire l'économie ni de l'institution d'un « régulateur » (I), ni de la recherche d'un équilibre des forces qu'on prétend réguler (II).

I

Les États demeurent la clé de voûte de nos institutions, tant sur le plan national que sur le plan international. Mais ils se trouvent partout déstabilisés, à la fois de l'intérieur, par les forces centrifuges de la décentralisation, et de l'extérieur, par les forces centripètes de l'internationalisation. C'est de ces métamorphoses de l'État qu'il faut partir (A), pour repérer les cadres émergents de la régulation des relations de travail (B).

A) L'État n'est pas une forme institutionnelle éternelle et universelle, c'est une invention de l'Occident médiéval. L'idée d'un État qui ne meurt jamais trouve ses origines dans celle de corps mystique, avec la théorie des deux corps du roi, dont Ernst Kantorowicz a fait l'histoire [11]. Coupé de ses racines religieuses par le mouvement des Lumières et la révolution de 1789, l'État a cependant continué d'être conçu comme une superpersonne, comme la personnification d'une puissance transcendant les intérêts particuliers (ce que les juristes allemands ont appelé *Herrschaft*, et les Français, *puissance publique*). Cette puissance publique a vu sa légitimité remise en cause au XIX^e siècle par la révolution industrielle et par les luttes politiques et syndicales qui en ont résulté. Dès sa naissance en effet, l'économie de marché a sapé les formes traditionnelles de solidarité locale sur lesquelles étaient fondées les sociétés préindustrielles. Apparu en Europe et aux États-Unis, ce démantèlement a affecté ensuite à des degrés divers, au fur et à mesure de l'occidentalisation du monde, tous les autres pays.

Cette déstabilisation des liens sociaux de proximité (familiale, territoriale ou professionnelle) est apparue à l'aube du XIX^e siècle comme une condition de la modernité. Elle a entamé la légitimité de l'État, dont le rôle et l'existence même ont été, déjà à cette époque, mis en question. Une première réponse à cette question a été celle des idéologies totalitaires, qui ont envisagé l'État comme un simple

instrument entre les mains d'un Parti unique agissant au nom de lois prétendument scientifiques de la vie en société (lois de la race, lois de l'Histoire...). L'État perd alors sa légitimité qui est transportée sur d'autres symboles censés représenter la marche des sociétés : la race, la classe, etc. Cette réponse a été un échec sanglant dont nous continuons de porter les stigmates. Une seconde réponse a consisté, au contraire, à restaurer la légitimité de l'État en lui confiant des responsabilités nouvelles. Au lieu qu'il soit seulement en charge du gouvernement des hommes, qu'il incarne une puissance qui les domine, il s'est fait serviteur de leur bien-être.

L'État a ainsi entrepris de faire le bonheur des peuples, avec ce que l'on a appelé le *Welfare-State*, le *Sozialstaat* ou l'*État-providence*. Cet État-providence a comporté deux aspects, inégalement développés selon les pays. D'une part des services publics, c'est-à-dire l'attribution de nouveaux droits — droits aux soins, à l'éducation, etc. — qui ont ajouté à l'idée de citoyenneté politique celle de citoyenneté sociale. Et d'autre part le statut salarial (l'emploi), c'est-à-dire un ensemble de sécurités attachées à la condition de travailleur dépendant. Suivant un cheminement qui est retracé dans ce livre, un statut social a été inséré dans le contrat de travail, formant le socle des droits du travail nationaux. Cette invention de l'État-providence a permis de maîtriser le double mouvement d'individualisation et d'interdépendance à l'œuvre dans les sociétés industrielles. Mais en même temps qu'il permettait de le maîtriser, il a été un accélérateur de ces deux phénomènes. L'inscription des hommes et des femmes dans des réseaux larges de solidarité, comme la sécurité sociale par exemple, les a émancipés des solidarités locales tout en les rendant de plus en plus interdépendants au niveau national.

Aujourd'hui l'ouverture des frontières, qui répond à toute une série de facteurs bien connus (économiques, politiques et techniques), bouscule ces cadres nationaux de la vie en société. Les solidarités nationales sont à leur tour remises en cause, d'une part par ce qu'on appelle la globalisation et d'autre part par la relocalisation, la

reterritorialisation. Globalisation et localisation sont les deux faces inséparables de stratégies économiques mondiales qui se fondent sur la valorisation d'avantages compétitifs locaux. Les effets de ce double mouvement d'internationalisation et de régionalisation sur les marchés du travail sont paradoxaux. Ces marchés sont soumis d'une part à une logique quantitative de pression à la baisse des coûts du travail, qui dévalorise le travail par rapport au capital, et d'autre part à une logique qualitative de pression à la hausse de la qualification du travail, qui résulte des exigences grandissantes d'innovation et de qualité sur les marchés des produits et services [12]. Profitables à certains travailleurs et dommageables aux autres, ces tendances remettent en cause les formes reçues de solidarité nationale et, parmi elles, bien entendu, le droit du travail.

L'État se trouve ainsi pris dans un étau. Sur le plan international, la « globalisation » conduit à un ordre juridique où le droit international de la concurrence, censé incarner l'intérêt commun des différentes nations, s'impose aux États qui n'exprimeraient que des solidarités locales, admissibles seulement dans la mesure où elles n'entravent pas la libre circulation des marchandises et des capitaux. Dans cette perspective *néolibérale*, le droit de la concurrence occupe la place d'un droit constitutionnel à l'échelle planétaire, et les institutions internationales du commerce disputent aux États le rôle de Tiers garant des échanges. Le malheur est qu'un droit de la concurrence est inapte à fonder un ordre juridique international. Isolant la circulation des richesses de la vie des hommes qui les créent, il ignore les problèmes sociaux qu'il fait naître et qui pèsent finalement sur les États dont on réduit par ailleurs les marges de manœuvre. Sur le plan interne, les États doivent faire face à une demande de sécurité, de solidarité et de décentralisation qui croît à proportion des effets déstabilisateurs de la globalisation. Ils y ont souvent répondu par la négociation ou la concertation avec les représentants d'intérêts catégoriels. Dans ces pratiques, qu'on a pu dire *néocorporatistes*, la définition de l'intérêt général n'est plus l'apanage de l'État, mais

devient le produit des rapports de force entre intérêts particuliers. L'État n'est plus alors un Tiers mais une partie prenante au « dialogue social ».

Néocorporatisme et néolibéralisme se combinent en pratique pour faire de l'État un simple instrument soumis à une rationalité qui le dépasse, que ce soit celle de l'économie sur le plan international ou celle de la société sur le plan interne. Les États, qui demeurent les sujets de droit par excellence sur la scène internationale, perdent ainsi une part de leur substance ; et même la plus grande part, s'agissant des plus faibles et des plus pauvres qui, coincés entre d'une part les programmes d'ajustement structurel imposés par les organes du commerce international et d'autre part l'économie informelle qui assure la survie d'un grand nombre de leur ressortissants, en sont presque réduits à un rôle de figurants, sans prise véritable sur l'économie et la société réelle.

On peut douter pourtant que la place ainsi laissée vacante par le reflux de l'État puisse longtemps rester inoccupée. Le mythe occidental d'une société réduite à une poussière d'individus rationnels maximisant leur intérêt méconnaît les données de base de l'anthropologie. La raison humaine n'est jamais une donnée immédiate de la conscience : elle est le produit des institutions qui permettent à chaque homme de donner sens à son existence, qui lui reconnaissent une place dans la société et lui permettent d'y exprimer son talent propre. L'identité professionnelle que le droit du travail a contribué à reconstruire dans le monde industriel sur les décombres des vieilles corporations, est bien autre chose qu'une simple valeur d'échange économique : elle est la condition d'existence de l'économie, sa particule élémentaire. Car pour qu'il y ait échange de produits, pour qu'il y ait marché, il faut qu'il y ait d'abord des travailleurs, qui produisent et qui échangent. Et en retour la participation à ces échanges est une condition de la sauvegarde des identités professionnelles. Les « lois de l'économie » présument ainsi l'existence d'un monde où chacun est assuré de son identité. Dès lors que cette identité n'est plus garantie par l'État, les

hommes s'efforcent de la fonder sur autre chose : sur une Référence religieuse, ethnique, régionale, tribale, sectaire, etc. De nouvelles revendications identitaires en résultent qui accélèrent la déstabilisation des États et ouvrent la voie à de sanglants conflits de Références dont l'actualité nationale et internationale offre maints exemples. Ces repliements identitaires et la violence qu'ils engendrent sapent la confiance, encouragent le protectionnisme et mettent ainsi en péril la globalisation économique dont ils procèdent. Il faut donc examiner si, à côté de ses évidents effets destructeurs, la généralisation du libre échange ne donne pas aussi le jour à de nouvelles catégories normatives susceptibles de l'endiguer et de fonder ainsi un ordre social international.

B) Dans un univers institutionnel tout entier ordonné autour de l'État, on oppose terme à terme État et marché, loi et contrat, public et privé. Or chacun de ces trois couples de concepts connaît aujourd'hui un déplacement propre à nous mettre sur le chemin des « nouvelles régulations ». Là où l'on opposait le privé au public, il faut aussi opposer le social à l'économique. Là où l'on distinguait loi et contrat, il faut maintenant distinguer les principes et les procédures. Et là enfin où, face au Marché, l'État réunissait Pouvoir et Autorité, il faut à présent dissocier ces deux attributs jadis réunis entre les mains d'un seul Grand Régulateur.

Longtemps conçue comme une classification scientifique, la distinction de l'économie et de la société révèle aujourd'hui la fonction normative qui a en fait toujours été la sienne, et qui vient concurrencer la *summa divisio* du droit français entre public et privé. Dans le modèle de l'État-providence, la sphère des intérêts privés se trouve subordonnée au respect des valeurs universelles qui s'expriment dans la sphère publique et la liberté d'entreprendre s'exerce donc dans le cadre et selon les limites tracées par le droit national. Autrement dit, c'est le public qui englobe le privé. Avec l'ouverture des frontières et la soumission des États à un ordre commercial communautaire ou mondial, c'est au contraire le privé qui

en vient à englober le public. Les solidarités nationales mises en œuvre au sein des États se trouvent alors subordonnées aux principes de libre concurrence qui fondent les marchés internationaux. Les droits sociaux n'acquièrent de consistance en effet que relativement à un débiteur déterminé, c'est-à-dire à un niveau local ou national, tandis que les droits économiques (de propriété, de contracter, etc.) qui s'exercent sur les marchés acquièrent avec la mondialisation une portée universelle. La seule référence susceptible de transcender la nationalité serait donc la référence au Marché. Cette référence, qui a présidé à la création de l'Europe communautaire, aurait pour vocation de s'étendre progressivement à tous les produits et services de tous les pays. L'harmonie par le calcul, qui préside à l'échange marchand, serait ainsi susceptible d'embrasser l'humanité tout entière. La vieille distinction du public et du privé s'efface alors derrière celle des droits économiques (« droits de... ») et des droits sociaux (« droits à »). Comme le « privé », le « social » serait une donnée locale, particulière, logiquement subordonnée à F « économique » qui prendrait à l'échelle internationale la place éminente que le « public » a pu occuper dans nos droits internes. Le droit mondial par excellence serait le droit commercial, tandis que le droit public ne serait que l'expression de solidarités locales. Aussi le juge communautaire n'hésite-t-il pas à écarter les qualifications de « public » ou de « privé » retenues aux échelons nationaux pour imposer l'application des règles du Marché unique. Seul lui importe le fait de savoir si cette entreprise [13] ou cet emploi [14] ont pour objet une « activité économique ». La notion d'activité économique devient ainsi une catégorie dogmatique, désignant toute activité qui peut être assurée par une entité privée, peu important qu'elle s'exerce dans le secteur privé ou dans le secteur public d'un État membre [15]. Cette définition a conduit le juge communautaire à analyser la solidarité à l'œuvre dans les organismes de sécurité sociale comme une exception, d'interprétation restrictive, aux principes de libre concurrence [16]. De même, il a analysé les conventions collectives

comme une restriction de la concurrence entre les entreprises signataires, et ne les fait échapper à l'interdiction des ententes économiques que dans la mesure où elles poursuivent un objectif de politique sociale [17]. Le même raisonnement a été mis en œuvre à propos des monopoles des entreprises de service public. Ce monopole est toléré dans la mesure où il est nécessaire à « une compensation entre les secteurs d'activités rentables et les secteurs moins rentables (ce qui) justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables » [18].

La puissance de cette thèse (qui se situe dans le fil de la philosophie utilitariste d'où est sortie l'idéologie économique [19]) vient de ce que le Marché est la seule institution à exclure toute discrimination hors celle de l'argent. C'est la seule qui mette en œuvre l'idée d'égalité formelle universelle. Toutes les institutions qui reposent sur le principe de solidarité font au contraire prévaloir l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel et l'intérêt des membres du groupe sur celui des étrangers au groupe. Cette thèse a donc le mérite de nous rappeler que toute technique juridique de solidarité repose sur une hiérarchisation des intérêts en présence. En revanche, elle ne convainc pas dans la séparation radicale qu'elle opère entre des droits économiques (susceptibles d'être universels) et des droits sociaux (particuliers par nature). Cette distinction est purement idéologique : il n'est pas de lien de droit qui n'ait à la fois une dimension économique et une dimension sociale. La relation de travail en particulier est indissolublement une relation économique et une relation sociale. Il faut donc prendre cette distinction de l'économique et du social pour ce qu'elle est : non pas comme une donnée de la science mais comme une construction dogmatique sur laquelle il est possible d'adosser de nouveaux droits, non seulement à l'échelle nationale, mais aussi, mais surtout, à l'échelle internationale. L'institution d'un marché international conduit à envisager les droits sociaux comme autant de dérogations nécessaires aux règles du droit de la concurrence.

Il faudrait donc soigneusement distinguer la valeur scientifique de la distinction de l'économique et du social, qui est nulle, et sa valeur juridique, qui est grande. C'est sur cette distinction en effet qu'ont été fondées les constructions juridiques issues de l'internationalisation des marchés. On la retrouve non seulement en droit communautaire, mais aussi en droit interne [20] et en droit international [21]. Et le droit communautaire montre que la considération des droits sociaux peut servir de correctif aux règles de la libre concurrence, non seulement sur un plan national, mais aussi sur un plan supranational. Il y a là une piste extrêmement intéressante pour la construction d'un ordre social international qui fasse contrepoids à l'ordre économique. C'est en second lieu la distinction de la loi et du contrat qui se trouve bousculée par les nouveaux modes de régulation et ce qu'on appelle la procéduralisation du droit. Dans la conception régalienne de l'État, il y a deux niveaux d'écriture du droit, qui correspondent à deux grands types de règles : d'une part, celui de la loi qui est le niveau du délibéré et de l'unilatéral, où s'exprime l'intérêt général ; d'autre part, celui du contrat, qui est le niveau du négocié, du bilatéral, où s'expriment les intérêts particuliers. Une première atteinte à cette claire distinction a résulté de l'invention, en droit du travail, de cet hybride de loi et de contrat qu'est la convention collective. Ne voulant ou ne pouvant régler le détail des relations professionnelles, l'État-providence a permis ou encouragé le développement de cet hybride, soit en dehors du cadre légal proprement dit (solution anglaise), soit comme alternative à l'intervention légale (solution nordique), soit enfin comme complément des prévisions de la loi (solution française ou allemande). Toutefois, dans ces schémas, le monopole législatif sur la définition de l'intérêt général n'est pas entamé : les conventions collectives ont certes un effet normatif, mais leur objet demeure d'ordre privé, limité à la définition collective des obligations respectives des parties au contrat de travail. Un pas de plus a été franchi lorsque les États, soucieux d'asseoir la légitimité de la loi, l'ont fait précéder de négociations ou de concertations destinées à en

préparer le contenu. Cette pratique de la « loi négociée » a porté une atteinte beaucoup plus sérieuse à la distinction de la loi et du contrat. L'objet de la négociation est alors de légiférer, et la loi n'a pas d'autre objet que de donner une force légale à une convention. Ce mouvement dit de « contractualisation » a été lui aussi encouragé par l'idéologie économique dominante. Déjà au XIX^e siècle le grand juriste anglais Henry Summer Maine observait que « le penchant de la plupart des personnes versées dans l'économie politique est de considérer la vérité générale sur laquelle leur science repose comme devant devenir universelle, et lorsqu'elles passent aux applications leurs efforts tendent ordinairement à augmenter le domaine des contrats et à réduire celui du droit impératif à ce qui est nécessaire pour l'exécution des contrats » [22]. Dire que le contrat est universel ou que le marché est universel, c'est en effet presque dire la même chose. Car sans contrat il n'y a pas de marché concevable, et là où il y a un contrat il y a négociation, et donc négoce et marché possible. Dès lors, la mondialisation de l'économie de marché aurait pour corollaire nécessaire un recul des lois positives au profit des contrats. Le contrat n'aurait donc pas toujours été, mais serait en train de devenir une catégorie universelle, témoignant par là que la manière occidentale de penser l'Homme et la société aurait vocation à s'étendre au monde entier. Tel est du moins le *credo* de la « mondialisation », qui célèbre d'un même mouvement les vertus du libre échange et celles du contrat, réputé flexible, égalitaire et émancipateur, par opposition aux pesanteurs des États et aux tares de la loi, réputée rigide, unilatérale, asservissante. Toute loi qui ne procède pas d'une convention est ainsi devenue suspecte, et l'on s'emploie à fonder toute obligation sur l'accord des obligés. De fait, le vocabulaire contractuel se répand dans tous les domaines de la vie humaine, y compris dans la sphère publique. Et ce mouvement affecte au premier chef le droit du travail. L'un des traits communs à tous les pays développés depuis trente ans a été de privilégier le contrat sur la loi en droit du travail. Sur le plan communautaire, ce

mouvement de fond s'est traduit par la promotion du « dialogue social » dans la construction du droit social européen. Cette notion floue a finalement accouché d'une innovation institutionnelle majeure dans le Traité d'Amsterdam [23]. Reprenant les termes de l'Accord social de Maastricht, ce Traité a consacré l'idée d'une subsidiarité de la loi vis-à-vis de la convention collective en matière de réglementation du marché du travail [24]. La négociation collective se substitue alors entièrement à la délibération parlementaire comme mode d'expression du principe de démocratie ainsi que l'a fort justement observé le juge communautaire [25].

A y regarder de près cependant, les évolutions en cours ne se laissent pas résumer à un recul de la loi face au contrat [26]. Nous assistons plutôt à une mutation qui affecte aussi bien le contrat que la loi. La loi se décharge certes de règles substantielles, mais c'est pour mieux affirmer des principes et fixer des procédures. Et ces procédures transportent sur les contrats le poids des questions qualitatives dont la loi se décharge, ce qui transforme profondément leur nature. Bien loin de renoncer à leur rôle instituant, les États cherchent à le réaffirmer sous des formes nouvelles. D'un côté, ils demeurent en charge de biens communs non quantifiables qui échappent à la coordination par les prix (santé, éducation, environnement) ; mais, d'un autre côté, l'économie et la société sont devenues trop complexes pour qu'ils puissent gérer eux-mêmes ces biens communs. Les techniques néocorporatistes empruntées pour sortir de ce dilemme conduisent à une impasse dès lors que ce bien commun ne peut être réduit au produit d'un marchandage entre groupes d'intérêts. Aussi la tendance est-elle aujourd'hui de passer d'un État gérant du social à un État garant de la solidarité. Cette redéfinition du rôle de l'État et, plus généralement, des pouvoirs publics, s'exprime de deux manières. D'une part, l'État cesse de tout régir par lui-même. Au lieu de participer directement à des négociations ou des concertations sur le modèle néocorporatiste, il se borne à fixer les procédures selon lesquelles ces négociations devront être conduites en dehors de lui. Mais, d'autre

part, il définit les principes généraux à la mise en œuvre desquels ces négociations doivent concourir. Il y a donc à la fois retrait, reflux de l'État, qui se désengage de la gestion des questions sociales, et réaffirmation, restauration de son rôle de garant du bien commun. Ce type de régulation connaît un succès grandissant, et l'on pourrait en citer de nombreux exemples. Sur le plan interne, de nombreuses réformes du droit du travail ont ainsi articulé l'intervention du législateur, qui fixe un objectif ou un principe de portée générale, et celle de la négociation collective, chargée de mettre en œuvre ce principe ou ces objectifs (cela a été le cas en France de toutes les « grandes lois » du travail adoptées depuis 1986, de la suppression de l'autorisation administrative des licenciements à l'adoption des 35 heures). Sur le plan communautaire, on a procédé de façon comparable avec le processus dit de Luxembourg, qui fixe des « lignes directrices » aux politiques de l'emploi des pays membres et arrête une procédure obligeant les États et les partenaires sociaux à décliner ces lignes directrices en tenant compte des particularités nationales. La directive 94/45 du 22 septembre 1994 a procédé de même vis-à-vis des entreprises pour la mise en place d'une procédure ou d'un organe d'information et de consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales. Au niveau international, l'Organisation internationale du travail a emprunté une démarche du même type, en adoptant en 1998 une Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux du travail qui oblige tous les États membres à respecter, promouvoir et mettre en œuvre de bonne foi ces principes [27].

Ces nouvelles formes de « régulation » ne signifient donc nullement un retour à l'État minimum et un abandon pur et simple des relations sociales à la sphère privée. Elles se traduisent plutôt par une politique de « gouvernement par objectifs » qui laisse aux partenaires sociaux le choix des voies et moyens pour atteindre ces objectifs. Le problème, pour qu'une telle politique réussisse, est de parvenir à définir des objectifs dont le bien-fondé est reconnu par tous. On peut, à cet effet, associer les partenaires sociaux à leur définition (c'est ce qui advient

par exemple avec la négociation légiférante introduite par l'Accord social de Maastricht). On peut aussi, et c'est sans doute l'aspect le plus neuf de ces nouvelles formes de « régulation », fonder la légitimité de ces objectifs sur la science présumée des experts. Cette « science » est alors incarnée par des Autorités de régulation, également indépendantes des États et des partenaires sociaux. Mais dès lors les fonctions de pouvoir et d'autorité que l'État réunissait en son sein tendent à se séparer.

C'est en troisième lieu la confusion, dans les mains de l'État, du pouvoir et de l'autorité qui se trouve ainsi remise en cause par les nouvelles formes de la régulation. En Occident, la distinction du pouvoir et de l'autorité a une longue histoire. On sait qu'en droit romain « la *potestas* est la faculté d'agir et l'*auctoritas* la faculté de fonder l'action d'une autre personne » [28]. Après l'avènement du christianisme, la distinction a alimenté le débat sur les prérogatives respectives du pape et de l'Empereur [29]. Ce débat a été clos d'une certaine manière par la laïcisation de l'État, qui a réuni pouvoir et autorité, au prix il est vrai de la séparation en son sein des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Dès lors, la distinction du pouvoir et de l'autorité s'est effacée et a laissé place à d'autres oppositions — entre État et Nation, État et Société civile, État et Marché — qui ont alimenté le débat institutionnel. Mais elle refait surface aujourd'hui avec la « régulation », qui conduit à distinguer les fonctions d'« opérateur » (qui a le pouvoir d'agir) et de « régulateur » (qui a autorité sur ce pouvoir). Cette distinction repose sur une idée simple : l'État-providence a hérité de la fonction de grand Régulateur des marchés ; mais il est aussi un opérateur économique susceptible d'enfreindre impunément les lois du Marché ou de les tourner à son profit ; là où ce risque de confusion existe, il conviendrait donc de le priver de l'une ou l'autre de ces fonctions (voire des deux dans les versions les plus radicales de cette thèse). La fonction de régulation sera alors confiée à une Autorité créée spécialement à cet effet.

L'ouverture des marchés s'est donc accompagnée d'une floraison

d'Autorités de régulation, qui échappent au pouvoir des États [30]. Sur le plan interne, ces Autorités ont prospéré avec la privatisation (ou l'ouverture à la concurrence) des entreprises et des services publics et avec la libéralisation des mouvements de capitaux. La plupart de ces Autorités sont spécialisées et ont en charge un produit ou un service déterminé (l'électricité, les télécommunications, la télévision, la bourse, le médicament, etc.). Les Autorités dites de marché sont les plus nombreuses, mais on en a créé aussi pour participer à la régulation de certains services publics (santé, hospitalisation), pour protéger certaines libertés (informatique, information) ou pour éclairer la décision publique sur de grands problèmes de société (comités d'éthique). Sur le plan international, il existe également un certain nombre d'Autorités spécialisées dans la régulation d'un service déterminé (par exemple, le transport aérien), mais le plus remarquable est qu'à ce niveau on a aussi créé des Autorités indépendantes chargées d'une mission générale de régulation des marchés. L'expérience la plus ancienne et aussi la plus approfondie en ce sens est certainement celle de la Commission européenne, mais la création de l'Organisation mondiale du commerce a correspondu, à un niveau plus large mais avec des compétences plus étroites, à la même inspiration.

Les attributions des Autorités de régulation sont aussi diverses que les objets sur lesquels elles portent, mais elles ont deux caractéristiques communes : leur légitimité est fondée sur l'expertise scientifique ou technique de leurs membres et elles sont présumées ne dépendre ni des pouvoirs publics ni des opérateurs privés. Cette indépendance est souvent contestée ; l'ombre des États est toujours présente (notamment dans les procédures de nomination) et les *lobbies* privés jamais loin. Et la mission des Autorités déborde toujours la simple expertise technique, ce qui les oblige à porter des jugements de valeur et à trancher des cas litigieux à la manière d'une magistrature scientifique, technique ou économique. Pour ces deux raisons, la tendance est de soumettre le fonctionnement de ces Autorités au

respect des grands principes de la procédure, tels qu'ils résultent de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales [31]. Autrement dit, on les oblige à revenir à ce qui est au cœur de la technique juridique.

Ce regain d'« Autorités » n'est pas sans rappeler la grande question qui a donné en France naissance au concept même de droit social à la fin des années 1930. Les juristes qui ont fondé ce droit avaient pris conscience qu'un conflit social n'est pas passible des méthodes judiciaires habituelles, consistant à rapporter un litige à une règle déjà définie (que cette règle soit contenue dans une loi ou dans un précédent judiciaire).

Le conflit social a en effet la plupart du temps pour objet l'adoption d'une règle nouvelle. C'est pourquoi ces juristes avaient mis tant d'espoir dans la création d'une magistrature sociale, dotée de fortes compétences socio-économiques et capable, au travers de l'arbitrage de ces conflits, d'édifier un droit social, réellement indexé sur l'évolution du monde du travail et non sur le rapport des forces économiques ou politiques [32]. Paradoxalement ce n'est pas dans le domaine social, mais dans le domaine économique que cette idée est en train de prospérer aujourd'hui. D'où un déséquilibre entre une sphère économique, siège d'Autorités, et une sphère sociale dénuée d'Autorités, qui fait produire à l'opposition de l'économique et du social tous ses effets pervers. Les Autorités en charge des marchés estiment en effet n'avoir pas à prendre en considération la dimension sociale des problèmes qu'ils traitent. Cela ne veut pas dire que cette dimension n'existe pas, mais qu'aucune instance n'est habilitée à autoriser les États à exciper de considérations sociales pour limiter le jeu du droit de la concurrence. Cela conduit à des décisions susceptibles de détruire d'un trait de plume les conditions matérielles d'existence de sociétés entières, surtout les plus pauvres.

Il existe deux voies pour sortir de pareils errements. La première serait de « déspecialiser » les Autorités de régulation et de leur permettre de prendre également en considération les aspects

économiques et sociaux des cas dont elles ont à connaître. Il faudrait alors se diriger vers des autorités plus généralistes, incluant des collègues d'experts spécialisés. L'exemple qui existe en ce sens, celui de la Commission européenne, montre cependant les limites de cette solution : malgré de louables efforts et un bilan non négligeable, la Direction des affaires sociales n'est jamais parvenue à y acquérir une influence comparable à celle de la Direction de la concurrence. L'autre voie consiste à instituer des Autorités spécialement chargées de la régulation sociale des marchés. Ces Autorités pourraient connaître des cas litigieux dans lesquels un État ou un syndicat estime que l'application du droit de la concurrence contrevient à des principes sociaux fondamentaux, ou, à l'inverse, des cas dans lesquels un État ou une entreprise estime qu'une réglementation sociale donnée constitue un obstacle injustifié au libre échange. Elles pourraient aussi avoir un rôle à jouer dans la régulation des forces à l'œuvre sur le marché du travail, et veiller au maintien d'un équilibre entre ces forces. Le rétablissement de cet équilibre est en effet la question essentielle posée au droit du travail par la libre circulation internationale des capitaux et des marchandises.

II

Le droit du travail a été le lieu de la transfiguration des anciens compagnonnages en syndicats : syndicats de métier d'abord, d'industrie ensuite. D'où le développement, retracé dans le chapitre III de ce livre, d'un plan collectif où se sont déployées les relations de travail, et dont l'existence se trouve garantie notamment par les Conventions de l'organisation internationale du travail sur la liberté syndicale. Par-delà la diversité des droits nationaux, la représentation collective des salariés s'est toujours calquée sur l'organisation du pouvoir économique patronal, car elle a toujours eu pour objet d'équilibrer le rapport des forces avec les employeurs. Dès lors, les problèmes d'action, de représentation et de négociation ne se présentent pas en droit du travail de la même façon qu'en droit civil (ou en *common law*). On peut systématiser cette différence dans les termes suivants : le droit civil part des « acteurs » (*i.e.* des sujets de droit) pour définir les cadres juridiques de leurs actions et négociations (*i.e.* le droit de la représentation et des contrats). Pour traiter par exemple de la question de la représentation dans la négociation d'un contrat, on partira en droit civil de cette donnée qu'est l'existence d'une personne représentée, pour construire à partir de cette personne le mécanisme de sa représentation et de la négociation de ses intérêts. Les choses se présentent de façon exactement inverse en matière de relations collectives de travail. On part des cadres de l'action et de la négociation collective (*i.e.* d'un certain état de l'organisation du travail) pour définir des « acteurs » (*i.e.* des sujets de droit collectifs, habilités à négocier), et cette définition de représentants juridiquement habilités précède et conditionne l'identification des collectifs représentés. Cela vaut d'abord pour l'action économique des employeurs : le mot « entreprise » désigne d'abord l'action de celui qui use de la liberté d'entreprendre (*i.e.* l'action entreprise), et c'est seulement dans un

sens second et dérivé qu'il désigne l'organisation juridique de cette action (*i.e.* l'entreprise instituée). Cela vaut aussi pour l'action collective des salariés, qui doit s'adapter aux formes de l'action économique des employeurs : les syndicats sont d'abord un moyen d'action collective et regroupent les salariés en fonction des besoins de cette action.

On ne peut donc, pour appréhender les facteurs de changement des relations collectives de travail, partir d'une donnée naturelle que seraient les entreprises et les syndicats, pour étudier ensuite les nouvelles formes qu'empruntent leurs conflits ou leurs accords. C'est la démarche inverse qui doit être suivie : il faut partir des nouvelles formes de l'action économique pour repérer les causes de la rupture de l'équilibre entre forces économiques et sociales (A), avant d'envisager les moyens d'un retour à cet équilibre (B).

A) Les grandes entreprises ne sont plus des collectivités de travail homogènes, obéissant aux ordres d'un seul patron dans le cadre des lois d'un seul État. Elles empruntent de nouvelles structures et s'adaptent à un nouvel environnement, tandis que l'action collective des travailleurs demeure en revanche prisonnière du passé.

Au modèle pyramidal de la grande entreprise industrielle, intégrée, hiérarchisée, assurant l'entier processus de réalisation d'un produit, avait correspondu un regroupement de tous les travailleurs concourant à cette réalisation, au sein de syndicats d'industrie, et un effacement des identités professionnelles fondées sur le métier. Et selon que les entreprises se regroupaient ou non en branches, le centre de gravité du syndicalisme d'industrie a été la branche ou l'entreprise. Par un nécessaire mimétisme, les formes de la représentation des travailleurs ont épousé celles que le capital imprimait à l'organisation du travail. Or le progrès technique, l'ouverture des frontières à la concurrence internationale, l'accroissement des connaissances et de la division du travail produisent sur les entreprises les mêmes effets déstabilisateurs que sur les États. La différence entre l'État et l'entreprise est moins en effet

une affaire de structure qu'une question de Référence. L'État est référé à des valeurs qualitatives, suprapatrimoniales ; il a en charge le destin des hommes, et son horizon est le temps long de la vie des peuples. L'entreprise est référée à des valeurs quantitatives, patrimoniales ; elle a en charge la réalisation de produits ou de services, et son horizon est le temps court des marchés. C'est la raison pour laquelle ce fut sans doute une erreur de méthode de placer sur le même plan les États et les partenaires sociaux dans la constitution de l'Organisation internationale du travail. Mais, comme les États, les grandes entreprises sont confrontées à l'impossibilité de décider de tout au sommet et doivent inventer de nouveaux modes de gouvernement des hommes. Comme les États, elles traversent une crise de légitimité, qui s'est traduite dans leur cas par un regain de l'autorité des actionnaires sur le pouvoir des gestionnaires. Comme ceux des États, leurs dirigeants ont dû redéfinir leur rôle dans le sens de la fixation d'objectifs dont le détail de la mise en œuvre est renvoyé à des processus négociés individuellement et collectivement, non seulement avec les salariés mais aussi avec les sous-traitants qui prolifèrent dans la nouvelle organisation en réseaux. Il n'est pas jusqu'à la figure des Autorités indépendantes qui ne se retrouve dans les entreprises, tant dans le domaine de la finance (audits ; commissaires aux comptes) que dans celui des produits (Agences de normalisation et de certification). Le sens premier du mot « entreprise » (action d'entreprendre) a fait retour au détriment de son sens dérivé (l'institution de cette action). Dès lors, la grande entreprise ne peut plus être conçue comme une collectivité homogène de travail subordonnée à son patron sous l'égide d'une loi nationale. Elle s'inscrit dans un réseau, c'est-à-dire dans une structure polycentrique, aux ramifications internationales et aux frontières mouvantes, dont chaque élément est à la fois autonome et tenu de concourir aux intérêts de l'ensemble. Ces évolutions remettent en cause les catégories de pensée du droit du travail. Tel est d'abord le cas du concept de « subordination » (la frontière se brouille entre travail dépendant et indépendant) [33], mais c'est aussi vrai des

notions d'« employeur » (le pôle de décision patronal se dilue dans les groupes et les réseaux), de « branche d'activité » (le recentrage des entreprises sur leur métier principal et l'extériorisation des autres activités conduisent à une réindexation du statut collectif sur le métier et rétrécissent le champ d'application personnel des conventions de branches), d'« emploi » (le statut salarial se fragmente avec la décentralisation de la négociation collective et le développement de l'emploi périphérique : précaires, temps partiel, etc.) ou de « convention collective » (dont le sens se transforme au fur et à mesure de l'extension des fonctions de la négociation collective). A ces transformations de structure des entreprises s'ajoute un bouleversement de leur environnement. L'ouverture des marchés à la concurrence internationale a, sur la plupart d'entre elles, des effets ambivalents. D'un côté elle autorise une *émancipation* relative des entreprises vis-à-vis des pouvoirs des États. La mobilité des capitaux et des marchandises, jointe aux ressources des moyens de transport et des technologies de l'information, leur permet de mettre aussi en concurrence économique les États en choisissant de s'installer sur le territoire de ceux qui font peser sur elles le moins de contraintes tout en profitant des ressources de ceux qui leur offrent les meilleures infrastructures matérielles et intellectuelles. Soutenues en ce sens par les Autorités de marché, elles peuvent même faire plier les États devant leurs appétits et les obliger à démanteler les lois qui limiteraient leurs perspectives de profit. Mais, d'un autre côté, la « globalisation » augmente la *vulnérabilité* des entreprises. La libre circulation des marchandises entraîne la disparition de leurs marchés captifs. La libre circulation des capitaux les expose aux prises de contrôle spéculatives et à la volatilité des finances qu'elles mobilisent. La libre circulation des informations accroît ces risques en les exposant au regard critique des consommateurs, des actionnaires et des associations de défense de l'environnement. Ces bouleversements ont conduit les plus grandes entreprises à se prémunir de ces nouveaux risques. Vis-à-vis de leurs actionnaires elles ont adopté une

politique de transparence en se soumettant aux règles de la *corporate governance* [34] et aux exigences de la prétendue « création de valeur » (fût-ce au prix du sacrifice des « ressources humaines » de l'entreprise). Vis-à-vis des consommateurs, elles ont amélioré les techniques de contrôle de l'opinion publique en mettant la main directement (prise de contrôle financier) ou indirectement (financement publicitaire) sur les grands médias. Enfin, elles ont appris à se concilier les faveurs des hommes politiques et des intellectuels, en les convertissant aux valeurs de l'entreprise, voire en les achetant purement et simplement, ainsi qu'en témoignent les innombrables affaires de corruption qui empoisonnent partout la vie publique. Ces modifications profondes des modalités de l'action économique des entreprises rendent largement inopérants les systèmes de relations collectives institués par les droits nationaux. Ces systèmes ont été conçus pour l'essentiel comme un face-à-face entre employeurs et syndicats sous l'égide de la puissance publique. Les mécanismes de représentation, de négociation et d'action collective ignorent complètement tout ce qui a trait aux produits du travail, à leurs destinataires et à l'information du public. L'équilibre des forces entre l'action économique des entreprises et l'action collective des travailleurs, équilibre nécessaire à la « régulation sociale », se trouve ainsi rompu au détriment de cette dernière.

B) C'est donc l'ensemble du droit des relations collectives du travail qu'il conviendrait de reconsidérer. Négociation, représentation et action collective forment un trépied nécessaire pour asseoir le dialogue social. Il n'y a pas en effet de négociation collective concevable sans personnes morales habilitées à représenter les intérêts en présence et dotées des moyens de peser effectivement sur les termes de la négociation. Ces trois dimensions des relations collectives sont étroitement liées les unes aux autres, et sont toutes trois affectées par la nouvelle organisation du travail dans le monde. L'essentiel en ce domaine se situe sans doute moins dans des « nouvelles régulations » que dans une adaptation du droit des

relations collectives du travail aux nouvelles formes d'organisation des entreprises. Cette adaptation nécessaire est la grande question posée aujourd'hui au syndicalisme. Il est probable qu'il ne pourra échapper lui non plus à la logique de réseaux. A la vision pyramidale d'un syndicalisme de masse se substituerait une stratégie de coordination d'unités de représentation diversifiées, placées au plus près des véritables pôles de décision patronale (non plus seulement l'entreprise et la branche, mais aussi l'international, le groupe, le réseau d'entreprise, le territoire, le métier, etc.). Cette évolution est nécessaire si l'on veut faire face à l'élargissement et à la fragmentation des intérêts que le syndicalisme représente : intérêts non pas seulement des travailleurs masculins qualifiés des grandes entreprises des pays développés, mais aussi des travailleurs précaires et à temps partiel, des femmes, des chômeurs, des retraités, des immigrés, des salariés des entreprises sous-traitantes et des pays pauvres, des semi-indépendants, etc. Elle est aussi nécessaire pour que le syndicalisme puisse faire face à l'élargissement des fonctions de la négociation collective, laquelle ne porte plus seulement sur les termes de l'échange salarial (montant des salaires et durée du travail), mais aussi sur des questions d'intérêt général, avec le développement des négociations sur l'emploi, sur l'organisation du temps de travail, sur l'évolution du droit du travail (négociation légiférante). Divers pas ont déjà été accomplis en ce sens concernant, notamment, la représentation des travailleurs dans les groupes d'entreprises. De timides percées existent pour permettre à la négociation collective de sortir de la cage de fer des droits nationaux, des branches et des entreprises et de se développer dans des champs nouveaux (territoires, réseaux, international). Rien n'a été fait ou presque en matière d'action collective : il conviendrait de revisiter le droit de grève, qui lui non plus ne peut continuer d'être conçu seulement dans le cadre d'un rapport binaire entre un patron et ses salariés [35].

A suivre Manuel Castells et sa sociologie des réseaux, les seuls contre-pouvoirs susceptibles de jouer un rôle dans le nouvel ordre

économique mondial sont des mouvements identitaires, étrangers aux principes d'organisation de la société en réseaux [36]. Si cette hypothèse, qui est fortement étayée par l'observation des faits, est exacte, alors il faut sans doute renoncer à l'espoir d'une possible régulation de cet ordre mondialisé et attendre que des catastrophes majeures, politiques, sociales ou écologiques mettent fin au pouvoir du parti unique du libre échange qui est actuellement en charge des institutions mondiales du commerce [37]. On peut cependant penser que des voies existent, certes étroites, pour rétablir un équilibre des forces qui s'appuie sur la logique même de la nouvelle organisation économique. Pour y accéder, il conviendrait d'étendre le champ de l'action et de la représentation collective à des domaines qui leur sont aujourd'hui fermés, de les sortir du champ clos où les a enfermées une conception institutionnelle de l'entreprise qui ne correspond plus aux formes actuelles de l'action économique. A cette fin, deux méthodes complémentaires peuvent être mises en œuvre. La première consiste à user des nouvelles libertés inhérentes à la globalisation : le libre choix du consommateur et de l'investisseur, la liberté de l'information sont autant de moyens susceptibles de peser sur la politique sociale des entrepreneurs. La seconde méthode consiste, à l'inverse, à mettre en échec le droit mondial de la concurrence en prenant appui sur la distinction de l'économique et du social et en renforçant l'Autorité des institutions chargées du social. Mais, dans les deux cas, l'objectif est le même : rendre une capacité d'action collective aux travailleurs dans les domaines qui sont aujourd'hui abandonnés, sans contrepoids aucun, à la seule initiative économique des entreprises.

Les nouvelles technologies de l'information et le contrôle des médias étant devenus de puissants instruments entre les mains des entreprises, ces nouveaux pouvoirs appellent des contre-pouvoirs. L'information du public par les syndicats devrait porter non seulement sur les conditions du travail, mais aussi sur ses produits. La séparation radicale opérée dans le monde industriel entre le travail et ses produits ne se justifie plus en effet aujourd'hui. Dans une économie

« tertiaisée », le travail porte plus sur des signes que sur des choses. L'activité du travailleur est alors indissociable du produit de cette activité et la considération du produit affecte nécessairement la relation de travail. D'autre part, le travail « postindustriel » ne porte plus seulement sur ce qu'en droit civil on appelle des « choses de genre » (C. civ., art. 1246), c'est-à-dire des produits de masse, interchangeables et indépendants de la qualification des travailleurs. Il fait une place grandissante aux « corps certains », c'est-à-dire à des produits de qualité dont l'entreprise doit pouvoir assurer la sécurité et la traçabilité [38]. Cela conduit à rétablir le lien entre les qualités professionnelles du travailleur et les qualités du produit, lien que le taylorisme s'était employé à couper. Avec ces évolutions, la considération des produits fait retour dans la sphère contractuelle et justifie la mise en place de contrepoids au monopole du pouvoir d'information des entreprises sur leurs propres produits. Cette nécessité a été reconnue en droit de la consommation, qui a consacré le droit des consommateurs à l'information [39]. De son côté, l'article XX du GATT (1994) permet à tout membre de l'Organisation mondiale du commerce de prendre des mesures nécessaires à l'interdiction de l'importation des « articles fabriqués dans les prisons », ainsi qu'à la « protection de la santé ou de la vie des personnes » ou à la « conservation des ressources naturelles épuisables » [40]. Indépendamment du débat sur la clause sociale dans les traités du commerce international, le principe d'un droit d'information du public sur les dimensions sociales et environnementales des produits semble aujourd'hui incontestable et incontesté.

Ce droit implique celui des organisations syndicales d'informer le public sur ces dimensions [41]. Diverses initiatives ont été prises en ce sens par des associations ou des syndicats qui diffusent sur Internet des informations sur la politique sociale des grandes entreprises, notamment dans leurs rapports avec des sous-traitants installés dans des pays en développement. Les entreprises concernées ont réagi en se dotant de codes de conduite et de labels sociaux dont l'efficacité et

la sincérité sont sujettes à caution, faute de procédures de certification fiables de leur contenu et de leur mise en œuvre, du type de celles qui existent pour les normes ISO. Aussi certains préconisent-ils la mise en place d'un marché de la certification sociale des bonnes pratiques, censé entraîner dans un cercle vertueux à la fois les certificateurs et les certifiés [42]. Sans négliger l'intérêt de ces initiatives et de ces propositions, il est permis de penser que deux conditions doivent être réunies, sans lesquelles l'information du public n'échappera pas aux manipulations de toutes sortes. La première, déjà évoquée, est l'existence, à l'échelle internationale, de véritables Autorités de régulation sociale, qui seraient garantes du sérieux des informations diffusées. La seconde est de doter les syndicats et les associations de consommateurs des moyens financiers de l'information sociale du public. Des fonds pourraient être créés à cette fin, abondés par exemple par un pourcentage prélevé sur le budget de publicité des firmes. Sans un financement de ce genre, jamais le principe du contradictoire ne pourra jouer et le public demeurera soumis à la propagande unilatérale des entreprises qui dominent les marchés. La possibilité reconnue aux États de prendre des mesures restrictives de la libre concurrence fondées sur des considérations sociales suppose elle aussi l'intervention d'Autorités de régulation sociale capables de veiller à ce que de telles mesures aillent dans le sens d'une égalisation dans le progrès des conditions de travail à travers le monde, et non pas dans celui d'une protection des pays les plus riches qui se fermeraient tout à la fois aux travailleurs et aux produits des pays les plus pauvres. L'Organisation internationale du travail pourrait jouer ce rôle à condition de se purger de son vice constitutif qui consiste à placer sur le même plan les États et les représentants des employeurs et des salariés, alors qu'ils relèvent de registres institutionnels différents. Une telle Autorité pourrait être saisie soit directement, soit par question préjudicielle soulevée devant l'Autorité économique de marché (par exemple devant l'Organe de règlement des litiges de l'Organisation mondiale du commerce).

Concernant l'action des syndicats en ce domaine, il convient de revenir aux origines des droits d'action collective. Cette origine est une immunité accordée aux syndicats, qui, dans un but légitime de protection sociale, exerçaient une action collective à l'encontre d'une entreprise. Cette immunité a résulté en France de l'abolition du délit de coalition en 1864, ou, aux États-Unis, de l'arrêt *Hunt* (Mass, 1842) ou du *Clayton Act* (1914). Le passage de la coalition à la grève a correspondu à la structure binaire (employeur/salariés, capital/travail) imprimée au droit du travail par le modèle industriel, structure qui évacue la considération des produits et des consommateurs et aussi celle des conflits entre employeurs dominants et dominés. Mais dans le nouvel ordre économique mondial les formes préindustrielles d'action collective font retour — et, avec elles, la recherche d'une alliance des travailleurs et des consommateurs — pour peser sur le talon d'Achille des grandes entreprises : la sensibilité à la demande de leurs produits. L'expression par excellence de cette alliance est le boycott. C'est une arme redoutable qui refait surface dans l'actualité sociale. Les arguments avancés pour condamner par principe le recours au boycott n'emportent pas la conviction. Ce serait selon certains une forme de lutte « anglo-saxonne », étrangère à la culture européenne. Mais l'internationalisation des entreprises (et leur alignement sur les règles de la *corporate governance*) ne doit-elle pas aller de pair avec une internationalisation des formes d'action collective ? Le boycott risquerait de causer à l'entreprise des dommages préjudiciables à l'emploi. Mais toute action collective, à commencer par la grève, n'a-t-elle pas pour effet, si elle est efficace, de porter préjudice aux entreprises et donc de mettre ses emplois en péril face à la concurrence ? On voit bien, en revanche, les raisons du regain d'intérêt du boycott : susceptible de fédérer au-dessus des frontières les intérêts des travailleurs, des consommateurs et des défenseurs de l'environnement, replaçant le produit du travail au centre des conflits collectifs, insensible aux stratégies de précarisation ou de délocalisation de l'emploi, le boycott est adapté aux nouvelles formes

de la domination économique. On voit bien aussi les risques spécifiques de ce type d'action. Le boycott peut être une arme inefficace s'il se banalise ou demeure limité à un seul pays ou à un petit cercle de militants. Ce peut être aussi une arme destructrice qui frappe injustement une entreprise sur la foi de campagnes de désinformation. Plus que la grève, il se prête à d'éventuelles manipulations, de la part notamment d'entreprises concurrentes. La reconnaissance et l'encadrement au niveau international du droit de boycott est donc à l'ordre du jour. Cela ne veut pas dire que toute forme d'action concertée sur les marchés doit être jugée licite, mais que la licéité de cette forme d'action est le principe dans le domaine social, et que leur nécessaire encadrement ne pourrait être le fait, sur le plan international, que d'Autorités sociales de marché.

Dans l'ordre du monde issu de la révolution industrielle, les États-nations sont devenus la clé de voûte de l'organisation des sociétés et les garants de leur cohésion. Bien sûr, la façon dont ils ont rempli ce rôle a été très différente d'un pays à l'autre : ils ont pu prendre directement en mains l'organisation d'un système de sécurité sociale et s'en remettre à la négociation collective pour l'organisation des relations de travail, comme par exemple au Royaume-Uni après 1945 ; à l'inverse ils ont pu, comme en France, codifier fortement les relations de travail et remettre en revanche la gestion de la Sécurité sociale entre les mains des partenaires sociaux. Mais partout c'est dans le cadre des États-nations qu'ont été élaborées les règles et les institutions nécessaires au fonctionnement du marché du travail. D'où le développement de modèles nationaux d'organisation des relations de travail — autrement dit, de droits nationaux du travail et de la sécurité sociale.

Le double mouvement de globalisation et de localisation induit par la libéralisation des échanges bouscule évidemment ces cadres nationaux de la solidarité sociale. D'un côté, il émancipe les entreprises de la tutelle des États et favorise une déréglementation des relations de travail. Mais, d'un autre côté, il expose non seulement les

salariés, mais aussi les entreprises elles-mêmes à des risques nouveaux qui créent un appel pour de nouvelles formes de « régulation ». Face à ces transformations, certains annoncent déjà le dépérissement des États, vidés de leur substance par la conjugaison du « local » et du « global ». Mais cette idée d'un monde où il n'y aurait plus que le « local » et le « global » est une idée de facture impériale qui ne résiste pas à l'analyse juridique du monde contemporain. Rien ne permet de dire que les droits nationaux vont perdre le rôle majeur qui a toujours été le leur en matière de relations de travail. Il est vrai en revanche que ce rôle se transforme et se complique. Il ne consiste plus à fixer souverainement une règle du jeu nationale, mais à incorporer dans un modèle national des normes issues du local et du global. Ces transformations ne pourront s'opérer de façon harmonieuse que si chaque pays admet qu'il a autant à apprendre des autres qu'à enseigner aux autres, et que les concepts juridiques ne s'exportent pas comme des marchandises. L'idée d'un « dialogue entre les cultures » est un rêve trop souvent démenti par l'histoire pour qu'on puisse raisonnablement s'y fier. En revanche, l'histoire est riche d'exemples d'apprentissage mutuel dans un intérêt bien compris. Sur le plan international, cet apprentissage mutuel suppose de ne pas imposer au monde des règles conçues en Occident (c'est la grande faiblesse des projets de clause sociale dans les traités du commerce), mais plutôt de se doter d'une Autorité sociale internationale, reconnue par tous et susceptible de trancher au cas par cas les litiges sociaux nés du développement du commerce international. Seule cette méthode casuistique, chère aux pays de *common law*, permettra de donner peu à peu consistance aux principes universels que réclame la culture de droit civil. Beaucoup plus que la loi ou le contrat, la figure du juge a une portée universelle. C'est donc d'un juge social international que la globalisation de l'économie a besoin si l'on ne veut pas qu'elle débouche sur le retour des fureurs identitaires.

Notes du chapitre

- [1] † V. par ex. : J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, 449 p. Cette terminologie a été adoptée par le législateur avec la loi du 15 mai 2001 « relative aux nouvelles régulations économiques » (JO du 16 mai 2001, p. 7776).
- [2] † N. Wiener, *God and Golem inc.*, The MIT Press, 1964, trad. fr. Nîmes, L'Éclat, 2000, 123 p. ; add., du même auteur, *The Human Use of Human Beings (Cybernetic and Society)*, Boston, Houghton Mifflin C^e, 2^e éd. 1954, trad. fr. *Cybernétique et société*, Paris, Les Deux Rives / UGE, 1962, 250 p. Notion issue de la thermodynamique, l'entropie (du grec *έντροπή*), cause d'évolution) désigne la tendance spontanée qu'a tout système ordonné de se désagréger. L'entropie est maximale lorsque la désagrégation est totale. Est ainsi réitérée sur le mode de la découverte scientifique la vieille révélation biblique : « Tout s'en va vers un même lieu : tout vient de la poussière, tout s'en retourne en poussière » (*Ecclesiaste*, 3-20).
- [3] † Cf. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1981, 2 t., trad. fr. *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 2 t., 1987 ; et, du même auteur, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992, trad. fr. *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
- [4] † Cf. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969), trad. fr. *La légitimation par la procédure*, Presses de l'Université Laval / Editions du Cerf, 2001, 247 p.
- [5] † Cf. R. Boyer et Y. Saillard (dir.), *La théorie de la régulation : état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1995.
- [6] † V. « Travail, droit et technique », *Droit social*. Cf. en ce sens tout le mouvement « Law & Economies », 2002, p. 13-25.
- [7] † La notion de *régulation* a été empruntée à la mécanique par la biologie moléculaire avant de se répandre dans le vocabulaire des sciences sociales : Cf. D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, PUF, 1999, v^o « Régulation ».
- [8] † Cf. A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit* (1943), Paris, Gallimard, 1981.
- [9] † L'impératif dogmatique signifie qu'aujourd'hui comme hier, et en Occident comme ailleurs, la raison humaine suppose l'existence d'un « lieu de vérité légale, postulé et mis en scène comme tel ». (Cf. P. Legendre, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983 ; *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999 ; et *De la Société comme Texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Paris, Fayard, 2001).
- [10] † V. *Un travail décent*, Rapport du directeur général du BIT à la Conférence internationale du travail (87^e session, 1999).
- [11] † E. Kantorowicz, *The King's Two Bodies* (Princeton, 1957), trad. fr. *Les Deux Corps du Roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Age*, Paris, Gallimard, 1989.
- [12] † V. R. Reich, *The Work of Nations*, New York, Alfred A. Knopf, 1991 ; trad. fr. sous le (très mauvais) titre *L'économie mondialisée*, Paris, Dunod, 1993 ; R. Salais et M. Storper, *Les mondes de production*, Paris, Ed. de l'EHESS, 1993.
- [13] † La CJCE qualifie d'entreprise « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (CJCE 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, *Rec.*, p. 1-1979, pt 21 ; 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., C-244/94, *Rec.*, p. I-4013, pt 14 ; 21 septembre 1999, Albany, aff. C-67/96, pt 77). Cf. S. Hennion-Moreau, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit social*, 2001, 957.

- [14] † CJCE 12 décembre 1974, aff. 36/74, Walrave, *Rec.*, 1974, 1405 ; v. aussi les arrêts *Dona* (aff. 13/76 du 14 juillet 1976, *Rec.*, p. 1333), *Unectef* (aff. 22/86 du 15 octobre 1987), *Bosman* (aff. C-145/93 du 15 décembre 1995, *Rec.*, p. 1-4921, pt 73) et *Lehtonen* (aff. C-176/96 du 13 avril 2000, pt 43).
- [15] † CJCE 23 avril 1991, aff. C-41/90 (Höfner et Elser) *préc.*, pts 21 et 24.
- [16] † CJCE 17 février 1993, aff. C-159 et 160/91 (Poucet et Pistre), *Rec.*, I, p. 664, *Droit social*, 1993, 488, note Ph. Laigre et obs. J.-J. Dupeyroux ; CJCE 16 novembre 1995, aff. C-244/94 (Coreva), *Droit social*, 1996, 82, note Ph. Laigre ; CJCE 26 mars 1996, aff. C-238/94 (Garcia), *Droit social*, 1996, 707.
- [17] † CJCE 21 décembre 1999 (Albany) *préc.*, pts 60 et s.
- [18] † CJCE 19 mai 1993 (Corbeau), *AJDA*, 1993, 865, note F. Hamon, cité § 17.
- [19] † Sur cette idéologie économique, v. l'ouvrage classique de Louis Dumont, *Homo œqualis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Gallimard, 2^e éd., 1985.
- [20] † En droit anglais le sort des salariés est considéré comme une matière « non commerciale » qui ne doit pas être prise en compte dans le choix des sous-traitants d'un service public ; cf. S. Deakin, « Privatisation, transformation des entreprises et droit du travail en Grande-Bretagne », in *Le travail en perspectives* (ouvr. coll.) Paris, LGDJ, 1998, p. 401 s.
- [21] † La Banque mondiale est chargée de veiller à ce que les sommes provenant d'un prêt quelconque soient utilisées « en donnant aux considérations d'économie et de rendement l'importance qui leur est due et sans tenir compte des influences ou des considérations d'ordre politique ou de toutes autres influences ou considérations qui ne sont pas d'ordre économique », cité par F. Maupain, « L'ORT devant le défi de la mondialisation – de la réglementation à la régulation internationale du travail ? », in P. de Senarclens (dir.), *Maîtriser la mondialisation*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, p. 147 s.
- [22] † H. Summer Maine, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Idea*, 1861, trad. fr. Courcelle Seneuil, Paris, Durand et Pedone, 1874, p. 289.
- [23] † Traité CE, art. 138 dans la version consolidée.
- [24] † Sur cette dimension « horizontale » du principe de subsidiarité, v. B. Bercusson, *European Labour Law*, London, Butterworths, 1996, p. 555 s.
- [25] † Tribunal des Communautés européennes, 17 juin 1998 (aff. T-135/96), CGPME, *Droit social*, 1999, 53, obs. M.-A. Moreau, v. § 89.
- [26] † Cf. « La relativité du contrat en questions, Conclusion générale », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, LGDJ, 2000, p. 183-220.
- [27] † V. le texte de cette déclaration reproduit in *Revue internationale du travail*, vol. 137 (1998), n^o 2, p. 273 s.
- [28] † P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, Paris, Sirey, 1949, p. 250, et, du même auteur, *Fas et Jus. Études de droit romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1947, p. 223 s. spéc. p. 274. Sur l'origine du concept, v. E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Minuit, t. 2, 1969, p. 148-151.
- [29] † Cf. sur ce point la célèbre lettre adressée en 494 à l'Empereur d'Orient par le pape Gélase, qui distingue *auctoritas sacralis pontificum* et *regalis potestas* (v. le texte intégral traduit par G. Dagron, *Empereur et prêtre*, Paris, Gallimard, 1996, p. 310 s.).
- [30] † Abondante bibliographie. Pour une étude de droit comparé, v. N. Lomgobardi, « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique », *Revue française de droit administratif*, 1995, p. 171 et 383. Pour la France, v. le Rapport public 2001 du Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 253-452 ; C.-A. Colliard et G. Timsit, *Les autorités*

administratives indépendantes, Paris, PUF, 1988 ; J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *Revue de droit public*, 1988, p. 1213 s. ; M. Jodeau-Grymberg, C. Bonnat et B. Pêcheur, « Les autorités administratives indépendantes », *Cahiers de la Fonction publique et de l'Administration*, n° 190, mai 2000, p. 3-14.

[31] † Cass. com. 18 juin 1996 (Conso), *B. civ.*, n° 179 ; Ass. plén. 5 février 1999 (Oury) *B. civ.*, n° 1 ; La position du Conseil d'État est très en retrait : Cons. d'État, Ass. 3 décembre 1999 (Didier) ; v. J. Ribs et R. Schwartz, « L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes », *Gaz. Pal.*, 28 juillet 2000, p. 3-11 ; J.-F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Actualité juridique du droit administratif*, 1999, p. 847-859.

[32] † V. P. Laroque, « Contentieux social et juridiction sociale », *Droit social*, 1954, p. 271-280 ; J.-P. Le Crom, « La conciliation et l'arbitrage obligatoires des conflits collectifs du travail (1936-1939) », in F. Fortunet (dir.), *Un siècle de régulation pacifique des conflits du travail*, Dijon, Publications du Centre Georges-Chevrier, vol. 16, 2001, p. 147-161.

[33] † Cf. « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, 2000, p. 131-145.

[34] † Cf. pour les États-Unis le rapport de l'American Law Institute, *Principles of Corporate Governance* ; pour le Royaume-Uni, le *Code of Best Practice* issu des travaux de la Commission Cadbury ; et, en France, les rapports Viénot et Pébereau. V. une présentation de ces textes par A. Tunc, « Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 1, p. 59-72 ; add. N. Decoopman, « Du gouvernement des entreprises à la gouvernance », in *La gouvernabilité* (ouvr. coll.) Paris, PUF, 1996, p. 105 s. ; B. Brunhes, « Réflexions sur la gouvernance », *Droit social*, 2001, p. 115.

[35] † « Revisiter les droits d'action collective », *Droit social*, 2001, p. 687-704.

[36] † Cf. M. Castells, *End of Millenium*, Oxford, Blackwell, 1998, trad. fr. *Fin de millénaire*, Paris, Fayard, 1999, p. 415. Cette thèse est développée dans le volume précédent de sa trilogie sur l'« ère de l'information », *The Power of Identity*, 1997, trad. fr. *Le pouvoir de l'identité*, Paris, Fayard, 1999. Sur cette montée en puissance de nouveaux « Identity Groups » dans la société nord-américaine, v. déjà les fines analyses de M. J. Piore, *Beyond Individualism*, Harvard University Press, 1995.

[37] † J'emprunte cette qualification très suggestive quant à la nature politique de ces institutions à Jeff Faux, « Toward a Global "New Deal" », communication à la conférence, *Work and Social Citizenship in a Global Economy*, WAGENet, Univ. of Wisconsin-Madison, novembre 2000.

[38] † Dir. eur. n° 85/374 du 25 juillet 1985 instaurant une responsabilité du fait des produits défectueux (v. S. Taylor, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux. Étude comparative du droit anglais et du droit français*, Paris, LGDJ, 1999), transposée en France par la loi du 19 mai 1998 (art. 1386-1 à 1386-18 du C. civ.).

[39] † Cf. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2000, n° 49 s.

[40] † V., sur l'application de ces dispositions en matière d'environnement, P. Monier, « L'environnement dans la jurisprudence de l'OMC », *Les Notes bleues de Bercy*, n° 186, du 1^{er} au 15 juillet 2000, et le point de vue beaucoup plus critique de R. Howse et D. Regan, « The Product/Process Distinction — An Illusory Basis for Disciplining "Unilateralism" in Trade Policy », *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11, n° 2, p. 249-289. On pourrait tirer de cet article XX d'importants effets dans le domaine social, en prenant appui sur la notion de « protection de la santé et de la vie des personnes », dont le dynamisme n'a jamais

cessé d'imprimer le développement du droit du travail (cf. « La dynamique du corps » in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, Caccuci, 1999, t. 2, p. 1621-1646).

[41] † V., concernant la protection de l'environnement, « Société française de droit de l'environnement », *Droit du travail et droit de l'environnement*, Paris, Litec, 1994, 153 p.

[42] † C. Sabel, D. O'Rourke et A. Fung, « Ratcheting Labor Standards : Regulation for Continuous Improvement in the Global Workplace », *The Boston Review*, vol. 26, n° 1, 2001, p. 420 s.

Prolégomènes

Introduction. Le travail en questions

Dans la langue française, le premier sens attesté du mot travail désigne ce qu'endure la femme dans l'enfantement [1]. Il désigne cet acte où se mêlent par excellence la douleur et la création, acte où se rejoue à chaque fois, comme dans tout travail, le mystère de la condition humaine. Car tout travail est le lieu d'un semblable arrachement des forces et des œuvres que l'homme porte en lui-même. Et c'est dans cette mise au monde des enfants et des œuvres que l'homme accomplit sa destinée. Aux « sans-travail » dont le nombre ne cesse de croître aujourd'hui, est refusée cette part d'humanité, le droit à l'épreuve, le droit de faire ses preuves et de se voir reconnaître ainsi une place légitime au milieu de ses semblables. Plus que sa polysémie [2], c'est cette extrême ambivalence du « travail » qui doit retenir d'abord l'attention. Le travail évoque à la fois la contrainte, la peine d'une activité qui n'est pas à elle-même sa propre fin, et la liberté, l'acte créateur, qu'en accomplissant, l'homme s'accomplit lui-même. Tantôt asservissement des personnes aux choses, tantôt asservissement des choses aux personnes, le travail fait le démiurge comme il fait l'esclave. Cette ambivalence se trouve dès les premiers versets de la Bible. On en retient surtout la malédiction divine : « C'est à force de peine que tu tireras [du sol] ta nourriture tous les jours de ta vie (...) C'est à la sueur de ton visage que tu mangeras du pain, jusqu'à ce que tu retournes dans la terre d'où tu as été pris ; car tu es poussière et tu retourneras dans la poussière » [3]. Mais le travail y apparaît aussi, et d'abord, comme acte divin, acte de création, dont la nature laborieuse se dévoile le septième jour, par cette première affirmation du droit au repos : « Dieu bénit le septième jour, et le sanctifia, parce qu'en ce jour il se reposa de toute son œuvre » [4]. Créé à l'image de Dieu, l'homme reçoit mission d'être

créateur à son tour [5]. Signe biblique de la déchéance humaine, le travail sera donc aussi, spécialement dans l'éthique protestante, la voie du salut, le modèle de l'accomplissement humain sur la Terre [6]. Le récit de la Genèse met ainsi en scène, sous les auspices de la Loi divine, le travail et l'amour, où Freud voit les fondements de la civilisation [7]. Il n'est pas utile de s'attarder trop longuement sur le mot « travail » lui-même, et son étymologie, car les autres langues européennes en ont d'autres, avec une autre histoire [8], qui expriment la même notion. Mais cette notion elle-même, dans sa définition actuelle, n'est pas immanente et éternelle. Il semble bien par exemple que l'Antiquité grecque l'ait ignorée [9]. Dans la pensée grecque le rapport de travail était conçu comme un lien personnel de dépendance, un rapport de service, liant directement le travailleur et l'usager. Il en résultait que le travail n'était jamais envisagé que sous son aspect concret, c'est-à-dire rapporté à l'objet fabriqué ou au service rendu. Voilà pourquoi ces tâches concrètes de production étaient jugées incompatibles avec l'idéal de liberté : l'homme libre est celui qui agit pour son propre compte, et non pas pour satisfaire les besoins d'autrui [10]. Cette manière de penser se retrouve dans l'histoire du mot « travail » dans la langue française. Apparu donc pour désigner les peines de l'accouchement, le terme n'embrasse, jusqu'au XVIII^e siècle, que la tâche des « gens de bras » — serfs et journaliers —, c'est-à-dire les activités les plus humbles, qui ne s'inscrivent dans aucun produit durable et sont soumises à la loi d'un perpétuel recommencement. Ces deux sens sont conformes à la conception chrétienne du travail, punition du péché originel, qui frappe également, bien que différemment, l'homme et la femme. Les « gens de métier », au contraire, ne travaillent pas : ils « œuvrent », car leur activité s'inscrit dans l'exercice d'un « art mécanique » déterminé, qui requiert non seulement un effort physique, mais aussi l'exercice de l'intelligence, et les situe sur le même plan créateur que les beaux-arts et les arts libéraux. Dans le vocabulaire de l'Ancien Régime, comme dans celui de la Grèce antique, ce que nous appelons aujourd'hui « travail » se

retrouve donc sous la forme d'une diversité de tâches concrètes, diversement qualifiées et diversement réglementées [11]. Et le mot même de travail est cantonné aux activités serviles ; il n'évoque pas encore l'idée d'œuvre, d'accomplissement de la personne. L'idée de travail évoque l'homme de peine et pas encore le créateur. Il faut attendre le XIX^e siècle pour voir le « travail » acquérir son sens actuel, en même temps que de fortes connotations de créativité [12]. C'est seulement dans une logique marchande que s'estompe la diversité des travaux humains : dans la mesure où la relation de travail cesse d'y apparaître comme une relation personnelle entre un usager et un travailleur, la variété de ces travaux peut se fondre dans une même catégorie abstraite, de même que les produits du travail, tous divers par leur usage, y deviennent des marchandises toutes comparables du point de vue de leur valeur [13]. C'est par réaction contre cette conception marchande du travail que le mouvement ouvrier sera conduit à magnifier sa valeur humaine, et à voir dans le travailleur le démiurge d'un monde nouveau [14]. La notion moderne de travail n'apparaît donc qu'à partir du moment où le travail est traité comme une marchandise par la pensée économique [15], et à ce titre on peut légitimement parler d'une « invention » du travail [16], qui sera suivie d'ailleurs d'une « invention » du chômage [17]. La pierre angulaire de cette invention, comme de toutes celles du capitalisme, c'est la rationalisation sur la base du calcul [18], qui exige de réduire toujours à des nombres la diversité des choses (et des gens). Il arrive au travail la même chose, et en même temps, qu'aux unités de mesure : jusqu'au XVIII^e siècle, l'idée de mesure n'a de sens que rapportée à des objets concrets ; on compte ainsi les draps en aunes, les routes en lieues, et l'horlogerie en lignes [19]. L'idée abstraite d'un « mètre », mesure universelle de toute chose, est l'idée topique de ce mouvement de pensée d'où surgissent aussi les notions abstraites de travail ou de capital. Ainsi se dessine la figure du travailleur, comme en d'autres domaines celle de l'électeur ou du conscrit. Le travailleur est celui qui loue ses services à autrui, le travail est l'objet de ce

négoce, et le marché du travail le lieu de cette négociation. Dans la pensée macroéconomique, cela permet de réduire le travail à un facteur de production — le « facteur travail », ou facteur « L » — apte à la formalisation, et donc à la mesure et à la prévision. Et dans la pensée microéconomique — le modèle taylorien par exemple —, le travail est rapporté à une nomenclature d'actes élémentaires, eux-mêmes réductibles à une même unité de temps, ce qui rend possible les calculs de prix de revient, de rendement et de profit [20]. Les insuffisances aujourd'hui révélées de ce modèle conduisent non pas à un abandon, mais à un affinement toujours plus grand de la formalisation du « travail » dans la rationalité économique [21]. C'est l'assimilation juridique de cette notion abstraite de travail qui va donner lieu au droit du travail. Dans « droit du travail », le mot « travail » ne désigne pas en effet toutes les formes du travail au sens large du mot (par exemple pas le travail ménager), ni même toutes les formes de l'activité professionnelle : nombre d'entre elles demeurent soumises à une organisation juridique particulière, comme par exemple les professions libérales, l'artisanat, l'exploitation agricole, ou la fonction publique. Toutes ces professions sont les héritières de la perception diversifiée des travaux humains, qui interdit de mettre dans le même sac le juge et l'avocat, le médecin et le cordonnier, le paysan et l'instituteur. La notion abstraite de travail ou de travailleur est alors inutile, et le vocabulaire juridique ne l'applique pas à de telles hypothèses. Elle est en revanche au principe du droit du travail, qui a vocation à s'appliquer à chaque fois que le travail est traité comme une marchandise, c'est-à-dire lorsqu'il constitue l'objet même d'une négociation. La difficulté juridique vient justement de ce que le travail n'est pas une marchandise : il est inséparable de la personne du travailleur. Il y a donc dans cette notion abstraite de travail — nécessaire à l'émergence d'un marché du travail — une fiction économique [22] qui pose au droit une redoutable énigme. Comme l'énigme de la Sphinx [23], celle-ci intéresse la définition de la condition humaine, et prend la forme de plusieurs questions. Ici de

deux questions :

Première question. — « Le travail, qui met la personne en rapport avec les choses, est-il chose ou personne ? »

Cette question ne peut être éludée par le droit occidental, puisque celui-ci repose tout entier sur cette distinction entre les « choses » et les « personnes ». Distinction si fondamentale qu'elle fournit la matière de deux des trois parties des « Institutes » de Justinien [24], et qu'on la retrouve au principe d'organisation du code civil (livre premier : « Des personnes » ; livre II : « Des biens... ») [25]. Sans qu'il soit besoin de retracer l'histoire compliquée de cette distinction, et de ses termes [26], il suffit d'observer ici qu'au moment où émerge le droit du travail, il y a environ un siècle, cette distinction est tenue pour capitale. La phénoménologie juridique s'organise alors, et continue d'être organisée autour de ces deux pôles : d'un côté celui des personnes, physiques ou morales, qui sont autant de sujets de droit, et de l'autre celui des choses, qui sont autant d'objets possibles du droit.

Deuxième question. — « Un homme libre peut-il être soumis au pouvoir de son égal ? »

Le travail n'est pas seulement au point de rencontre de la personne et des choses. Il est aussi, depuis la disparition de l'esclavage et du servage, au point de rencontre de la servitude et de la liberté. Car même entre des hommes libres et égaux, le travail implique l'organisation d'une hiérarchie, la soumission des uns au pouvoir des autres. Mais comment concevoir un rapport hiérarchique entre égaux ? La Sphinx ne pouvait poser cette question à Œdipe, puisque le grec ne connaissait pas le « travail ». Sa notion de *πόνος* (*ponos*), qui donnera « peine », désigne, comme le latin *labor*, tout effort qui exige une activité pénible, tandis que *ἔργον* (*ergon*) [27] désigne pour chaque chose ou pour chaque être le produit de sa vertu propre, c'est-à-dire l'« œuvre » au sens français contemporain. Dans une telle pensée, notre « travail » se retrouve soit du côté de la liberté créatrice, soit du côté de la servitude, et non pas, comme aujourd'hui, à cheval sur la servitude et la liberté, ce qui supprime la question posée. Celle-ci

pointe toutefois dans la définition embarrassée qu'Aristote donne de la condition du travailleur libre : « L'ouvrier qui exerce un métier mécanique, écrit-il, subit une sorte d'esclavage limité » [28]. Même embarras en droit romain qui, transposant à l'homme libre le louage d'esclave, décide que, lorsque cet homme libre se met par contrat au service d'autrui, tout se passe comme s'il était à lui-même son propre esclave [29].

Cette énigme du travail met donc le droit, et les institutions, à l'épreuve. C'est dans cette épreuve qu'a été forgé le droit du travail — forgé comme alliage de tous les contraires : le privé et le public, l'individuel et le collectif, le droit des biens et le droit des personnes, l'égalité et la hiérarchie, etc. Alliage singulier, le droit du travail est à son tour pour le juriste une énigme, mais une énigme d'un genre beaucoup plus aimable, l'un de ces *puzzles* où Thomas Kuhn voit l'objet de la « science normale » [30]. La « science normale » des juristes universitaires est de travailler à ces puzzles, en redonnant inlassablement aux morceaux du droit qu'ils étudient un ordre systématique qu'inlassablement la vie du droit s'emploie à démentir. Le droit du travail est aujourd'hui riche de telles synthèses doctrinales, outils premiers et indispensables à qui veut en pénétrer les arcanes [31]. Le propos de ce livre est différent. Il vise non pas à ordonner le droit du travail dans un ensemble cohérent, non pas à ajuster les rouages, mais bien au contraire à en démonter les *ressorts*, et à saisir le principe de son *réglage*.

Son *réglage* pose la question la plus redoutable, celle de l'étalon utilisé pour y procéder : régler sur quoi ? Dans le domaine du droit, cette question est celle de la référence : à quoi référer les règles ? autrement dit : d'où le droit tire-t-il sa légitimité ? Cette question, qui est généralement confinée au domaine très étroit de la théorie ou de la philosophie du droit [32], a été projetée sur la place publique en droit du travail par les débats qui ont entouré les projets de déréglementation des années quatre-vingt. C'est dire que, s'il est encore possible de l'éviter dans d'autres branches du droit, ce n'est

certainement pas le cas en droit du travail, objet désigné d'un projet d'autodafé [33]. L'actualité fournit donc ici mieux qu'un prétexte pour aborder cette question de fond. Il faut bien savoir en effet comment situer respectivement les normes d'organisation du travail qui s'appuient sur l'autorité de la Science et de la Technique et les règles du Droit, qui s'appuient sur l'autorité de la Loi. L'essor scientifique et technique ayant fait surgir de nouvelles figures de la norme et de la normalité, voilà le juriste obligé de se pencher sur ce qui échappe le plus à son regard : les fondements de la Loi, et les rapports que celle-ci entretient avec ces nouvelles figures de la Norme. Cette question fait l'objet de la troisième partie de ce petit livre.

Quant à ses *ressorts*, ce sont les deux questions posées ici en forme d'énigme : où situer le travail entre la personne et la chose ? comment assujettir le travailleur libre ? Les deux premières parties de cet ouvrage montreront la force motrice de ces deux questions, qui n'en finissent pas de mettre le droit en branle. On ne saurait toutefois en mesurer la portée, sans rien connaître de la manière dont elles ont été abordées depuis un siècle dans les pays industriels à économie de marché. C'est pourquoi il a paru utile de compléter ces prolégomènes par une vue cavalière de la façon dont a été conceptualisée la relation de travail en Europe.

Notes du chapitre

- [1] † Ce sens obstétrical est le seul attesté jusqu'au xvi^e : cf. Bloch et von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 1975, v^o « travailler ».
- [2] † Le mot « travail », comme beaucoup d'autres en droit du travail, vient de la langue courante, et non pas du vocabulaire juridique. Et dans la langue courante il recouvre une multiplicité de sens : activité productive bien sûr, effectuée dans ou hors de la sphère marchande, mais aussi résultat de cette activité. Accolé aux verbes « avoir » ou « perdre », il est synonyme d'emploi. Doté d'une majuscule le Travail désigne, par opposition au Capital, la catégorie des travailleurs salariés.
- [3] † Genèse 3, 18-19.
- [4] † Genèse 2, 3.
- [5] † Genèse 1, 27-28.
- [6] † M. Weber, *Die protestantische Ethik und der « Geist » der Kapitalismus*, 1905, trad. fr. *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1964, 340 p. ; v. spéc. p. 83 s., les observations de Weber sur le mot allemand *Beruf* (tâche imposée par Dieu : profession, vocation) et ses équivalents ou absences d'équivalents dans les autres langues indo-européennes. Sur la place du travail dans la doctrine catholique, v. les textes pontificaux réunis par D. Maugenest in *Le discours social de l'Église catholique de Léon XIII à Jean-Paul II*, Paris, Le Centurion, 1985, 806 p. et spécialement les encycliques *Rerum novarum* (1891), p. 19 s., et *Laborem exercens* (1981), p. 652 s.
- [7] † « Les règles du tabou, écrit Freud, constituèrent le premier code de "droit". La vie en commun des humains avait donc pour fondement : premièrement la contrainte au travail créée par la nécessité extérieure, et secondement la puissance de l'amour, ce dernier exigeant que ne fussent privés ni l'homme de la femme, ni la femme de cette partie séparée d'elle-même qu'était l'enfant. Eros et Ananké sont ainsi devenus les parents de la civilisation humaine » in *Malaise dans la civilisation*, 1923, trad. fr. Paris, PUF, 1971, cité p. 51. V. la tentative de dépassement de cette analyse par H. Marcuse, *Eros et civilisation. Contribution à Freud*, Boston, 1955, trad. fr. Paris, Ed. de Minuit, 1963, 239 p.
- [8] † *Lavoro* (ital.) ou *labour* (angl. : au sens de la catégorie sociale), *Arbeit* (ail. : au sens de l'activité), *work* (angl. : au sens de l'activité) ou *Werk* (ail. : au sens de l'œuvre). Seul l'espagnol *trabajo* partage avec le français la racine latine du *trepalium* (instrument fait de trois pieux où l'on attachait les animaux pour les ferrer ; puis, par extension, instrument de torture : cf. Bloch et Wartburg, *op. cit.*, v^o « Travail »).
- [9] † Cf. J.-P. Vernant, *Mythe et pensée chez les Grecs*, Paris, Maspero, 1965, rééd. 1971, v. t. 2, chap. 4 : « Le travail et la pensée technique », spéc. p. 16 s.
- [10] † *Ibid.*, p. 41-43.
- [11] † Sur les corporations, v. Fr. Olivier-Martin, *L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime*, Paris, Sirey, 1938, 565 p., spéc. p. 81-299 ; sur la période médiévale, v. les travaux de J. Le Goff, *Pour un autre Moyen Age. Temps, travail et culture en Occident*, Paris, Gallimard, 1977, 422 p., spéc. p. 91-107.
- [12] † Cf. W.H. Sewell, *Work and Revolution in France. The language of labour from the Old Regime to 1848*, Cambridge University Press, 1980 ; trad. fr. *Gens de métier et révolutions. Le langage du travail de l'Ancien Régime à 1848*, Paris, Aubier-Montaigne, 1983, 423 p., v. p. 42-43.
- [13] † Cf. J.-P. Vernant, *op. cit.*, t. 2, p. 38. C'est Marx qui fera la théorie de ce « travail abstrait », notamment dans *l'Introduction générale à la critique de l'économie politique*, 1857 ; v. trad. fr. in *Œuvres. Économie*, Paris, Gallimard, La Pléiade, t.I, spéc. p. 258 s.
- [14] † Cf. la critique que fit Paul Lafargue de cette valorisation sans nuance du travail : *Le*

droit à la paresse, 1880, Paris, Maspero, 1973, 153 p. ; critique qui devait demeurer isolée et incomprise.

- [15] † Cf. K. Polanyi, *The great transformation*, 1^e éd. 1944, trad. fr. *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983, p. 106 s.
- [16] † A. Gorz, *Métamorphoses du travail. Quête du sens. Critique de la raison économique* Paris, Galilée, 1988, 303 p., v. p. 25 s.
- [17] † N. Salais, N. Baverez, B. Reynaud, *L'invention du chômage, Histoire et transformation d'une catégorie en France des années 1890 aux années 1980*, Paris, PUF, 1986, 267 p.
- [18] † M. Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, trad. fr. préc., v. p. 16 s. et p. 80.
- [19] † Cf. B. Garnier et J.-C. Hocquet (éd.), *Genèse et diffusion du système métrique*, Caen, Ed. du Lys, 1990, 191 p.
- [20] † W.F. Taylor, *The Principles of Scientific Management*, New York, 1911 ; trad. fr. *La direction scientifique des entreprises*, Paris, Dunod, 1957, nv. tirage 1971, 309 p. Sur l'influence du taylorisme v. L. Murard et P. Zylberman (dir.), « Le soldat du travail. Guerre, fascisme et taylorisme », *Recherches*, n^o 32/33, sept. 1978, 559 p.
- [21] † Cf. R. Salais, « L'analyse économique des conventions du travail », *Rev. écon.*, 1989, p. 199-240, spéc. p. 218.
- [22] † Cf. K. Polanyi, *op. cit.*, p. 107 s.
- [23] † Sur cette énigme, v. P. Legendre, *Le désir politique de Dieu. Etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, Paris, Fayard, 1988, p. 170 s.
- [24] † La troisième étant consacrée aux « actions » : *omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. Cette division tripartite du droit vient de Gaius ; v. le commentaire qu'en fait M. Villey, in *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, t.I, 1982, n^o 129, p. 211 s.
- [25] † Sur cette filiation de nos classifications juridiques fondamentales, v. Ph. Malaurie, *Introduction générale au droit civil* Paris, Cujas, 1991, p. 45 s.
- [26] † V. Decocq, *Essai d'une théorie générale sur la personne*, th. (droit), Paris, LGDJ, 1960 ; pour une critique de la distinction des choses et des personnes, v. M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, 388 p., v. p. 83 s. ; sur les problèmes contemporains de définition de la personne v. l'essai — daté, mais prémonitoire à certains égards — d'A. David, *Structure de la personne humaine*, Paris, PUF, 1955, 142 p.
- [27] † D'où viennent l'allemand : *Werk*, l'anglais *work*, et le radical français « ergo- (-nome, -nomie, -thérapie, etc.) ».
- [28] † Aristote, *La politique*, éd. Tricot, liv. I, 13, Paris, Vrin, 1982, p. 79-80.
- [29] † V. A. Descamps, « Sur l'expression "locare operas" et le travail comme objet de droit », *Mélanges Gerardin*, Paris, Sirey, 1907, p. 157-180 ; Carnellutti, « Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici II (Natura del contratto di lavoro) », *Riv. dir. com.*, 1913,1, p. 384-85 ; F.-M. de Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963.
- [30] † T.S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, Chicago, 1962 ; trad. fr. *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983, v. chap. 3, « La science normale, résolution des énigmes », p. 60 s.
- [31] † V. pour le droit positif français le *Traité de droit du travail* publié aux éditions Dalloz sous la direction de G.H. Camerlynck, 2^e éd. 1980-1988, 9 tomes ; G. Couturier, *Droit du travail*, Paris, PUF, 2 t., 2^e éd. 1993 ; B. Teysié, *Droit du travail*, Paris, Litec, 2^e éd. 1993 ; G. Lyon-Caen et J. Péliissier, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 16^e éd., 1992 ; J. Rivero et J. Savatier *Droit du travail*, Paris, PUF, 12^e éd. 1991. Et pour le droit comparé, deux encyclopédies permanentes : l'une bilingue français/allemand, *Droit du travail*, Paris, Ed. Techniques, coll. Jura-Europæ ;

l'autre en langue anglaise, *International Encyclopædia of labour law*, publiée sous la direction de R. Blanpain, Kluwer, Deventer.

[32] † L'œuvre de H. Kelsen est évidemment ici la première référence ! V. sa *Reine Rechtslehre*, Vienne, F. Deuticke, 1^{er} éd. 1934 ; trad. fr. *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1962, 496 p. La question a été renouvelée en Allemagne par les travaux de N. Luhmann et de G. Teubner. V. de ce dernier *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, 227 p. (trad. fr. *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993) et l'importante bibliographie des œuvres de Luhmann figurant dans cet ouvrage. En France, la réflexion sur la Référence est dominée par les travaux de P. Legendre, et not. ses *Leçons*, publiées aux éd. Fayard depuis 1983.

[33] † Cf. les Actes du colloque de Montpellier : B. Teyssié (dir.), *Faut-il brûler le code du travail ?*, *Droit social*, n^o spéc. juil.-août 1986, p. 559-604.

Chapitre préliminaire. Entre contrat et statut : une vue européenne de la relation de travail

Dans tous les systèmes juridiques européens, la fiction du travail abstrait a conduit à renouveler entièrement l'analyse juridique préindustrielle de la relation de travail. Rompant avec l'approche concrète des travaux et des œuvres, les juristes ont été amenés à conceptualiser cette relation en des termes nouveaux. Cela s'est opéré à un rythme et selon des formes différentes selon les pays, mais a partout conduit à l'invention du contrat de travail, c'est-à-dire à une synthèse originale des concepts de statut et de contrat. Celui-ci postule, tandis que celui-là exclut la volonté des sujets de droit dans la définition des liens qui les unissent. Ces catégories ont été en quelque sorte réusinées pour répondre aux questions soulevées par la relation de travail, et ajustées l'une à l'autre dans des montages dont la variété ne peut être saisie qu'en sortant du champ clos du droit privé français.

I - Les deux cultures

La conceptualisation juridique de la relation de travail s'est alimentée en Europe à deux traditions culturelles différentes — la romaniste et la germanique — dont elle a opéré d'une certaine manière la synthèse. La *culture juridique romaniste* connaissait la *locatio hominis*, variété de louage des choses, par laquelle un maître (*dominus*) concédait temporairement à autrui la jouissance d'un esclave moyennant rétribution. L'opération par laquelle un homme libre se mettait lui-même au service d'autrui — la *locatio operarum* — était exceptionnelle, et considérée comme avilissante. Elle fut conçue par les juristes romains sur le modèle de la *locatio hominis*. Cet homme libre, *locat se*, se loue lui-même, comme le maître loue son esclave, *locat servum* [1]. C'est sous une forme semblable qu'on la retrouve chez les juristes français d'Ancien Régime, comme Pothier, qui rangeait directement le louage de services parmi les différentes espèces de louage de choses [2]. Mais cette analyse n'a guère d'intérêt que doctrinal, à cette époque où la plupart des relations de travail s'inscrivent dans le cadre juridique et institutionnel des corporations de métier.

Les codes inspirés de l'idéologie révolutionnaire de 1789 vont au contraire donner à cette analyse contractuelle une place cardinale dans la conceptualisation juridique de la relation de travail. Il s'agit en effet pour eux de ruiner l'organisation corporative du travail. Face à la subordination personnelle et hiérarchique qui caractérisait cette organisation, l'analyse contractuelle permet d'affirmer la liberté individuelle du travailleur, en en faisant le négociant de sa propre force de travail. C'est ainsi que le code Napoléon, qui s'est appliqué non seulement en France, mais aussi en Belgique, au Luxembourg, en Italie, dans une partie de l'Allemagne, comme ensuite le code civil néerlandais de 1838, puis le code civil italien en 1865, et même encore le BGB allemand en 1896, se sont réappropriés le louage de services

romain, dont la tradition avait été gardée par les juristes [3]. Pour que ce contrat puisse servir à cette libération individuelle des travailleurs, il avait suffi de le sortir de la catégorie du louage des choses où le rangeait encore Pothier, et d'en faire une espèce autonome de contrat de louage, comme on le voit dans la taxinomie du code Napoléon [4]. Mais cette nouvelle classification ne doit pas masquer le fait que, dans cette culture juridique, la relation entre la personne et la chose prend le pas sur la relation entre les personnes qui caractérisait au contraire la culture corporatiste. Il faut en particulier admettre que le travailleur s'objective en un bien négociable — sa force de travail — conceptuellement distinct de sa personne, pour que soit possible le montage contractuel de la relation de travail, *i.e.* l'organisation juridique d'un échange dont ce bien constitue l'objet.

La culture romaniste a aussi dominé, quoique de façon très différente, la conception britannique de la relation individuelle de travail. La *common law*, on le sait, représente un rameau de la tradition romaniste, rameau qui s'autonomise à la période médiévale et échappe ainsi à la systématisation que vont connaître les droits continentaux. Du droit romain, la *common law* entretient en effet l'aspect procédurier, qui conduit à subordonner la reconnaissance d'un droit individuel à celle d'un droit d'agir en justice (*remedies precede rights*). A la différence des systèmes continentaux, qui ont construit une notion spécifique de contrat de travail à partir de la théorie générale du contrat, c'est la notion préindustrielle de « service » qui a fourni en Grande-Bretagne la pierre angulaire de la distinction du *contract of service* et du *contract for services*. La conceptualisation de la notion de contrat de travail a donc été un processus beaucoup plus long, opéré au cas par cas, et marqué par la répugnance à abandonner une définition concrète de la relation de travail, qui tient compte de la nature du service rendu. La distinction du *contract of service* et du *contract for service* a vu son importance croître au fur et à mesure du développement d'un droit légiféré, dont le champ d'application est le plus souvent cantonné aux *contracts of*

service.

Cette culture romaniste, telle qu'elle s'exprime dans les droits européens du XIX^e siècle, saisit donc la relation de travail comme une *opération d'échange* entre sujets formellement égaux, c'est-à-dire qu'elle place cette relation dans l'orbite du droit des obligations. Cette conceptualisation juridique de la relation de travail correspondait parfaitement à la pensée économique libérale, telle qu'elle s'est édifiée à partir du XVIII^e siècle, pensée qui a construit l'idée de marché, sur le principe du libre-échange entre individus formellement égaux [5]. L'*ancien droit germanique* est à la source d'une tout autre tradition. Ce droit connaissait, à côté de la relation de travail servile, un contrat de vassalité (*Treudienstvertrag*) par lequel un homme libre (*Gefolgsman*) se mettait au service d'un autre (*Gefolgsherr*), qui lui accordait en retour protection, aide et représentation [6]. Ce contrat faisait naître un lien personnel de fidélité réciproque, qui s'apparentait aux liens familiaux, et faisait participer ceux qu'il unissait à une même communauté de droits et de devoirs. Cette idée de lien personnel, et d'obligation de fidélité, se retrouvera naturellement dans l'organisation corporative, telle qu'elle se structure au Moyen Age et survit jusqu'à la révolution industrielle [7].

Cette tradition germanique s'est trouvée un moment éclipsée par la diffusion dans toute l'Europe continentale de l'approche romaniste telle qu'elle avait été revisitée par le code Napoléon. Encore à la fin du XIX^e siècle, et en Allemagne même, le premier projet de BGB expédiait, à la manière du code Napoléon, le contrat de louage de services en quelques articles, qu'il rangeait dans la section « Divers rapports d'obligation », à côté de la vente et des baux à ferme et à loyer. Mais c'est bien d'Allemagne cependant qu'est venue la critique des conceptions individualistes et contractuelles héritées du droit romain. Le grand juriste allemand Otto von Gierke a renoué avec les sources d'une culture juridique proprement germanique, en combattant à la fois l'individualisme abstrait venu de France et l'étatisme juridique hérité de Hegel. Pour Gierke, on ne peut penser juridiquement

l'individu indépendamment de la communauté à laquelle il appartient [8], et l'essence du droit ne peut donc être recherchée dans la volonté, qu'il s'agisse de la volonté individuelle ou de la volonté de l'Etat, car « la source dernière de tout droit est toujours la conscience commune (*Gemeinsbewusstsein*) » [9].

Cette critique de la tradition romaniste [10], et cette réhabilitation de la communauté comme source vivante du droit, ont joué un rôle fondamental dans la conceptualisation juridique de la relation de travail en Allemagne. Les idées de Gierke y ont dominé les débats doctrinaux, quelques auteurs défendant la tradition romaniste (not. Ph. Lotmar au début de ce siècle), tandis qu'un courant majoritaire (Potthoff et Sinzheimer, au début du XX^e, puis Siebert et Nikisch dans les années 20-40) développait plutôt des concepts issus du droit germanique, notamment ceux d'incorporation (*Eingliederung*) ou de « relation juridique d'appartenance personnelle à la communauté de travail » (*Personnenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis*) pour analyser juridiquement la relation de travail.

Dans sa version la plus radicale, cette conception aboutit à répudier la référence au contrat dans l'analyse juridique de la relation de travail. Cette dernière est alors conçue comme un rapport communautaire, qui prend naissance par le seul fait de l'intégration du travailleur dans la communauté de travail. C'est cette appartenance de fait (*Tatbestand*) à l'entreprise qui est la véritable source de la relation juridique de travail, c'est elle qui lui confère le statut de membre de cette communauté. Le travailleur salarié se trouve donc dans une position statutaire, et non pas contractuelle. Ce statut confère un ensemble de droits et d'obligations, dont la teneur dépend de la fonction qu'occupe le travailleur au sein de la communauté. Cette version radicale de la conception institutionnelle et communautaire, telle que la soutenait par exemple Nikisch [11], n'a pas été défendue par tous les juristes allemands. Mais elle a dominé la pensée allemande dans la mesure où les débats sur la relation de travail se sont ordonnés autour d'elle, la question se posant de savoir comment, et jusqu'à quel point,

réintroduire le contrat dans le jeu de cette analyse de la relation de travail.

Cette culture juridique germaniste saisit donc la relation de travail comme une *situation d'appartenance personnelle à une communauté*, et place ainsi cette relation dans l'orbite du statut des personnes. Par opposition à l'analyse contractuelle, qui privilégie le rapport des hommes aux choses pour rendre possible l'échange d'un travail ainsi objectivé contre du salaire, cette culture germaniste restitue au rapport entre les personnes la place première qui était la sienne dans l'analyse juridique préindustrielle de la relation de travail.

L'influence de ces deux cultures est visible aussi bien dans les droits internes [12] qu'en droit communautaire.

Il n'est pas de pays d'Europe où la conception de la relation de travail n'ait été influencée, à des degrés divers, par chacune de ces deux cultures, romaniste et germanique. Il est inutile de revenir ici sur l'influence, déjà évoquée, qu'a pu exercer le code Napoléon dans l'ensemble de l'Europe continentale tout au long du XIX^e siècle. De son côté la doctrine allemande a eu une influence considérable, de la fin de ce siècle jusqu'à la seconde guerre mondiale, sur de nombreux autres pays européens. Il est possible de relever dans la plupart des pays le jeu de ces influences respectives.

Le code civil italien de 1942 traduit ainsi une tentative de déplacement de l'analyse de la relation de travail du contrat vers le statut. Ce n'est pas en effet le contrat de travail qui s'y trouve défini ; c'est le travailleur. Aux termes de l'article 2094 du code civil, « le travailleur subordonné est celui qui s'oblige, moyennant rémunération, à collaborer dans l'entreprise en fournissant son travail intellectuel ou manuel au service et sous la direction de l'entrepreneur ». Plus généralement, ce code visait à détacher la relation de travail du droit des obligations (traité dans le livre « Des obligations »), en lui consacrant un livre distinct (intitulé « Du travail »). Voilà pourquoi ce code de 1942 contient bien d'autres manifestations de l'influence germanique, comme par exemple l'article 2104 prévoyant que le

travailleur doit faire preuve de la diligence exigée par « l'intérêt de l'entreprise », ou bien les articles 2085 et suivants, définissant l'employeur comme « chef », et lui conférant le droit d'interpréter cet intérêt de l'entreprise, sous le contrôle de l'Etat.

La doctrine italienne s'accorde aujourd'hui à voir dans la primauté ainsi accordée à l'aspect personnel de la relation de travail sur son aspect patrimonial un simple hommage rendu par le législateur fasciste au concept germanique de communauté d'entreprise, hommage plus formel que substantiel, et qui serait resté sans grande conséquence sur la structure juridique d'ensemble de la relation de travail, qui demeure de nature contractuelle [13]. Le contrat demeure donc le fondement du droit du travail italien, mais, comme l'observe Mengoni lui-même : « le rapport de travail tend à devenir indépendant de la source contractuelle ; sa réglementation ne se ramène plus à la logique de l'échange, mais elle est complétée par une série de situations juridiques découlant de la participation du travailleur à l'organisme de travail dirigé par l'employeur » [14].

Il serait donc par trop réducteur de limiter l'influence de la culture germanique à l'aspect politique et conjoncturel de la période fasciste. C'est dès le début du XX^e siècle que les juristes italiens, qui n'avaient pas les réflexes hégémoniques de leurs homologues français ou allemands, se sont également ouverts aux conceptions dominantes dans ces pays. Cette ouverture explique pourquoi la pensée juridique italienne demeure en Europe celle qui a perçu avec peut-être le plus d'acuité et de finesse la complexité de la notion juridique de relation de travail, en la situant au confluent du droit des biens et du droit des personnes [15]. Et elle doit sans doute beaucoup de sa qualité au fait qu'elle est entrée très tôt en dialogue avec les deux cultures romaniste et germanique, dont elle a su opérer une synthèse originale. Au travers de ce modèle italien, la conception personnelle et communautaire a exercé une influence sur d'autres pays latins, comme par exemple le Portugal ou l'Espagne. Ainsi le droit portugais a été, jusqu'à la chute du régime corporatiste, fortement marqué par

l'exemple du code civil mussolinien, même s'il ne lui a jamais emprunté sa définition du travailleur et est demeuré fidèle à une définition contractuelle.

Le cas des Pays-Bas est également révélateur de ce croisement des influences germanique et romaniste. Soumis de force, puis de gré, au code Napoléon jusqu'en 1838, les Pays-Bas avaient conservé dans le code civil dont ils se sont dotés cette année-là la conception purement contractuelle du louage de services. Lorsque les insuffisances de ce cadre juridique sommaire éclatèrent, une « loi sur le contrat de travail » fut adoptée, à l'issue d'un long et intense travail d'analyse et de réflexion comparative. Cette loi du 13 juillet 1907 constitue aujourd'hui encore la base du droit du travail néerlandais. Bien que ses dispositions essentielles figurent toujours dans le livre du code civil consacré aux obligations, elles ont eu pour principal objet de tenir compte de la personne du travailleur, et de ses intérêts, abstraction faite du travail en tant que tel. Nourrie des expériences étrangères, tout en demeurant éloignée de tout esprit de système, cette loi a donc opéré une pondération de l'analyse contractuelle, en prenant en compte l'élément personnel de la relation de travail. On en retiendra par exemple les articles 1639 d et 1638 z du code civil, qui introduisent l'obligation de se comporter en « bon travailleur » ou en « bon employeur ». Ces notions cadres ont rendu par la suite inutile le recours aux théories allemandes de l'intégration (*Eingliederung*) pour forcer au respect de valeurs non patrimoniales dans la relation de travail [16]. L'idée que la relation de travail ne se réduit pas à un contrat d'échange, mais qu'elle induit aussi un rapport de coopération, est donc bien présente dans la culture juridique néerlandaise.

En France même, la doctrine allemande a été largement accueillie en doctrine, notamment au travers de la théorie institutionnelle de Paul Durand, l'auteur du premier grand traité français de droit du travail. Se réclamant très explicitement de la doctrine allemande, Paul Durand s'est attaché à « la transposition, en droit français, des principes sur lesquels repose la théorie de la relation de travail » [17]. Il proposait

d'opérer cette transposition en recourant au concept d'institution, familier du droit français, et en procédant à une « combinaison du contrat et de l'institution » [18]. Pour lui en effet, il était impossible d'enfermer la relation de travail dans une notion juridique unitaire, et la définition de cette relation devait emprunter à la fois au contrat et à l'institution, *i.e.* aux deux cultures romanistes et germaniques. Les idées de Paul Durand, qui pouvaient s'appuyer sur la critique en règle de l'analyse contractuelle à laquelle s'était livré vingt ans plus tôt Georges Scelle [19], ont été l'occasion d'intenses débats doctrinaux [20]. Elles ont aussi connu d'incontestables échos dans la loi (v. par exemple les lois sur la participation des travailleurs) et dans la jurisprudence, qui a notamment développé sur cette base des notions telles que l'« intérêt de l'entreprise » [21] ou le pouvoir « inhérent à la qualité de chef d'entreprise », notions qu'elle utilise dans des domaines aussi divers que le droit de grève, le droit disciplinaire ou le droit du licenciement. La même influence se retrouve dans le cas de la Belgique, où les conceptions statutaire ou institutionnelle ont fortement marqué les débats doctrinaux et jurisprudentiels en droit du travail, sans toutefois parvenir à supplanter l'analyse contractuelle de la relation de travail [22]. La notion de contrat de travail ou de relation de travail est ainsi dans nombre de pays de la Communauté le fruit d'une combinaison des cultures juridiques romaniste et germanique, ou, pour parler plus simplement, d'une combinaison des notions d'échange et de lien personnel. Cette combinaison s'est effectuée sur des modes et dans des proportions variées, ce qui rend partiellement compte de la diversité des droits des pays considérés.

La situation du *droit communautaire* [23] est sensiblement différente. Il n'est pas le fruit d'une aussi longue histoire, et surtout, au lieu d'être enraciné dans une culture nationale déterminée, il vise à surmonter la diversité de ces cultures. Ce souci d'œcuménisme explique largement pourquoi le traité de Rome et le droit dérivé font appel aux notions de travailleur salarié, de contrat de travail ou de relation de travail, mais

sans définir jamais ces notions.

Le Traité évoque ainsi les *travailleurs* à propos des objectifs du Fonds social européen (art. 3), de la libre circulation [24], de la sécurité sociale des travailleurs migrants (art. 58), de l'hygiène et de la sécurité du travail (art. 118 A), et de l'égalité de rémunération entre les sexes (art. 119), les *travailleurs salariés* à propos de la règle de l'unanimité (art. 100 A), la *main-d'œuvre* à propos des objectifs de la politique sociale (art. 117), les *activités non salariées* à propos du droit d'établissement (art. 52), les *services* à propos de leur libre circulation [25]. Les mêmes expressions se retrouvent dans le droit dérivé, qui use aussi des notions d'*activité salariée* [26], d'*activité professionnelle* [27], de *personne employée par un employeur* [28], et de *contrat de travail ou relation de travail* [29]. La Charte des droits sociaux fondamentaux ajoute à ce glossaire les notions de *profession* et de *métier* [30], de *vie active* [31], et de *vie professionnelle* [32].

Il est remarquable que cette terminologie mette l'accent sur la personne du travailleur, plutôt que sur le rapport juridique de travail. C'est que le salarié a d'abord été saisi en droit communautaire au travers de la logique de l'unification du marché du travail, c'est-à-dire en tant qu'opérateur économique sur ce marché. L'objectif principalement poursuivi a été, et demeure, l'organisation d'un « grand marché » du travail. Cette idéologie économique, qui est à la base du Traité, explique notamment la place prééminente du principe d'égalité (égalité entre les nationalités et égalité entre les sexes) en droit social européen. Il s'agit principalement d'éviter les distorsions juridiques de nature à entraver la libération de la main-d'œuvre sur la marché européen du travail. Le fait que la terminologie communautaire se réfère au travailleur plutôt qu'au contrat de travail ne doit donc pas être interprété comme une préférence accordée à une analyse statutaire du rapport de travail, mais bien au contraire comme une réduction du salarié à sa qualité d'offreur de services sur le marché européen.

L'étude de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés

(CJCE) confirme cette analyse. La CJCE souligne ainsi que le principe de libre circulation ne garantit que « des personnes exerçant ou souhaitant exercer une *activité économique* » [33]. Cette considération éclaire la jurisprudence constante selon laquelle la notion de travailleur au sens de l'article 48 « doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail, en considération des droits et devoirs des personnes concernées, et la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération » [34]. L'idée d'échange économique (prestations de travail contre rémunération) est première, et la notion de travailleur lui est subordonnée.

Et cependant la perspective statutaire n'est pas absente du droit communautaire. On pourrait facilement la montrer à l'œuvre dans les directives « transferts d'entreprise » [35], « licenciements collectifs » [36], ou « insolvabilité des employeurs » [37]. Mais il est encore plus significatif de voir son influence dans le domaine même de la libre circulation, c'est-à-dire au cœur de la logique de marché. L'idée de mobilité de la main-d'œuvre, inhérente à cette logique de marché, implique en effet qu'on se préoccupe non seulement de garantir l'égalité entre ressortissants communautaires dans l'exercice de l'activité salariée, mais encore de l'égalité d'accès à cette activité. C'est le sens de l'article 48 lorsqu'il affirme le droit de « répondre à des emplois effectivement offerts », de « se déplacer à cet effet librement » et de « demeurer (...) sur le territoire d'un Etat membre après y avoir occupé un emploi », et de l'article 51 lorsqu'il prescrit d'assurer aux travailleurs migrants la continuité de leurs droits à prestation de sécurité sociale.

Cette nécessité de faire prévaloir la logique de marché du travail sur les règles de la nationalité a conduit la Cour de Justice à adopter du travailleur une définition large, qui déborde les seules périodes de travail effectif pour englober les périodes de formation professionnelle

ou de recherche d'emploi. C'est le sens du célèbre arrêt *Unger* du 19 mars 1964, affirmant qu'en matière de libre circulation, le Traité n'a pas « entendu protéger restrictivement le seul travailleur actuel », mais qu'il tend « logiquement à protéger aussi celui qui, ayant quitté son emploi, est susceptible d'en occuper un autre » [38]. Le même arrêt admettait que doivent être considérés comme des travailleurs ceux que leur droit interne a autorisés à adhérer à la sécurité sociale des salariés, dès lors que cette possibilité est ouverte au motif « d'une part qu'ils possédaient antérieurement la qualité de "travailleur", d'autre part qu'ils sont susceptibles d'acquérir à nouveau cette qualité ». Comme l'observe Gérard Lyon-Caen, « le travailleur salarié est ainsi caractérisé par la Cour de justice, non par le *contrat*, mais par la *profession* ; non par la seule *activité subordonnée* mais aussi par la *couverture sociale* » [39]. Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a confirmé cette orientation en atténuant la portée de la distinction entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants. Cette atténuation a résulté d'une part de la transposition au plan communautaire des techniques d'assimilation au salariat qui se sont développées dans la plupart des systèmes de sécurité sociale à base professionnelle [40], et d'autre part de l'élargissement de la notion de travailleur au cas de ceux qui ont occupé successivement des emplois salariés et indépendants [41]. Cela signifie que la qualité de travailleur au sens des règles de coordination communautaire de sécurité sociale est une qualité inhérente à la personne de celui qui vit de son travail et est assuré à ce titre en droit interne. Elle ne se perd donc ni par une interruption momentanée d'activité, ni même par un changement de la nature — dépendante ou indépendante — de cette activité, dès lors que le travail indépendant est assimilé au travail dépendant par la législation nationale. Cette continuité de la qualité de travailleur, reconnue indépendamment de la discontinuité et de la nature exacte des différents contrats par lesquels le travailleur engage ses services, est le corollaire nécessaire de l'idée de continuité et de généralité de la protection sociale qui caractérise tous les systèmes européens.

Cette conception professionnelle du travailleur est très significative d'une tendance plus générale, qui se retrouve dans la terminologie de la Charte des droits sociaux fondamentaux. Figurent dans cette Charte des notions — telles que *métier*, *vie active*, ou *vie professionnelle* — qui se réfèrent davantage à une identité professionnelle qu'à un échange économique. De même la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes concerne l'accès à l'emploi, la promotion et la formation professionnelle [42], *et vise par là même la personne et sa biographie professionnelle plus que le contrat de travail*. C'est dire que l'idée d'une définition statutaire du travailleur salarié est aussi présente en droit communautaire, concurremment à la définition contractuelle.

II - L'insertion du statut dans le contrat

Du point de vue doctrinal, la controverse entre les deux cultures, romaniste et germanique, semble close, dans un sens favorable à l'analyse contractuelle. Ce point a été vigoureusement et longuement argumenté dans le rapport de synthèse établi pour le compte de la CECA en 1964 sur le contrat de travail dans l'Europe des Six. Selon ce rapport, la théorie allemande de la relation de travail est une conception « très largement dépassée par le mouvement de l'histoire et liée à une philosophie politique condamnée » ; elle est aussi condamnée par « l'inconsistance de la construction de l'entreprise comme communauté de travail ». Et de conclure : « Il est certes normal d'insister sur le caractère personnel du lien obligatoire, sur l'*intuitus personae* qui préside parfois à la formation de ce lien et sur certaines obligations accessoires en découlant. Mais le *vinculum juris* reste essentiellement un lien d'obligation traditionnel, tel qu'on le rencontre dans les contrats d'échange » [43].

La question semble donc réglée, du moins si on la réduit au problème de la source de la force obligatoire du rapport de travail. Il est unanimement considéré qu'un accord de volonté initial est nécessaire à la formation régulière du rapport de travail salarié. Autrement dit, c'est toujours sur l'idée de contrat que se trouvent fondées les obligations respectives des parties à la relation de travail. On peut de la sorte donner une portée européenne à l'observation de Mengoni selon laquelle « le rapport de travail n'a pas toujours l'allure d'un rapport d'organisation, ou en d'autres termes d'un rapport institutionnel, tandis que l'on trouve dans tous les cas l'élément originaire que constitue l'échange du travail contre une rémunération » [44].

Mais on ne peut non plus perdre de vue que ce maintien de l'analyse contractuelle n'a été possible qu'au prix d'une mutation complète de la vieille notion de louage de services. Autrement dit l'analyse

contractuelle du rapport du travail n'a pu survivre dans les différents systèmes juridiques européens qu'en incorporant certains aspects de la conception germanique, et tout d'abord la reconnaissance de la dimension personnelle de l'engagement du travailleur. C'est, dans les perspectives tracées par Lotmar dès le début du siècle [45], la notion de contrat de travail qui a servi à faire entrer dans le cadre d'un rapport d'échange les valeurs extra-patrimoniales attachées à la personne du travailleur. Cette notion de contrat de travail n'a pas fait disparaître l'élément personnel et statutaire dont la conception germanique était porteuse. Bien au contraire elle s'est nourrie de cet élément en l'acclimatant au cadre du contrat. Et c'est par cette assimilation que le contrat de travail, par opposition à l'étiqque contrat de louage de services (que l'on songe aux deux articles que lui consacrait le code Napoléon !), est devenu la forme juridique obèse que nous connaissons aujourd'hui, surchargé de droits légiféré, conventionnel et jurisprudentiel. En somme, en englobant son contraire [46], le contrat de travail a opéré la synthèse de ce que les juristes ont perçu jusqu'au milieu de ce siècle comme une antithèse, la synthèse des conceptions romaniste et germanique du rapport de travail. Sans doute cette synthèse n'est-elle ni stable, ni uniforme, elle n'a pas été opérée de la même manière selon les pays. Mais elle se retrouve à l'œuvre dans chacun d'entre eux.

S'agissant de l'Allemagne, G.-H. Camerlynck reconnaissait que seul le droit allemand « se refuse à identifier le rapport de travail à un rapport d'échange, tout en le faisant découler du contrat synallagmatique de travail. Il reste fidèle à cette idée d'un rapport régi par le droit des personnes ou de type communautaire » [47]. L'observation n'a rien perdu de son actualité. Elle signifie que si la conception personnelle et communautaire de la relation de travail n'est pas retenue comme technique juridique de définition du travail salarié, ce rôle étant joué par le contrat, elle irrigue en revanche le contenu donné à ce contrat. Ainsi, dans la définition même du contrat de travail, l'élément personnel de la relation de travail se trouve intégré, au travers de la

notion de subordination personnelle (*persönliche Abhängigkeit*) qui se distingue ainsi de la notion française de subordination juridique. A cette idée de subordination personnelle se rattachent des notions comme celle de devoir de fidélité (*Treuepflicht*) du salarié, et celle, qui lui est réciproque, de devoir d'assistance (*Fürsorgepflicht*) qui pèse sur l'employeur. Et de ces devoirs on déduit nombre de devoirs secondaires qui ne pourraient normalement ressortir au droit des obligations.

Le cas britannique offre un type de synthèse tout à fait différent. Le droit du travail s'y est développé principalement dans le cadre d'une négociation collective que le Parlement a mis à l'abri de la *common law* et du pouvoir des juges. Mais c'est tout de même la notion, venue du *common law*, de *contract of services* qui sert à donner une force juridiquement obligatoire aux stipulations des conventions collectives. Ces conventions demeurent en effet d'un point de vue formel, des *res inter alios acta* pour les individus parties au contrat. Le passage de la pratique conventionnelle au droit des obligations individuelles est opéré en recourant à la notion d'incorporation par le contrat des dispositions des conventions collectives [48]. Cette incorporation n'est pas suspendue à une référence explicite du contrat individuel à la convention collective. Elle correspond à la *common law*, qui donne effet à la coutume dans l'analyse de la volonté des parties à un contrat. La convention collective intervient donc ici au même titre que les *customs and practices*, dont le juge admet également l'incorporation dans le contrat. Au travers de ce mécanisme spécifique de l'incorporation, la structure contractuelle est donc en mesure d'absorber l'ensemble des règles professionnelles (conventions collectives et usages) qui échappent à la logique de l'échange et du droit des obligations. Comme l'observait Otto Kahn-Freund, l'esprit médiéval d'une organisation fondée sur le métier demeure présent dans un tel système : « The guild spirit is présent » écrivait-il [49]. Dans le cas des pays latins (France, Italie, Espagne, Portugal), l'absorption par le contrat des valeurs personnelles inhérentes à la

relation de travail s'est encore opérée d'une autre manière [50]. Le droit du travail y a été dominé par le rôle éminent conféré à la puissance publique dans la réglementation de la relation de travail. La clé de voûte du droit du travail français demeure par exemple la notion d'ordre public social, qui implique d'une part une hiérarchie des normes du travail, et d'autre part un principe de faveur pour les salariés, exclusif de toute dérogation contractuelle *in pejus* aux règles légales (ordre public social) ou aux dispositions des conventions collectives (hiérarchie des sources conventionnelles). Le domaine de ces règles d'ordre public s'étend à presque tous les aspects de la relation de travail : la réglementation de l'hygiène et de la sécurité, la fixation des salaires, la limitation de la durée du travail, etc. La notion de contrat peut donc rester dans un tel système la pierre angulaire de la définition juridique de la relation de travail, puisque ce contrat « incorpore » en quelque manière une bonne partie du dispositif légal qui forme le droit du travail. Le contrat de travail acquiert ainsi cette vertu de doter le salarié d'un véritable « statut ». Pour reprendre l'expression de Georges Scelle, le contrat joue le rôle d'un « acte-condition » qui déclenche l'application d'un ensemble systématique de normes, indépendamment de la volonté des parties à ce contrat. Cette insertion d'un statut social dans le contrat de travail est parfaitement exprimé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française, lorsqu'elle décide que « la seule volonté des [parties au contrat] est impuissante à soustraire des travailleurs au *statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche* » [51]. Le cas danois représente encore un autre type de synthèse possible de la conception contractuelle et de la conception statutaire de la relation de travail. On s'y accorde pour considérer que la relation de travail salarié est fondée sur un accord des volontés, *i.e.* sur un contrat. Mais l'essentiel est du côté des conventions collectives, tout le droit du travail découlant en fin de compte de la norme conventionnelle fondamentale conclue en 1899 (dit « Accord de septembre » : *Septemberforlig*). D'un point de vue juridique, on considère que les

dispositions des conventions collectives font partie intégrante du contrat individuel de travail dès leur entrée en vigueur, et qu'elles se substituent de plein droit aux stipulations contraires de ce contrat. Ce système cumule donc l'idée d'incorporation des dispositions de la convention collective au contrat individuel de travail, comme en droit anglais, et l'idée de hiérarchie des sources du droit du travail, comme en droit français. La convention collective est au cœur du système, mais à la différence de la Grande-Bretagne, sa force obligatoire est garantie par l'Etat. Le résultat, ici encore, est que dans un cadre qui demeure juridiquement contractuel a pu se développer un système de normes du travail tout à fait étranger à la logique symallagmatique du droit des obligations.

Sans qu'il soit besoin de multiplier ici les exemples, il est donc clair que la problématique des deux cultures, romaniste et germanique, n'a rien perdu de son actualité, et que la synthèse de ces deux cultures est une caractéristique commune à tous les pays européens. Ce point a été souvent obscurci par les références historiques et idéologiques qui s'attachent à l'une et à l'autre de ces manières de voir. Le droit des obligations renvoie à une idéologie individualiste et libérale, qui postule la liberté et l'égalité des individus et affirme la primauté de l'individu sur le groupe, et de l'économique sur le social. Le droit des personnes (constitué au premier chef par le droit de la famille) renvoie à une idéologie communautaire, qui postule la hiérarchie des parents et des enfants, et affirme la primauté du groupe sur l'individu, et du social sur l'économique. D'où ces concepts qu'on voit s'opposer terme à terme : « égalité / hiérarchie », « *societas* / *universitas* », « association / corporation [52] », « contrat / statut », « *Gesellshaft* / *Gemeinschaft* », « individualisme / holisme », etc. Le choix de telle ou telle expression a donc pu servir à magnifier ou au contraire à stigmatiser telle ou telle orientation de politique sociale. Derrière la vogue actuelle du contractualisme, on peut lire ainsi le triomphe de l'idéologie libérale, de la même manière que la référence à la notion allemande de « relation de travail » évoquait il y a vingt ans une « philosophie

politique condamnée » par l'histoire [53].

Mais il faut essayer de garder quelque recul vis-à-vis de ces apparentements idéologiques. Ces couples de concepts antinomiques répondent en réalité à une ambivalence structurelle de la relation de travail, ambivalence qu'il est impossible d'éradiquer. Le travail humain se trouvant toujours au point de rencontre de l'homme et des choses, le juriste hésitera toujours à le ranger sous le droit des personnes ou sous le droit des biens, et ne pourra jamais éluder totalement l'un ou l'autre de ces aspects. Il y aura donc toujours une tension, un équilibre plus ou moins stable dans la définition du rapport de travail salarié, entre d'une part l'idée d'échange de travail contre de l'argent, qui renvoie aux catégories de pensée du droit des obligations, et d'autre part l'idée de subordination de la personne, qui renvoie aux catégories de pensée du droit des personnes.

Pour clarifier les termes de cette ambivalence, la terminologie choisie ici est celle de l'opposition du statut et du contrat. Elle a l'avantage de reposer sur des concepts juridiques au sens assez précis, et d'éliminer autant que faire se peut les relents idéologiques qui s'attachent aux autres formes d'expression de la même idée. En particulier, le terme de *statut* implique seulement un état de la personne du salarié, *i.e.* un ensemble de droits et de devoirs défini indépendamment de sa volonté (par la loi, la convention collective ou les usages), et ce terme ne présume donc pas l'existence sociologique d'une communauté où cet état prendrait sens [54]. Le couple contrat/statut ne doit pas non plus être entendu dans le sens d'une quelconque loi historique de passage de l'un à l'autre [55], mais bien au contraire comme moyen de saisir l'ambivalence structurelle qui caractérise le droit du travail.

Usant de cette terminologie, il est possible de conclure sur ce point que, dans tous les pays de l'Europe communautaire, c'est le contrat qui a servi de cadre à la définition juridique de la relation de travail, mais que ce maintien du cadre contractuel n'a été possible qu'au prix d'une absorption par le contrat d'un statut du travailleur salarié, statut qui se trouve défini à des degrés divers par la loi, la jurisprudence, la

convention collective ou les usages. Cet agencement a été réalisé sous des formes différentes selon les pays, mais il a partout conduit à définir un rapport de travail salarié, dont la teneur juridique n'est réductible ni à une logique purement contractuelle et marchande ni à une logique purement statutaire et personnelle. Mais la combinaison ainsi opérée n'a rien de stable. Tout indique au contraire qu'elle est aujourd'hui profondément remise en question par les transformations qui ne cessent de parcourir la relation de travail.

III - Les nouveaux déséquilibres

Cette manière européenne de penser la relation de travail, comme insertion d'un statut dans un contrat, a permis d'étendre l'empire du travail abstrait, en favorisant l'unification du statut de travailleur salarié, et la disparition progressive des distinctions assises sur la prise en considération de l'objet concret de la prestation de travail. Mais l'hétérogénéité de cet empire, et les politiques de flexibilisation qui y sont conduites, jouent aujourd'hui dans le sens d'une balkanisation des formes d'emploi, et d'une promotion du contrat dirigée contre le statut acquis par les salariés. Loin d'être un lieu d'équilibre, le droit du travail est plus que jamais parcouru par des forces contradictoires, d'unification d'un côté, et de fragmentation de l'autre.

Le cas le plus exemplaire de la tendance à l'*unification* du statut de travailleur est le sort réservé aux anciennes distinctions entre cols bleus et cols blancs, ouvriers et employés. Cette distinction a été importante dans la constitution du droit du travail de tous les pays européens. Les employés ont d'une manière générale été les premiers à jouir des principales garanties constitutives du droit du travail, les premiers à avoir des congés payés, à être payés au mois, à être augmentés à l'ancienneté, etc. Ils représentaient en somme l'avant-garde d'une conception plus statutaire de la relation de travail, où l'adhésion personnelle à l'entreprise, et les devoirs qui s'y attachent, vont de pair avec des droits et garanties reconnues par elle. Ce statut privilégié se manifeste encore dans certains systèmes juridiques [56]. Mais la tendance est partout à l'effacement des différences de traitement entre ces diverses catégories. Une bonne illustration de cette tendance est fournie par la loi du 24 mai 1989 relative au contrat de travail qui a été adoptée au Luxembourg. Ce texte rompt avec la discrimination, traditionnelle dans ce pays, des cols bleus et des cols blancs, pour leur appliquer un statut légal unifié. Et dans plusieurs pays où elle subsiste formellement, comme par exemple en Belgique,

en Allemagne (distinction des *Arbeiter* et des *Angestellte*) ou en Italie (distinction des *impegiati* et des *operai*, dans l'article 2095 du code civil), cette distinction a perdu une grande part de son importance pratique en raison de l'extension progressive aux ouvriers des avantages jadis réservés aux ouvriers.

La même tendance s'observe, il est vrai à un moindre degré, vis-à-vis de catégories de salariés qui ont été pendant longtemps écartées du champ d'application normal du droit du travail, en raison de la nature de leur activité. Cette persistance d'une casuistique du travail concret est par exemple visible en Grèce, où plusieurs catégories sont exclues totalement ou partiellement du champ d'application du droit du travail en raison de la nature de leur tâche : travailleurs agricoles, pêcheurs, travailleurs à domicile, employés de maison, etc. Si la liste de ces catégories ne varie guère d'un pays à l'autre (on y retrouve presque invariablement les marins [57], les dockers, les travailleurs agricoles, les employés de maison), il n'en va pas de même de la manière dont elles sont juridiquement appréhendées. Dans les systèmes juridiques où la tendance à l'unification du concept de contrat de travail est la plus forte, comme par exemple en France, au Portugal, en Espagne ou en Allemagne, on y voit des variétés de salariés auxquels on s'efforce d'appliquer le droit commun du travail dans la mesure compatible avec la spécificité de leur tâche. Dans les systèmes où domine en revanche une approche casuistique, la tendance est plutôt de les soumettre à des statuts spéciaux. C'est le cas, nous l'avons vu, au Danemark qui soumet à des lois spéciales les domestiques et les salariés agricoles, ou les marins. Mais c'est aussi le cas au Royaume-Uni dont le droit ne retient plus la distinction des cols bleus et des cols blancs, mais qui possède en revanche une série de régimes juridiques spéciaux pour des travailleurs tels que les marins, les dockers, les travailleurs agricoles, les employés de maison, etc. Cette tendance à l'autonomisation de leur statut s'est parfois heurtée au droit communautaire, et l'on se souvient par exemple que la Cour de Luxembourg a été amenée à condamner la législation anglaise

écartant les employés de maison du champ d'application du principe de l'égalité sexuelle [58].

Quelle que soit la méthode employée (application directe du droit commun du travail, ou reprise de ses dispositions dans des statuts spéciaux), la tendance générale en Europe est cependant de rapprocher la situation juridique de ces catégories spéciales de travailleurs de celle des autres travailleurs salariés.

A mesure que reculent ainsi d'anciennes divisions fondées sur la nature des tâches et la référence au travail concret, on voit surgir de nouvelles sources de fragmentation juridique du monde du travail. Cette fragmentation s'observe aux deux extrémités de la hiérarchie des salariés : vers le bas par le développement du travail atypique, et vers le haut par l'apparition de cette figure curieuse qu'est le « dirigeant salarié ». L'aspect le plus préoccupant de cette évolution est d'étendre les garanties du droit du travail là où elles paraissent le moins nécessaires, et de les retirer là où leur nécessité ne fait pas de doute.

Le développement de ce qu'on appelle les *formes atypiques d'emploi* a donné lieu à une quantité impressionnante d'études, qu'il n'est pas utile de reprendre ici [59]. Cette tendance à la diversification a pu s'exprimer aussi bien dans des systèmes où domine une conception systématique du contrat de travail que dans ceux où domine l'approche casuistique. Le droit espagnol est caractéristique de la première situation. La réforme du statut des travailleurs adoptée le 2 août 1984 a ouvert un éventail de seize formes de contrat de travail différentes. Le trait commun de ces variétés contractuelles est d'alléger les contraintes légales inhérentes au contrat de travail typique, soit dans un but de flexibilisation de la gestion des entreprises, soit dans un but d'insertion sociale ou de formation professionnelle [60]. Tous ces contrats n'en demeurent pas moins des variétés d'une même catégorie juridique. La situation espagnole ne fait sur ce point que révéler une tendance qui se retrouve dans tous les pays ayant une conception systématique de la notion de contrat de

travail. Lorsque la liste des contrats atypiques ne figure pas dans un tel « menu » de *self service* contractuel, ces contrats n'en sont pas moins présents dans les droits de ces pays, et la France connaît par exemple un éventail de relations atypiques d'emploi au moins aussi large. En Grande-Bretagne en revanche la diversification des formes d'emploi a emprunté une voie différente, en rejetant hors de la qualification du contrat de travail toute une série d'emplois atypiques, considérés comme des formes de *self-employment* [61]. Cette méthode est évidemment liée à la casuistique propre à ce pays. Mais elle ne conduit pas à des résultats radicalement différents. La même démonstration pourrait être faite à propos de la technique des seuils (d'effectifs, d'ancienneté, d'horaires, etc.), qui peut conduire soit à l'exclusion de la qualification du salariat dans les systèmes « casuistiques », soit à l'exclusion de l'essentiel du bénéfice de cette qualification dans les systèmes unitaires.

La fragmentation du modèle contractuel s'observe également vers le haut de la hiérarchie du travail, avec la reconnaissance de la catégorie des « *dirigeants salariés* ». La notion de subordination, qui demeure au cœur de la définition du contrat de travail dans tous les pays européens, devrait conduire à exclure les dirigeants d'entreprise de la catégorie des salariés. Mais l'organisation hiérarchique des relations de travail fait de la plupart des *managers* à la fois des chefs et des subordonnés. Toute fonction qui s'inscrit ainsi dans la hiérarchie répond au critère de la subordination, puisque celui qui la remplit est soumis à des ordres. Ces fonctions ont une nature ambivalente, qui s'exprime dans les dispositions particulières que les droits internes réservent généralement aux *managers*, même s'il n'y a pas de difficulté de principe à leur reconnaître la qualité de salariés. Mais cette situation peut poser de délicats problèmes de seuils en haut de la ligne hiérarchique, là où des « salariés » (les cadres dirigeants) exercent tout ou partie des fonctions patronales. Peut-on y voir encore véritablement des salariés ? La tendance a été de forger à leur intention un statut spécial, de « dirigeant salarié », qui tient compte

du pouvoir qu'ils exercent en fait (par exemple dans le domaine des institutions représentatives ou de l'organisation des juridictions du travail [62]) tout en sauvegardant la qualification de leur contrat de travail. Le problème culmine lorsqu'il s'agit de cumuler un mandat social de dirigeant d'entreprise avec un contrat de travail. Ce contrat peut notamment avoir pour effet de conforter la position dirigeante de son titulaire, en rendant plus difficile sa révocation. Il semblerait donc logique d'exclure un tel cumul. Cependant la tendance générale semble avoir été de dériver de cette interdiction de principe vers des systèmes d'autorisation conditionnelle, dans le but avoué de faciliter l'accès de salariés aux fonctions dirigeantes.

Tandis que les vieilles distinctions fondées sur la prise en considération du travail concret tendent à s'estomper, de nouvelles sources de fragmentation de la notion de contrat de travail apparaissent, liées d'une part à la flexibilisation de l'emploi et d'autre part à la généralisation du salariat. Ces nouvelles sources de déséquilibre montrent combien il serait illusoire de penser pouvoir régler une fois pour toutes les questions de base soulevées par la relation de travail. L'énigme du travail ne cesse de resurgir sous des formes nouvelles, et de saper la validité des réponses imaginées pour la résoudre. C'est la force de ces questions qu'il s'agit maintenant d'essayer de comprendre.

Notes du chapitre

- [1] † V. A. Descamps, « Sur l'expression "locare operas" et le travail comme objet de droit », *Mélanges Gerardin*, Paris, Sirey, 1907, p. 157-180 ; Carnellutti, « Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici II (Natura del contratto di lavoro) », *Riv. dir. com.*, 1913,1, p. 384-85 ; F.-M. de Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963.
- [2] † In *Traité du contrat de louage*, 1764 ; V. G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, in « Traité de droit du travail », *op. cit.*, 1.1, 2^e éd. 1982, n° 2, p. 3 s. ; sur l'influence de Pothier sur les rédacteurs du code civil, v. A. F. Fenet, *Pothier analysé dans ses rapports avec le code civil*, Paris, 1829 ; A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, th., Paris, LGDJ, 1969, 326 p. spéc. p. 206 s.
- [3] † Cf. le rapport de synthèse de G.-H. Camerlynck in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, CECA, Luxembourg, 1965, n° 5, p. 15. Cette culture romaniste ne peut bien sûr être confondue avec ce que fut historiquement l'expérience du droit romain. Le décalage entre cette expérience et la réception du droit romain au XIX^e siècle est un fait aujourd'hui mis en évidence par les historiens du droit (v. C. Möller, *Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht. Das Fortwirken des römischen Rechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Göttingen, Muster-Schmidt, 1990).
- [4] † Cette nouvelle classification n'avait d'ailleurs qu'une portée limitée dans l'esprit des rédacteurs du code, et le rapporteur du projet devant le Tribunal pouvait déclarer : « Le projet s'en tient à ces dispositions [les futurs art. 1781 et 1782] sur ce genre de louage [le louage de services], et elles suffisent. On peut suppléer les développements par l'application des règles générales énoncées dans le précédent chapitre [relatif au louage des choses] qui sont de nature à régir également ce contrat » (Rapport du tribun Mouricault, v. A. Fenet, *Travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827, t. XIV, p. 339).
- [5] † Sur ces racines philosophiques de l'idéologie économique, v. l'œuvre essentielle de Louis Dumont, *Homo aequalis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Gallimard, 1977.
- [6] † Sur le concept de vassalité, qui demeure opératoire pour l'analyse des sociétés contemporaines, v. A. Esmein, *Histoire du droit français*, Paris, Larose, 1898 ; Fr. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, reprint éd. du CNRS, 1988.
- [7] † Cf. G. Boldt, « Le contrat de travail dans le droit de la république fédérale d'Allemagne », in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, CECA, n° 5, Luxembourg, 1965, p. 231 s.
- [8] † « On ne peut pas plus éliminer la particularité de l'individu que sa participation à une totalité sans nier l'essence même de l'homme » (in *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* 2^e éd. 1915 (1^{re} éd. 1874), p. 93, cité par G. Gurvitch in *L'idée de droit social*, Paris, 1932, p. 537. Gurvitch souligne combien les conceptions de Gierke se situent dans le courant de la pensée de Fichte).
- [9] † *Privatrecht*, vol. I, 1895, p. 116-117.
- [10] † « Là où le romaniste, écrit Gierke (trad. Gurvitch, *op. cit.*, *loc. cit.*), croit posséder une vérité juridique éternelle..., le germaniste ne trouve souvent que des formules exprimant des préjugés individualistes et capitalistes » (*Privatrecht*, vol. I, 1895, p. 25). L'utilitarisme anglais n'échappait donc pas à sa critique : « Il faut lever l'étendard de la Justice dans la lutte contre la dissolution du droit dans le pouvoir et l'utilité » (*Naturrecht und deutsches Recht*, p. 32).
- [11] † Cf. Nikisch, *Arbeitsrecht*, 2^e éd. Tübingen, 1955.

- [12] † Je dois remercier ici mes collègues les professeurs Aliprantis (Univ. Démocrate de Thrace), Ballestrero (Univ. de Gênes), Bercusson (Institut Univ. Eur.), Deakin (Univ. de Cambridge), Jacobs (Univ. Catho. du Brabant), Leader (Univ. d'Essex), Monteiro (Univ. de Lisbonne), Mückenberger (Univ. de Hambourg) et Veneziani (Univ. de Bari) pour les informations et les discussions relatives aux questions abordées ici. Pour une vue comparative du développement du droit du travail dans les différents pays européens, v. B. Hepple (dir.), *The Making of Labour Law in Europe*, Londres et New York, Mansell Publishing Ltd, 412 p.
- [13] † V. L. Mengoni, « Le contrat de travail en droit italien », *op. cit.*, p. 514 s.
- [14] † L. Mengoni, *op. cit.*, p. 434.
- [15] † V. par ex. les belles pages que consacrent à cette question G. Ghezzi et U. Romagnoli in *II rapporti di lavoro*, Bologne, Zanichelli, 2^e éd. 1987, n° 12 s., p. 6 s.
- [16] † Cf. M. G. Levenbach, « Le contrat de travail en droit néerlandais », in *Le contrat de travail dans les pays membres de la CECA*, *op. cit.*, p. 717.
- [17] † P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. II, 1950, n° 119, p. 209 ; v. déjà de P. Durand, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP*, 1944, I, 387.
- [18] † *Traité préc.*, n° 120, p. 212.
- [19] † Georges Scelle appliquait les thèses de Duguit, et au travers de Duguit, celle de Durkheim, pour développer l'idée d'un double « statut » de l'employeur et du salarié. Pour Scelle ce statut, qui résulte de la loi de la convention collective ou du règlement d'entreprise, est déclenché par un « acte condition » qui est l'embauchage. « L'embauchage, en concluant-il, est le ressort essentiel du pseudo-contrat de travail » (in *Précis élémentaire de législation industrielle*, Paris, Sirey, 1927, p. 173).
- [20] † V. la synthèse qu'en fait G.H. Camerlynck in « Le contrat de travail en droit français », Luxembourg, CECA, *op. cit.*, n° 97 s., p. 402 s.
- [21] † V. sur cette notion G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Mélanges J. Savatier, Paris, PUF, 1992, p. 143 s.
- [22] † Cf. M. Jamouille, *Le contrat de travail*, Publ. de la Faculté de droit de Liège, Liège, 1982, spéc. la première partie de cet ouvrage : « Les options du droit belge ».
- [23] † Sur la question de la définition du travailleur salarié en droit communautaire, v. G. et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz, 7^e éd. 1991, n° 290 s., p. 215 s. ; R. Blanpain et J.-C. Javillier, *Droit du travail communautaire*, Paris, LGDJ, 1991, n° 162 s., p. 92 s.
- [24] † Intitulé du chapitre I du titre III de la deuxième partie, et art. 48, 49, 50.
- [25] † Définis à l'article 60 comme « les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises des capitaux et des personnes ».
- [26] † Règlement 1612/68 du 15 oct. 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs, art. 1^{er}.
- [27] † Dir. 76/207 du 9 févr. 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, art. 2.
- [28] † Directive cadre du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, art. 3.
- [29] † Directive « transferts » n° 77-187 du 14 févr. 1977, art. 3 ; Dir. « protection de la santé des CDD et intérimaires », n° 91/383 du 25 juin 1991, art. 1^{er} ; Dir. n° 91/533 du 14 oct. 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions de travail applicables au contrat ou à la relation de travail, art. 1^{er}.
- [30] † Art. 2 : droit de tout travailleur « d'exercer toute profession ou tout métier dans la

Communauté ».

[31] † Art. 15 : droit de bénéficier de la formation professionnelle « tout au long de sa vie active ».

[32] † Art. 23 : droit des jeunes travailleurs à la formation professionnelle initiale.

[33] † CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, Rec. 1035 ; 31 mai 1989, *Bettray*, Rec. 1621.

[34] † Même arrêt ; v. dans le même sens CJCE, 3 juill. 1986, *Lawrie Blum*, Rec. 2139 ; 21 juin 1988, *Brown*, Rec. 3237 ; 21 nov. 1991, *SARL Le Manoir*, aff. C-27/91.

[35] † Directive n° 77.187 du 14 févr. 1977.

[36] † Directive n° 75.129 du 17 févr. 1975.

[37] † Directive n° 80.987 du 20 oct. 1980.

[38] † CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, Rec. 349.

[39] † G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, p. 80 (souligné par l'auteur). L'affiliation à un régime professionnel de sécurité sociale est d'ailleurs devenu un élément déterminant de la reconnaissance de la qualité de travailleur, salarié ou non salarié, V. l'art 1^{er} du règlement n° 1408.71, tel que modifié par les actes d'adhésion ultérieurs.

[40] † Observant que l'article 4 du Règlement n° 3 alors en vigueur « s'inspirait d'une tendance générale du droit social des Etats membres à l'extension du bénéfice de la sécurité sociale en faveur de nouvelles catégories de personnes, à raison de risques et de vicissitudes identiques », la Cour en déduit dans son arrêt *De Cicco* (CJCE, 19 déc. 1968, Rec. 1968, p. 700) que « les artisans doivent être considérés comme assimilés aux travailleurs salariés dans la mesure où ils sont, en vertu des dispositions d'une législation nationale, protégés contre un ou plusieurs risques par extension de régimes organisés au bénéfice de la généralité des travailleurs ».

[41] † Cet élargissement a été opéré dans le cadre de sa jurisprudence consécutive à l'entrée dans l'Europe communautaire de trois pays ayant un système de sécurité sociale à base universaliste. V. CJCE, 29 sept. 1976, *Brack*, aff. 17/76, Rec. 1976, 1429. Seul demeure exclu de la qualification de travailleur celui qui n'a jamais cotisé en qualité de salarié (CJCE, 19 janv. 1978, Rec. aff. 84/77, Rec. 1978, p. 7).

[42] † Dir. 76/207 du 9 févr. 1976.

[43] † G.-H. Camerlynck, *Rapport de synthèse* préc., n° 184 s., p. 147 s.

[44] † L. Mengoni, *op. cit.*, n° 5, p. 432.

[45] † Cf. Lotmar, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Leipzig, 1902, v. 1.1, p. 7.

[46] † Sur cette notion, v. Louis Dumont, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 2^e éd. 1985, spéc. p. 245, et *Homo œqualis-I, op. cit., passim*.

[47] † G.-H. Camerlynck, *Rapport de synthèse* préc., n° 184, p. 148.

[48] † V. R. Bénédicte et B. Bercusson, *Labour Law. Cases and materials*, London, Sweet et Maxwell, 1987, p. 465-473.

[49] † O. Kahn-Freund, *Labour and the law*, London, Stevens, 2^e éd., p. 56.

[50] † V. l'analyse approfondie du cas français, *infra*, chap. 3.

[51] † Cass. Ass. plén., 4 mars 1983, *D.*, 1983, J., 381, concl. Cabannes (souligné par nous).

[52] † Sur la notion de corporation en droit du travail, v. « Actualité de Durkheim, notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et Société*, 1987, n° 6, p. 177 s. ; G. Lyon-Caen, « Corporation, corporatisme, néocorporatisme », *Dr. Soc.*, 1987, 742.

[53] † Cf. G.-H. Camerlynck cité *supra*.

[54] † Le *status* latin, participe passé du verbe *stare*, désigne « ce qui a été mis en position de tenir debout » et est à l'origine de plusieurs concepts fondamentaux du droit contemporain,

dont celui d'Etat. Le statut de la personne est aujourd'hui inséparable de l'Etat auquel il se réfère, et la question véritablement difficile que soulève cette notion de statut est de savoir à quoi se réfère l'Etat lui-même (cf. P. Legendre, *Les enfants du texte. Etude sur la fonction parentale des Etats*, Paris, Fayard, 1992, p. 13).

[55] † Cf. en ce sens l'œuvre célèbre de Sir Henry Maine (*Ancient Law*, trad. fr. Courcelle Seneuil) telle que la présente G. Feaver, *From status to Contract*, Longmans, 1969. L'idée d'une persistance d'un lien « statutaire » (du type *master and servant*) au sein du *contract of employment* a été défendue par Alan Fox (*Beyond contract : work, power and trust relations*, London, Faber & Faber, 1974, v. p. 188-190), ainsi que par B. Veneziani (in B. Hepple (dir.), *The Making of Labour Law in Europe, op. cit.*, p. 54 s.).

[56] † C'est le cas en particulier du Danemark, où les employés ont toujours connu un sort plus favorable que les ouvriers. Cette tradition ancienne a été consacrée par la loi 1938 sur les cols blancs (*Funktionærloven* préc.) plusieurs fois modifiée (en dernier lieu en 1987), et qui offre un contraste saisissant avec l'absence quasi totale d'un droit légiféré pour les ouvriers. Cette différence de traitement est la source d'une casuistique jurisprudentielle destinée à distinguer les ouvriers et les employés, dont l'importance tranche avec la faiblesse de la réflexion danoise sur la définition juridique du travail salarié en général.

[57] † V. P. Chaumette, *Le contrat d'engagement maritime*, Paris, Éd. du CNRS, 1993, 314 p., spéc. p. 21 s.

[58] † CJCE, 8 nov. 1983, *Comm. c. Royaume Uni*, aff. 165/82, Rec. p. 3431.

[59] † Pour une vue européenne, v. en dernier lieu B. Veneziani (dir.), *Law, Collective Bargaining, and Labour Flexibility in E.C. Countries*, Asap, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello stato, 1992, 530 p.

[60] † V. M. Casa Baamonte et F. Valdes Dal Re, « Les nouvelles formes d'emploi dans la législation espagnole », in Doc. Travail-Emploi, *L'évolution des formes d'emploi*, Paris, La Documentation française, 1989, p. 23 s.

[61] † S. Deakin, « Lavoro standard e lavori atipici nell'esperienza inglese », in Pedrazzoli (éd.), *Lavoro subordinato e dintorni Comparazioni e prospettive*, Bologne, il Mulino, 1989, p. 213 s.

[62] † Par exemple le droit allemand les exclut du champ d'application du *Betriebsverfassungsgesetz*. L'article 2095 du code civil italien distingue quatre catégories de travailleurs subordonnés : les dirigeants (*dirigenti*), les cadres, les employés et les ouvriers. Les dirigeants sont donc définis comme des travailleurs subordonnés ! La loi les exclut seulement du champ d'application de certaines dispositions, comme le droit de licenciement, tandis que les conventions collectives leur réservent des stipulations spéciales, généralement plus favorables que celles des autres catégories de salariés.

Première partie : La personne et la chose

Présentation

« Il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage. »

Pothier, *Traité du contrat de louage*.

La théorie juridique du patrimoine, telle qu'elle s'affine au XIX^e siècle, notamment dans l'œuvre d'Aubry et Rau [1], est le pont qui permet de passer de la personne à la chose. C'est en entrant dans un patrimoine que les choses matérielles acquièrent la qualification juridique de « biens », sur lesquelles une personne a des droits. Et en sens inverse les prestations qui lui sont dues, ou qu'elle doit, devenant des éléments actif ou passif de son patrimoine, constituent autant de biens [2], qui peuvent toujours se résoudre en fin de compte en une somme d'argent, et donc en une chose matérielle [3]. Le patrimoine est ainsi conçu comme une émanation de la personne, sa projection dans le monde matériel. Défini comme l'ensemble indivisible des biens et des obligations d'une personne, il naît et disparaît avec elle. Cette vision juridique du monde repose sur une séparation absolue des droits sur les biens au sens large (corporels et incorporels) qui relèvent du domaine du patrimonial, et des droits inhérents à la personne, qui relèvent du suprapatrimonial. « Depuis longtemps, écrit ainsi Josserand, le droit établit un départ rigoureux entre le patrimoine, projection de la personne dans le domaine pécuniaire, et cette personne elle-même qui plane au-dessus des intérêts matériels, dans les régions suprapatrimoniales » [4].

Comment situer le « travail » dans ce système de concepts ? Faut-il y voir un bien, une chose négociable, ou au contraire un élément de la personne qu'on ne peut traiter comme une marchandise ? Un objet ou une part du sujet ? Le droit du travail doit-il être considéré comme un droit des choses ou comme un droit des personnes ? Autant de formulations possibles d'une seule et même question, qui est la

question première, celle d'où tout découle et où tout revient toujours en droit du travail. Pour mieux en saisir le sens, il faut aller au bout de chacun des deux termes de l'option qu'elle propose. A chacun de ces bouts se trouve en effet une situation extrême, et éclairante : d'un côté l'esclavage — où le travailleur est appréhendé comme une chose — et de l'autre le travail familial, ou monastique, par nature indissociable de liens personnels. Dans le premier cas, le travailleur lui-même est objet de commerce ; dans le second, la prestation de travail elle-même est hors commerce. Ces deux formes antinomiques peuvent d'ailleurs se révéler en pratique extrêmement voisines l'une de l'autre, et l'on a pu faire observer par exemple que le statut de l'esclave domestique dans la Rome antique n'était pas si éloigné de celui des autres membres de la maisonnée, tous soumis au *dominium* du *pater familias* [5]. Inversement le mouvement féministe a souvent analysé les prérogatives conférées par le code Napoléon au père de famille sur sa femme et ses filles, comme un véritable droit de propriété, réduisant ces dernières à une situation voisine de l'esclavage [6]. C'est dire que l'oscillation entre les conceptions patrimoniale et suprapatrimoniale du travail ne peut être évitée, même dans les situations à première vue les plus faciles à situer juridiquement. Le cas du droit français de l'esclavage du XVII^e au XIX^e siècle illustre parfaitement cette oscillation. Ce droit fut édicté en mars 1685 par Louis XIV dans ce qu'on a appelé le *Code noir* [7], texte qui devait rester en vigueur jusqu'en 1848, sous réserve d'une brève interruption pendant la période révolutionnaire [8]. L'esclave s'y trouve défini comme un bien meuble. A ce titre, il peut être acheté et vendu, transmis en héritage, assuré pour sa valeur en capital [9], saisi en cas de faillite, etc. Appartenant au patrimoine de son maître, il ne peut être lui-même titulaire d'un patrimoine, et les biens qui viennent à lui échoir entrent dans le patrimoine du maître. Etant assimilé à une chose, il n'a pas le droit d'agir en Justice. En revanche, à la différence d'une chose, il peut être déclaré responsable pénalement, ce qui montre qu'à certains égards, on voit dans l'esclave une personne. Le

maître n'a pas sur lui un pouvoir sans limite : les châtiments corporels sont réglementés, de même que sont définies des rations alimentaires « minima » ; enfin, comme dans l'Antiquité, l'esclave conserve quelque chose de sa qualité de personne dans sa vocation à l'affranchissement. *Le Code noir* devait enfin compter avec le droit canonique, au regard duquel l'esclave demeure un être humain, ce qui implique qu'il puisse recevoir les sacrements : être baptisé, se marier, et enfin être enterré en terre sainte comme, et avec, les hommes libres.

Réciproquement, le travail désintéressé fourni dans le cadre de liens personnels, tels les liens familiaux [10], ou les vœux religieux, n'est jamais tout à fait exempt d'une dimension patrimoniale [11]. Par exemple, l'aide et l'assistance que les époux se doivent l'un à l'autre [12], et qui prennent souvent la forme du travail ménager de la femme mariée, ou de sa collaboration officieuse à l'activité professionnelle de son mari [13], trouvent une traduction pécuniaire dans le régime matrimonial de droit commun, dit de communauté réduite aux acquêts : chacun des époux s'y trouve crédité, à parts égales, de l'enrichissement du ménage [14]. De même la collaboration des enfants à l'activité de leurs parents trouve sa traduction patrimoniale dans le droit des successions, ou dans des techniques juridiques particulières, tel le salaire différé en matière agricole [15]. Le travail des ministres du culte, s'il est accompli dans le cadre de leur engagement religieux, ne répond pas davantage à une logique patrimoniale et n'entre donc pas en principe dans le champ d'application du droit du travail [16]. Et cependant il a bien fallu le doter lui aussi d'un cadre juridique qui préserve les droits patrimoniaux des intéressés, notamment en matière de protection sociale [17].

C'est dire que le travail humain se trouvant toujours au point de rencontre des hommes et des choses, le juriste hésitera toujours à le ranger sous le droit des personnes ou sous le droit des biens, et ne pourra jamais éluder totalement l'un ou l'autre de ces aspects. Une réification totale du travail ne se rencontre historiquement que dans

des situations où l'homme est traité comme du bétail — par exemple dans les camps de concentration nazis — c'est-à-dire dans une déraison qui nie l'ensemble des constructions du juridisme occidental [18]. Dès lors qu'on se situe dans le cadre de ces constructions, la qualification du travail doit nécessairement tenir compte de ces deux faces : celle du travail comme bien, comme objet de droit, et celle du travailleur comme personne, comme sujet de droit. Ce qui peut changer c'est le point de gravité de l'analyse juridique, lequel peut être situé soit du côté du travail, soit du côté du travailleur. Par exemple la réglementation des professions libérales repose encore sur la définition d'un statut personnel du professionnel, qui lui confère des droits et des devoirs particuliers, et limite la mercantilisation de son activité [19]. L'idée d'un lien personnel et direct avec le bénéficiaire de l'activité, conduit à euphémiser (notion d'« honoraires ») l'aspect pécuniaire de cette activité, et même, dans des cas de plus en plus rares [20], à l'éluider complètement en admettant qu'elle puisse s'exercer gratuitement. Au contraire, le droit du « travail abstrait » a été situé, dès l'aube de l'ère industrielle, du côté patrimonial. La figure du travailleur, du professionnel, s'efface derrière celle du contractant : ce n'est plus la personne, et son savoir-faire, qui sont le pivot juridique de la relation de travail, mais c'est le prix qu'elle coûte (le salaire) qui absorbe conceptuellement la personne du travailleur (le salarié). Cette manière de voir saisit d'abord le travail comme un bien, dont le travailleur serait le détenteur, et dont il pourrait faire librement le négoce (chapitre 1). L'histoire du droit du travail a été celle d'une redécouverte progressive de la dimension personnelle de ce bien, qui conduit à remettre au premier plan, non pas le travail comme bien, mais le travailleur comme sujet de droit (chapitre 2).

Notes du chapitre

[1] † *Cours de droit civil français*, t. IX, § 575-583 ; V. R. Seve, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : "La théorie du patrimoine" d'Aubry et Rau », *Arch. de philo, du dr.*, Paris, Sirey, t. 27, 1979, p. 247-257.

[2] † V. B. Starck, *Droit civil. Obligations*, Paris, Lib. tech., 1972, 819 p., spéc. 2^e partie, n° 2316 s., p. 693 s.

[3] † Sur l'histoire mouvementée de l'adage « Qui s'oblige oblige le sien » (repris par l'art. 2092 C. civ.), V. H. Roland et L. Boyer *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, L'Hermès, 1979, Adages, t. II, § 245, p. 380 s. L'idée que c'est le corps de l'obligé qui répond de ses dettes, idée qui s'était estompée en droit romain, réapparaît à l'époque franque, pour tomber à nouveau en désuétude, et finalement disparaître en 1867 avec l'abrogation de la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

[4] † L. Jossierand, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.H.*, 1932, Chr. 1.

[5] † M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, 169 p., spéc. p. 90 s.

[6] † V. par ex. O. Dhavernas, *Droits des femmes, pouvoir des hommes*, Paris, Seuil, 1978, 390 p., spéc. p. 37 s.

[7] † Intitulé officiellement « Edit du Roi Touchant la Police des Isles d'Amérique Française », le texte de cette ordonnance a été récemment réédité et commenté par L. Sala-Molins, *Le Code Noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, 1987, 292 p. ; pour une analyse juridique et historique, v. Ph. Hesse, « Le Code noir : de l'homme et de l'esclave », in *De la traite à l'esclavage*, Centre de recherche sur l'histoire du monde atlantique, Nantes, 1985, Actes du colloque international sur la traite des Noirs, t. II, p. 185-191. P. Jaubert, « Le Code noir et le droit romain », in *Histoire du droit social*, Mélanges J. Imbert, Paris, PUF, 1989, p. 321-331.

[8] † Ph. Hesse, « Grands principes et petits intérêts : l'esclavage d'une abolition à l'autre », in *Les droits de l'homme et la conquête des libertés. Des Lumières aux révolutions de 1848*, Grenoble, PUG, 1986, p. 264-281.

[9] † Les propriétaires de la Guadeloupe seront d'ailleurs indemnisés par l'Etat à hauteur de 126 millions de francs lors de l'abolition de 1848 (v. Ph. Hesse, *op. cit.*, p. 272).

[10] † V. M. Borysewicz, « Travail et enrichissement sans cause dans les relations de famille », *Mélanges J.-P. Beguet*, Univ. de Toulon, 1985, p. 39-67.

[11] † V. S. Floreau, « L'activité désintéressée, fiction ou réalité en droit social ? », *Rev. dr. sanit.*, 1981, p. 507-530.

[12] † C. civ., art. 212.

[13] † V. Le Bris, *La relation de travail entre époux* Paris, LGDJ, 1965, 325 p. ; Ch. Freyria, « La notion de relation de travail entre époux », *Dr. Soc.* 1952, p. 378-388 et 465-471 ; A. Rouast, « Le droit du travail familial », *Dr. Soc.* 1962, p. 154-163.

[14] † Ce régime correspondait au consensus observé dans l'opinion par l'enquête sociologique qui a précédé la loi du 13 juillet 1965 (V. F. Terre, « La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux », *L'Année sociologique*, 1965, p. 3 s. ; J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Rép. Défrenois, 1979, p. 35 s.). Cette loi disposait expressément que « la femme s'acquitte de sa contribution [aux charges du mariage] ... par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession du mari » (C. civ., art. 214 al. 3). Cette disposition a été effacée dix ans plus tard par la loi du 11 juillet 1975. La collaboration aux activités professionnelles du conjoint a depuis lors trouvé un cadre juridique dans la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative au statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale ; v. D. Martin, *Le conjoint de l'artisan et du commerçant*, Paris, Sirey, 1984, 284 p.

[15] † D.-L. 29 juil. 1939, v. J. Prevault, « Vers un élargissement du concept de salaire différé », *Mélanges Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 433-449 et la bibliogr. citée.

[16] † Soc. 20 nov. 1986 (Caldier), *Dr. Soc.*, 1987, 379 ; v. J. Savatier, « La situation, au regard du droit du travail, des pasteurs de l'Eglise réformée », *Dr. Soc.*, 1987, 375.

[17] † C. *Séc. Soc.*, art. L. 381-12 s. et L. 721-1 s. (loi du 2 janv. 1978) ; V. G. Dole, *Les ecclésiastiques et la sécurité sociale en droit comparé*, Paris, LGDJ, 1976.

[18] † Cf. P. Legendre, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Paris, Fayard, 1989, 187 p. v. p. 17-23.

[19] † V. J. Savatier, *La profession libérale*, thèse, Paris, LGDJ, 1947 ; et du même auteur, « Contribution à une théorie juridique de la profession », in *Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel*, Paris, Dalloz, 1962, p. 23 s.

[20] † En raison de la socialisation du coût des prestations, qui résulte par exemple de la généralisation de l'assurance maladie dans le cas des médecins, ou de l'aide judiciaire dans le cas des avocats ; sur cette dernière profession, v. A. Boigeol, « L'idéologie du désintéressement », *Soc. trav.*, 1981, 78.

Chapitre premier. Le travail, objet de droit

I - La force des choses : le travail comme « bien »

Disposant « qu'il sera libre à toute personne de faire tel négoce, d'exercer telle profession, art ou métier que bon lui semble », le décret d'Allarde, du 16 février 1791, met le travail sur le même plan que le négoce, et soumet l'un comme l'autre au même principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette manière de voir va trouver sa traduction technique dans le code civil, qui assimile la relation de travail à l'une des formes du louage : le louage de services. Forme qui paraît si peu spécifique aux rédacteurs du code, qu'ils en traitent en deux articles [1], alors qu'ils en consacrent par exemple trente et un au bail à cheptel. La doctrine va se borner pendant longtemps au commentaire de ces deux articles, bientôt réduits à un seul par l'abrogation de l'un d'eux en 1868. Si l'on consulte par exemple le *Précis de droit civil* de G. Baudry-Lacantinerie, usuel dans les facultés de droit à la fin du XIX^e siècle [2], on y trouve seulement trois paragraphes consacrés au louage de services [3]. C'est à la même époque pourtant que des voix commencent à s'élever parmi les juristes pour critiquer cette brièveté et l'analyser comme une lacune [4].

Depuis lors, on s'est beaucoup interrogé sur les raisons de ce silence presque complet du code civil sur le travail humain. Certains ont invoqué une raison historique : si le code reste muet sur la classe ouvrière, c'est que celle-ci n'existait pas en 1804 : « autant lui faire grief de n'avoir connu ni l'automobile, ni l'avion » [5]. Mais Tissier récusait déjà cette explication en 1904 : « on ne peut nier, écrivait-il, que le contrat de travail ne fût, en 1804 comme aujourd'hui, le plus fréquent de tous les contrats » [6]. Alors on peut songer à une raison technique : la loi du 22 germinal an XI, relative aux manufactures, fabriques et ateliers, avait déjà énuméré les obligations des patrons et

des ouvriers, et créé entre autres le livret ouvrier [7]. Cette seconde explication, qui a déjà le mérite de ruiner la première, offre aussi l'intérêt de corriger l'opinion reçue selon laquelle le droit du travail, entendu comme réglementation spécifique du travail salarié, ne naîtrait que dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Doit être aussi retenue la nature de cette réglementation primitive : non pas droit civil régissant des rapports entre égaux, mais réglementation de police, sanctionnée pénalement, et visant à organiser la surveillance des classes laborieuses, déjà perçues comme classes dangereuses [8]. Le livret ouvrier permettait en effet à la police et aux patrons de contrôler étroitement la main-d'œuvre [9], et l'interdiction des coalitions était soumise à un régime discriminatoire, favorable aux patrons [10]. Cette discrimination, visible aussi dans l'article 1782 du code civil, renvoie à une dernière explication, idéologique celle-là, de l'absence du travail dans le code civil : ce code « ne visait guère que le droit des biens et par suite il n'était fait que pour ceux qui en avaient » [11], c'est le Code des possédants, et il n'y a donc pas lieu de s'étonner qu'il se soit intéressé autant à la propriété, à la manière dont elle se modifie et dont on l'acquiert [12], et aussi peu au travail des hommes.

Mais ce silence gardé sur le travail, qui devait choquer si fort les juristes du XX^e siècle, répondait à une logique rigoureuse dans l'esprit des auteurs du code civil. Le rapporteur du projet devant le Tribunal déclarait ainsi : « Le projet s'en tient à ces dispositions [les futurs art. 1781 et 1782] sur ce genre de louage [le louage de services], et elles suffisent. On peut suppléer les développements par l'application des règles générales énoncées dans le précédent chapitre [relatif au louage des choses] qui sont de nature à régir également ce contrat » [13]. Cette analyse, à vrai dire, n'innove pas. A peine se distingue-t-elle de celle de Pothier, qui rangeait directement le louage de services parmi les différentes espèces de louage de choses [14]. Pour le codificateur de 1804, il n'y avait donc pas de lacune du code civil en matière de relation de travail, puisque cette relation se trouvait soumise aux

principes applicables aux contrats en général, et au louage des choses en particulier. L'argumentation reposait sur ces deux idées fortes : la qualification contractuelle de la relation de travail d'une part, et l'assimilation du travail à une chose d'autre part.

La qualification contractuelle de la relation de travail a acquis depuis lors la force d'un postulat. Beaucoup de choses ont changé depuis 1804, un droit du travail s'est développé, et on a même revendiqué pour lui l'autonomie face au droit civil [15], mais la relation individuelle de travail reste qualifiée en droit positif de relation contractuelle, où s'échangent deux prestations : le travail et le salaire. Le code du travail, dont le livre I est consacré aux *Conventions relatives au travail*, demeure dominé par ce postulat contractuel. « Postulat », c'est-à-dire principe premier et indémontrable, d'où se déduisent logiquement un ensemble de conséquences juridiques. Du postulat contractuel, peut se déduire ainsi l'axiome selon lequel la relation de travail obéit au principe de la liberté contractuelle. De là se déduit ensuite positivement le droit pour les parties de définir elles-mêmes les termes de leur échange, et de conférer par exemple à l'une un pouvoir réglementaire sur l'autre (règlements d'atelier, qui deviendront les règlements intérieurs), et négativement la prohibition de toute intervention extérieure sur cette définition, qu'il s'agisse d'une intervention de la profession organisée (d'où « l'anéantissement » des corporations, pour reprendre la formule de la loi Le Chapelier, et l'incrimination des coalitions) ou de l'intervention de la puissance publique (d'où le refus de toute disposition réglementant la durée du travail ou le montant du salaire). Du postulat contractuel se déduit également le caractère synallagmatique de la relation de travail, c'est-à-dire, pour parler comme les logiciens, de la bilatéralité des obligations des parties [16]. La référence à la logique s'impose en effet pour comprendre une pensée si éprise de l'idéal de rationalité formelle, de cet idéal que Leibniz avait proposé indifféremment aux juristes et aux mathématiciens [17], et qui permet de voir une « logique axiomatique stricte » à l'œuvre dans le code

civil [18].

La spécificité de la relation de travail disparaît dans cette analyse synallagmatique, cet échange de prestations qui se servent mutuellement de causes. Le juriste en général, et le juge en particulier, se trouve ainsi placé sur un terrain bien connu et sans embûches, tant du point de vue de son rôle que des concepts qu'il utilise. Puisque « les conventions légalement formées » tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (*C. civ.*, art. 1134), le rôle du juge se borne à appliquer cette loi, c'est-à-dire à tirer les conséquences de la force obligatoire conférée aux prévisions des parties. La qualification contractuelle répond ainsi à une conception logicienne du rôle du juge [19]. Celui-ci n'a pas à se mettre en quête de ce qui est juste : sa décision se ramène à un syllogisme juridique, dont la prémisse majeure résulte directement de la combinaison des prévisions contractuelles et de l'article 1134 du code civil. Devenu, pour paraphraser Montesquieu [20], « la bouche qui prononce les paroles du contrat », il ne peut en modifier ni le contenu, ni la force. Son rôle consiste seulement à vérifier que les faits qu'on lui soumet entrent bien dans les prévisions de la convention, et à en déduire la solution du litige. Toute autre considération doit lui demeurer étrangère [21]. Au-delà de la définition du rôle du juge, c'est une infinité de règles et de qualifications qui se laissent déduire de cette analyse contractuelle et synallagmatique de la relation de travail : par exemple la qualification du salaire comme cause et contrepartie du travail, d'où se déduit à son tour la règle selon laquelle aucun salaire n'est dû quand aucun travail n'est fourni [22]. Ou bien encore l'application à la relation de travail de l'exception d'inexécution, qui peut servir à son tour à qualifier diverses formes de conflits collectifs (lock-out, grèves illicites, etc.).

Mais nombre de ces déductions ne sont possibles que si l'on accepte l'autre prémisse des auteurs du code civil : l'alignement du louage de services sur le louage des choses, c'est-à-dire l'alignement du droit du travail sur le droit des biens. On ne pourrait faire du « travail » l'objet d'une obligation contractuelle, si l'on ne traitait pas le travail comme

un bien, inscrit à l'actif du patrimoine de l'une des parties qui en cède l'usage à l'autre, autrement dit comme une richesse séparable de la personne du travailleur. Dire par exemple que le travail est la cause — au sens juridique — du salaire n'est possible qu'au prix de cette séparation. Car si c'était l'engagement de la personne tout entière qui lui servait de cause, cette rémunération aurait pour objet l'entretien de cette personne, et on ne serait plus en présence d'un salaire, ni d'un contrat, mais d'un traitement, et d'un statut conféré à la personne, comme dans le cas du fonctionnaire. Il en irait de même si, dans une démarche inverse, on déniait au travailleur la qualité de personne et qu'on le traitait comme une chose, car là non plus il ne saurait être question de contrat : l'entretien du travailleur relèverait des charges que tout propriétaire se reconnaît, ou que l'Etat lui impose, relativement aux choses qu'il possède : telles les charges supportées par le fermier pour entretenir son cheval, ou par le planteur des Antilles son esclave. Aussi différentes qu'elles soient, ces situations juridiques ont en commun de ne pas séparer l'organisme vivant de sa force de travail, ce qui les rend impropres à la qualification contractuelle.

Se dessinent ainsi les corollaires de cette qualification contractuelle : elle conduit d'abord à considérer le travail comme un bien, relevant du droit du patrimoine. A partir de là, le travailleur n'est rien d'autre que la personne titulaire de ce patrimoine, qui décide de négocier ce bien. Autrement dit cette construction repose sur une définition patrimoniale du travail, de laquelle se déduit une définition du travailleur. Le travail est bien envisagé sous ses deux faces — comme chose et comme personne — mais c'est la première qui dicte les contours de la seconde : la personne n'est que l'ombre de la chose, son ombre portée dans le domaine suprapatrimonial. Le travailleur ou le salarié sont du travail ou du salaire personnifiés [23]. La force de cette conception patrimoniale de la relation de travail vient justement de ce qu'elle parvient à faire du travail un bien négociable (i.e. une marchandise), tout en conférant au travailleur la qualité de sujet de droit (i.e. d'homme libre). Ou du moins qu'elle semble y parvenir, car un vice se cache dans cette belle construction.

II - Corps et biens : l'obscur objet du contrat de travail [24]

Il faut partir ici d'une question simple, et se demander quel est le statut juridique du corps du travailleur dans la relation de travail. Cette question que l'analyse patrimoniale conduit justement à occulter. L'univers contractuel ne connaît en effet que les concepts de créancier et de débiteur, de prestation et d'inexécution, et les personnes elles-mêmes n'y apparaissent que le fugitif instant de l'échange des consentements. Il est vrai que notre droit répugne à envisager les corps, i.e. la dimension biologique des sujets de droit. On connaît la pudeur du code civil dès qu'il s'agit du corps des époux dans le mariage, et son oubli de la différence des sexes parmi ses conditions explicites de validité [25] ; pudeur qui tranche avec le droit canonique, si disert sur la *copula carnalis* [26]. Quant au droit pénal, Michel Foucault a montré comment il avait pris ses distances avec le corps dans la définition des peines [27]. Rien d'étonnant donc à ce que le corps de ceux qui « louent et baillent leur peine » [28] ne fassent l'objet d'aucune mention particulière dans le code civil, pas même, à la différence du mariage, d'une condition de maturité, ce qui légitimera une exploitation sans précédent du travail des enfants. L'expression « louage de services » répondait parfaitement à cette façon de voir, ce qui explique sans doute l'attachement que lui a pendant longtemps témoigné la doctrine : on loue ses services comme on louerait son immeuble si on en possédait un. La notion, plus matérielle, de contrat de travail sera imposée par le législateur, qui est le premier à l'employer dans une loi du 18 juillet 1901. « Les juristes, soupire Cuche, ont été contraints de faire cet emprunt au langage moins précis des économistes » [29]. Mais le code du travail ne donne aucune définition du contrat de travail, pas plus que le code civil — par ailleurs si prolix sur la définition des contrats spéciaux [30] — ne définissait le louage de services. Autant de silences qui trahissent ce refoulement du corps

du travailleur dans la pensée juridique.

Pour faire émerger ce dernier, partons de deux textes, situés à un siècle d'intervalle. Tout d'abord l'article 1779 du code civil, qui laisse échapper dans une annonce de plan, que le « louage des domestiques et des ouvriers », c'est « le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ». Formule qui se trouve éclairée par la remarque qui vient un siècle plus tard sous la plume fort sage de G. Baudry-Lacantinerie : « la seule différence de nature entre le louage de choses et le louage de services, c'est que le louage porte dans le premier cas sur un objet, et dans le second sur la personne même du locateur » [31]. Mentionnant le louage *des* gens de travail, et non pas le louage *par des* gens de leur travail, l'article 1779 indique que les travailleurs sont l'objet même du louage, et trahit ainsi l'indissolubilité du prestataire et de la prestation. Sous une forme atténuée, l'idée est reprise de Pothier. Fidèle au droit romain, celui-ci, après avoir rangé le louage d'industrie sous la rubrique du louage de choses, opposait en revanche ce dernier au louage d'ouvrages (*i.e.*, à notre contrat d'entreprise : v. *C. civ.*, art. 1787) : « Le contrat de louage d'ouvrage diffère principalement du contrat de louage de choses en ce que c'est l'usage d'une chose accordée à un certain prix au conducteur (*i.e.* au preneur à bail) qui fait la matière de celui-ci, et que c'est un ouvrage donné à faire qui fait la matière de celui-là. Dans l'un *res utenda datur*, dans l'autre *res facienda datur* » [32]. Mais quelle est cette *res* dont le salarié concède l'usage ? Ce ne peut être qu'une part du salarié lui-même, d'où cette formule du « louage des gens de travail », ou la remarque beaucoup plus précise de G. Baudry-Lacantinerie, situant l'objet de ce contrat dans la personne même du travailleur. Remarque déjà grosse de tout notre droit du travail.

C'est donc du côté de l'objet du contrat de travail que se trouve le point sensible de la qualification contractuelle de la relation de travail. Or la doctrine, qui s'est évidemment attachée à donner de ce contrat la définition qu'elle ne trouvait pas dans les codes [33], est demeurée le plus souvent muette sur la question de son objet. Tout juste nous dit-

on que cet objet consiste dans l'exécution des obligations de chacune des parties, c'est-à-dire dans le paiement du salaire et l'accomplissement du travail [34]. Mais on en reste alors à une analyse superficielle de cet objet. L'idée, commode mais elliptique, d'objet du contrat recouvre en effet deux niveaux d'analyse successifs [35] : en premier lieu, celui de l'objet de l'obligation de chacune des parties, c'est-à-dire de la prestation qu'elle doit ; et en second lieu, celui de l'objet de cette prestation, c'est-à-dire de la chose qui fait « la matière du contrat », chose dont l'article 1128 du code civil précise qu'elle doit être dans le commerce. C'est à ce second niveau qu'il faut se situer ici : quelle est la chose qui fait l'objet de la prestation du salarié ? Force est de reconnaître qu'il s'agit de son corps, et que si la théorie juridique ne le dit pas, ou le murmure à peine, le droit positif du travail trouve là sa pierre angulaire.

Le statut juridique du corps dans la relation de travail ne dépend pas en effet de la nature « manuelle » ou « intellectuelle » de ce dernier. Il y a dans tous les cas, et d'une manière indissoluble, « aliénation de l'énergie musculaire » [36] et de l'énergie mentale. De même qu'il n'existe pas de tâches purement physiques, qui ne mettraient aucunement en jeu les facultés intellectuelles, de même il n'existe pas de tâches purement intellectuelles, qui ne mobiliser aient aucune énergie physique. Dans tous les cas la capacité de travail se trouve subordonnée à une capacité physique, et tous les événements qui affectent celle-ci affecteront celle-là : la fatigue, la maladie, le jeune âge ou la vieillesse [37]. Le travail « intellectuel » connaît d'ailleurs ses pathologies spécifiques et la fatigue nerveuse est en passe de devenir dans nos sociétés la forme la plus fréquente et la plus visible de l'usure physique des travailleurs [38]. Dans le travail, l'employé comme l'ouvrier se trouve soumis à une certaine discipline physique. Cette emprise sur les corps au travail, aujourd'hui étudiée et systématisée par l'ergonomie [39], se déploie aussi bien dans le temps (organisation du temps de travail) que dans l'espace (définition des postes de travail et absence de liberté d'aller et de venir dans l'entreprise). La définition

des postes de travail se détaille elle-même dans des « postures » [40] qui correspondent tantôt à des exigences techniques de productivité ou de sécurité, tantôt à des exigences sociales. Ces dernières visent indifféremment les « manuels » et les « intellectuels » dès lors qu'ils sont en rapport avec la clientèle. Dans les deux cas, le corps se trouve plié à certaines positions (station debout des vendeuses) ou attitudes (sourire « commercial » du VPR ; pompe, et air, funèbres du croque-mort), revêtu d'un certain standard vestimentaire (livrée du bagagiste, et costume strict du cadre dont il porte les bagages) [41], etc. Toutes ces règles participent d'une normalisation du comportement physique des salariés dans l'entreprise, qui s'exprime au moins partiellement dans le règlement intérieur de l'entreprise, puisque celui-ci contient en principe toutes « les règles générales et permanentes relatives à la discipline » [42]. Partiellement seulement puisque d'un côté certaines de ces normes restent implicites, et ne révèlent leur existence que le jour où elles sont enfreintes [43], et qu'à rebours certaines des prescriptions du règlement intérieur sont contredites par l'usage [44]. Il n'en serait pas moins suggestif de saisir, au travers d'un dépouillement systématique des règlements intérieurs, l'expression normative de l'emprise physique sur les travailleurs salariés [45]. S'y trouvent en effet une profusion de normes qui bornent les mouvements et les déplacements, scandent les gestes et les activités, définissent les pauses, réglementent l'accomplissement des besoins naturels, organisent la surveillance des faits et gestes [46], autorisent les fouilles, etc. Ne pas voir que la maîtrise acquise sur les travailleurs dans la relation salariale est d'abord une maîtrise physique, c'est ne pas voir le nez au milieu de la figure.

La répugnance à l'admettre vient de l'idée, aujourd'hui profondément ancrée dans les consciences, que le corps ne peut être une chose dans le commerce, et que le droit de l'homme sur son propre corps est nécessairement de nature suprapatrimoniale [47]. Cette qualification n'est pas toujours allée de soi, et le rapport de l'homme à son propre corps a pu être analysé comme un droit réel, droit de propriété ou

usufruit [48]. Si cette conception patrimoniale du rapport au corps se trouve aujourd'hui rejetée en principe, c'est parce qu'elle conduit à assimiler le corps à une chose, et à une chose distincte de la personne, « alors qu'il est la personne même » [49]. L'homme n'est pas propriétaire de son corps, car « que dire de ce sujet de droit qui serait en même temps l'objet d'un droit ? » [50]. Ne pouvant être assimilé à une chose, le corps humain est, au même titre que la personne, hors du commerce, ce qui frappe de nullité toute convention dont il ferait l'objet. Ce principe étant posé — et le choix de valeur dont il procède devant être défendu —, comment le concilier avec la licéité des contrats de travail ? La solution la plus simple, et la plus logique, consiste à voir dans le contrat de travail une exception à ce principe de la nullité des conventions portant sur le corps humain. Ainsi, J. Carbonnier, qui range bien le contrat de travail dans ce type de conventions, note que c'est l'un des cas où la validité doit en être admise [51]. Ces cas sont d'ailleurs beaucoup plus nombreux qu'on serait enclin à le penser [52], et leur nombre croît sensiblement avec les progrès de la médecine et le développement de la biotechnologie [53]. Dans cette perspective, il serait même possible de rechercher dans le droit du travail des solutions transposables aux nouvelles formes de conventions portant sur le corps humain [54]. Mais la doctrine, dans son ensemble, refuse de reconnaître au corps humain une telle place dans le contrat de travail. Elle a préféré souligner le rôle prépondérant de la personne dans l'économie du contrat de travail, place très généralement reconnue par les juristes depuis le début de ce siècle. La remarque en est déjà faite, nous l'avons vu chez Baudry-Lacantinerie. Elle se retrouve chez Saleilles [55], et plus tard chez Colin et Capitant, qui notent que le contrat de travail met en jeu la personne même du contractant, et qu'assimiler le travail à une chose est artificiel, car cela conduit à séparer la force de travail de la personne du travailleur [56]. Ripert et Boulanger ont sur ce point la formule la plus frappante : « C'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du contrat, en même temps qu'elle en est le sujet » [57].

Cette observation a été reprise depuis, sous des formes diverses, par les auteurs contemporains français [58] et étrangers. « En réalité, écrit ainsi Luigi Mengoni, le travail n'existe pas, mais il y a des hommes qui travaillent. Dans son rapport avec l'employeur, le travailleur n'engage pas un élément distinct de sa personne, il engage sa personne même. Il ne met pas en jeu ce qu'il a, mais ce qu'il est » [59]. Mais cette reconnaissance de la place de la personne du travailleur conduit le plus souvent à occulter, ou à dénier, la place spécifique du corps humain dans la relation de travail. « Le salarié n'abandonne pas son corps à la volonté de l'employeur, affirme ainsi Jean Savatier, il se borne à contracter des obligations de faire ou de ne pas faire. Ses droits sur son corps sont inaliénables » [60]. Affirmation argumentée par une série d'exemples qui illustrent précisément... la nécessité où l'on s'est trouvé de réglementer l'emprise patronale sur le corps des salariés (fouilles, alcootests, visites médicales, droit de retrait des situations dangereuses). L'argument se retourne aisément : si cette emprise physique n'existait pas, pourquoi a-t-il fallu l'encadrer juridiquement ? N'est-ce pas justement parce qu'on est en présence d'une exception au principe d'inaliénabilité du corps humain ? La banale obligation de faire ou de ne pas faire, à laquelle on prétend réduire ici l'obligation du salarié, n'appelle pas ordinairement une jurisprudence sur les fouilles ou l'alcootest ! « Il n'y a pas, écrit de son côté F. Chabas à propos du contrat de travail, acte *sur* le corps humain lorsque celui qui s'engage engage et son corps et sa volonté, c'est-à-dire sa personne » [61]. Mais dire ainsi qu'il n'y a pas d'acte sur le corps lorsque celui qui s'engage engage son corps manque de rigueur d'un seul point de vue logique. Et admettrait-on cette évaporation du corps, qu'on ne serait guère avancé pour autant, car il resterait à expliquer comment la personne elle-même peut constituer l'objet d'un contrat, c'est-à-dire une chose dans le commerce. La contradiction du patrimonial et du non-patrimonial est simplement déplacée, et non pas éliminée. La difficulté apparaît plus nettement à G.-H. Camerlynck : « En réalité, remarque-t-il, le louage n'est concevable que si son objet

est le corps du travailleur, ainsi asservi, et non son énergie » [62]. Mais c'est seulement pour en conclure que le contrat de travail ne peut être analysé comme une forme de louage, et constitue donc un contrat *sui generis*. Ce qui est certainement exact, mais laisse sans réponse la question de savoir si ce caractère *sui generis* du contrat de travail ne procède justement pas de ce qu'il a le corps humain pour objet. Dire que c'est son « énergie » supposerait en effet que celle-ci soit séparable du corps lui-même, séparation inhérente à la notion de louage de services que l'auteur entend ici combattre [63].

Le défaut de toutes ces analyses est de refuser d'affronter l'antinomie fondamentale entre le postulat contractuel, dont il faut bien prendre acte, puisque la relation de travail y demeure soumise en droit positif, et le postulat de la non-patrimonialité du corps humain, dont il faut assurer le respect. Cette antinomie est la scène primitive, le lieu de conception du droit du travail. Ripert, qui ne se payait pas de mots, a parfaitement résumé ce dilemme : « Il faut dire que le travail, c'est l'homme lui-même dans son corps et dans son esprit, et qu'il n'est pas l'objet possible d'un contrat de droit privé » [64]. Comme tout le monde sait bien que le contrat de travail demeure un contrat de droit privé, on saisit la difficulté. Georges Scelle brocardait ceux qui pensent qu'il suffit, pour la résoudre, de parler de contrat de travail au lieu de contrat de louage : « C'est, disait-il, expliquer les choses à la façon des médecins de Molière » [65]. Au reste, détourner les yeux de cette scène primitive, c'est s'interdire de comprendre comment le droit peut brider le règne de la marchandise.

La personne physique constitue l'objet de la prestation du salarié. Le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation des obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat. Parler du caractère personnel de la relation de travail est à la fois ambigu, dangereux, et insuffisant. Ambigu parce que le caractère personnel de l'engagement désigne ordinairement en droit des obligations le caractère *intuitu personnae* de la relation contractuelle, et que ce n'est pas ce caractère qu'il s'agit de désigner ici. Dangereux parce que

laisser entendre que l'objet de la prestation c'est la personne tout entière conduit à une complète réification de celle-ci, que l'analyse contractuelle a justement pour mérite de limiter. L'idée du « travailleur libre » qui animait les textes révolutionnaires était grosse d'assez d'illusions pour qu'on ne lui ôte pas son seul et véritable mérite : éliminer l'esclavage et le servage, en reconnaissant au travailleur la capacité juridique de disposer de ses propres forces. Insuffisant enfin, parce que tout contrat engage la personne des contractants, étant la loi qu'ils se donnent à eux-mêmes. Et en particulier tous les contrats qui ont pour objet une activité humaine impliquent un fort engagement de la personne du prestataire de cette activité. Mais dans tous ces contrats — hors le contrat de travail — ce n'est pas le débiteur lui-même qui forme la matière de l'engagement. Leur objet est une chose ou une prestation définie à l'avance, alors que dans le contrat de travail cette définition se fera dans l'exécution même du contrat, par la mise en œuvre de la maîtrise ainsi acquise par l'employeur sur le corps productif du salarié. A la différence de ce qui se passe par exemple dans le louage d'ouvrage, l'objet du travail salarié demeure extérieur au champ du rapport synallagmatique institué par le contrat : c'est le travail qui est payé, et non pas son résultat, qu'il s'agisse d'un bien matériel ou d'un service. Même lorsqu'il est payé « aux pièces » ou « à l'acte », le salarié n'acquiert à aucun moment de droit sur la chose travaillée. Cette dernière ne participe jamais de l'échange des prestations [66]. Alors que le travailleur indépendant se voit toujours reconnaître un droit sur l'objet de son travail, rien de tel n'existe au profit du salarié, pour lequel le divorce est total entre d'une part le but, la cause finale du travail, qui est le salaire, et d'autre part l'objet de ce travail, qui reste d'un bout à l'autre de l'exécution du contrat la chose de l'employeur. La raison en est extrêmement simple : tandis que l'activité du travailleur indépendant met en œuvre son propre patrimoine (et notamment sa propre clientèle), celle du salarié met en œuvre le patrimoine d'autrui [67].

Il faudrait donc appréhender de manière plus fine la place de la notion de personne dans l'économie du contrat de travail. Et pour cela commencer par revenir à ce qu'elle signifie. La « personne » nous vient, comme l'a montré Marcel Mauss, du droit romain, qui avait emprunté là un terme qui désignait primitivement les masques — ceux des acteurs, mais surtout les masques de cire moulés sur les visages des ancêtres — pour caractériser le sujet de droit, comme étant celui qui avait droit au nom et aux images de ses ancêtres [68]. Notre usage du mot garde trace de cette origine — derrière le masque il n'y a personne [69] — et le droit positif ne l'a nullement reniée. « La personnalité juridique individuelle, écrit ainsi Hauriou, nous apparaît continue et identique à elle-même ; elle naît avec l'individu ; elle est du premier coup constituée ; elle demeure toujours la même pendant l'existence ; elle soutient sans défaillance pendant des années, des situations juridiques immuables ; elle veille pendant que l'homme sommeille ; elle reste saine pendant qu'il déraisonne. Sur cette physionomie agitée, tumultueuse, bouleversée par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le Droit a appliqué un masque immobile » [70]. Comment mieux le dire ? Notre civilisation repose sur cette fiction, que d'autres rejettent [71]. Assurément la personne, ce masque, est là pour fonder la possibilité et la validité du contrat de travail, et son prolongement — le patrimoine — est là pour recueillir le salaire. Ici, pas de doute possible : c'est au sujet de droit qu'on a affaire. Réciproquement c'est une personne, un autre masque, qui s'engage à fournir du travail, et qui puise dans son patrimoine le montant du salaire. Jusqu'ici tout va bien. Mais approchons-nous un peu pour observer ces masques au moment de l'exécution du travail. Derrière celui du salarié se découvre cette physionomie agitée et changeante évoquée par Hauriou, parfois trop jeune, ou trop âgée, ou trop fatiguée, ou trop malade, pour avoir la capacité de travailler. Celui de l'employeur, au contraire, reste de bois : il s'agit le plus souvent d'une personne morale que n'atteignent pas ces contingences biologiques [72], et même si c'est un mortel, et qu'il

meurt, son hoir le plus proche prend sa place à l'instant même, sans que cela n'affecte juridiquement l'exécution du contrat. Qu'en conclure ? Qu'il faudrait permuter les rôles pour disposer, avec la personne des employeurs, de salariés toujours frais et dispos ? L'idée aurait ravi Alphonse Allais, mais elle est malheureusement impraticable. Car l'employeur peut être — est le plus souvent — une personne morale. Or les personnes morales, qui jouissent en principe, au regard du droit des obligations, des mêmes prérogatives que les personnes physiques ne peuvent jamais être salariées. Elles peuvent disposer de leur patrimoine, conclure des contrats, prêter des services, s'associer et même se subordonner à d'autres personnes (par les techniques des groupes de sociétés), mais elles ne peuvent jamais s'embaucher. Et si elles ne peuvent jamais s'embaucher, c'est parce qu'il leur manque ce « substratum de la personne » qui est la matière du contrat de travail : un corps de chair et d'os. La formule de Ripert selon laquelle c'est la personne du salarié qui est à la fois le sujet et l'objet du contrat de travail est donc approximative, car ce n'est pas exactement de la même personne qu'il s'agit dans l'un et l'autre cas : en tant que sujet, elle est envisagée comme volonté, en tant qu'objet elle est envisagée comme corps physique. Certes pas comme un corps inerte, mais comme l'incorporation de ressources physiques ou intellectuelles aussi diverses et changeantes que le sont les salariés eux-mêmes. Car derrière cette diversité des capacités professionnelles, le seul point commun, le passage obligé de la mise en œuvre de ces capacités professionnelles, c'est la personne physique, c'est-à-dire le corps envisagé comme dimension biologique de la personne humaine [73]. Le concept juridique de corps humain est le seul concept suffisamment général et abstrait pour caractériser l'objet du contrat de travail, et répondre à cette idée abstraite de travail sur laquelle a été conçu le contrat de travail.

C'est donc seulement par une approximation que l'on peut dire que la personne forme la matière de l'engagement du salarié. En réalité cet engagement de la personne peut connaître des degrés, que la

jurisprudence distingue lorsqu'elle impose par exemple aux cadres une adhésion et une fidélité aux valeurs de l'entreprise qu'elle n'exige pas de l'ouvrier ou de l'employé [74]. Mais d'une manière générale il est inexact de dire que c'est la personne tout entière qui forme l'objet de la prestation. Sous réserve de l'exigence d'une exécution de bonne foi de ses obligations contractuelles, le salarié est libre de garder son « quant à soi » et ses opinions, libre de ne pas dévoiler sa vie privée ou ses engagements politiques ou religieux, libre de garder pour lui les secrets de son savoir-faire et de ses tours de main, libre même de rêver, pourvu que sa rêverie n'entrave pas l'exécution de sa tâche, et que celle-ci lui en laisse le loisir [75]. Ces libertés-là, et notamment cette séparation de la vie professionnelle relativement à la vie privée et publique du salarié, sont inhérentes à l'analyse contractuelle, et se trouvent justement menacées dès qu'on abandonne celle-ci au profit de l'idée d'un lien personnel, de nature institutionnelle, entre l'employeur et le travailleur. Ces libertés sont aussi des limites à la productivité, comme l'a montré la crise du modèle taylorien (modèle le plus achevé du désintéret pour la personne de l'ouvrier, qui a engendré en retour le désintéret de l'ouvrier pour son travail), et la vogue des formules à la japonaise, qui tablent justement sur les gains issus d'un fort engagement de la personne dans la relation de travail. Le thème de la réhabilitation de la personne dans la relation de travail n'est donc pas dépourvu d'ambivalence, et peut servir aussi bien à borner qu'à étendre l'emprise de l'employeur sur ses salariés [76]. La mise en évidence de la place du corps humain dans la relation de travail n'a pas été le produit de la pensée juridique elle-même, mais de l'observation de ce que devenaient, dans les faits, ces corps « disparus » dans l'analyse patrimoniale. Il faut rappeler ici ces faits, tels qu'ils figurent dans l'implacable constat des premiers sociologues du travail, tels Villermé ou Guépin [77]. Pour rendre présent à l'esprit ce qui tend à se figer en images d'Épinal, voici par exemple un extrait de l'interrogatoire du père de deux apprenties par une commission d'enquête sur les conditions de travail dans une fabrique de briques en

Angleterre dans le courant du XIX^e siècle [78] :

Question. — A quelle heure les fillettes vont-elles à l'usine ?

Réponse. — Pendant six semaines, elles sont allées à 3 h. du matin, et ont terminé à 10 h. du soir.

Q. — Quelles pauses étaient autorisées pendant ces dix-neuf heures pour se reposer ou manger ?

R. — Un quart d'heure pour le petit déjeuner, une demi-heure pour le déjeuner, un quart d'heure pour boire.

Q. — Aviez-vous de grandes difficultés pour tirer vos enfants du sommeil ?

R. — Oui, au début nous devions les secouer pour les réveiller, puis les mettre debout et les habiller avant de les envoyer au travail.

Q. — Quelle est la durée du sommeil ?

R. — Nous ne pouvions jamais les mettre au lit avant 11 h., le temps de leur donner quelque chose à manger, et alors ma femme avait l'habitude de veiller toute la nuit par peur de ne pas les réveiller à temps.

Q. — A quelle heure aviez-vous l'habitude de les réveiller ?

R. — En général ma femme et moi nous nous levions à 2 h. du matin pour les habiller.

Q. — Ainsi elles n'avaient pas plus de quatre heures de sommeil ?

R. — A peine quatre.

Q. — Combien de temps cela a-t-il duré ?

R. — Environ six semaines

Q. — En général elles travaillaient de 6 h. du matin à 8 h.30 du soir ?

R. — Oui, c'est exact.

Q. — Est-ce que les enfants étaient fatiguées par ce régime ?

R. — Oui, beaucoup. Plus d'une fois elles se sont endormies la bouche pleine. Il fallait les secouer pour qu'elles mangent.

Q. — Vos enfants ont-elles souffert d'accidents ?

R. — Oui, ma fille aînée, la première fois qu'elle alla travailler, eut le doigt pris dans un engrenage jusqu'au-delà de l'articulation, et elle

resta cinq semaines à l'hôpital de *Leeds*.

Q. — Son salaire lui a-t-il été payé pendant ce temps ?

R. — Non, dès que l'accident fut arrivé, son salaire fut arrêté.

Q. — Vos enfants ont-elles été battues ?

R. — Oui, chacune d'elles.

Q. — Quel était leur salaire en semaine normale ?

R. — Trois shillings par semaine chacune.

Q. — Et quand elles faisaient des heures supplémentaires ?

R. — Trois shillings et sept pence et demi.

Le travail est bien ici fidèle à son étymologie latine de torture physique, d'autant plus monstrueuse qu'elle s'applique à des corps d'enfants, loués pour un salaire misérable, exploités au-delà des limites de leur forces, privés de sommeil, mal nourris, battus, déchirés par les machines. Ce sont des faits de ce genre qui expliquent la volonté d'agir animant le mouvement ouvrier, et la volonté de comprendre animant ses penseurs [79]. Comprendre comment les rêves de liberté et d'égalité avaient pu engendrer de tels cauchemars. Et ces faits expliquent aussi dans l'ordre juridique l'apparition du droit du travail, dont la première raison d'être fut précisément la protection des enfants contre l'emprise physique qui résultait du louage de leurs services [80].

Notes du chapitre

- [1] † Il s'agit de l'article 1780, toujours en vigueur, qui proscriit l'engagement à vie, et de l'article 1781, abrogé en 1868, qui réglait au bénéfice du maître la question de la preuve du paiement des gages.
- [2] † Cf. F. Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, t. I, 2^e éd. LGDJ, 1954, n° 10, p. 26.
- [3] † G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Paris, Larose et Forcel éd., 3^e éd. 1889, t. III, p. 437-439.
- [4] † V. A. Tissier, « Le code civil et les classes ouvrières » in *Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, t. 1, p. 71-94 ; E. Lambert, « Le droit civil et la législation ouvrière », *Rev. gén. de dr.*, 1904, p. 152-241.
- [5] † A. Roland, « Le droit social et la magistrature », *Ann. de l'Inst. de dr. du trav. et de la séc. soc. de Lyon*, 1956, p. 21-30.
- [6] † « Le code civil et les classes ouvrières », *op. cit.*, p. 89.
- [7] † Cf. en ce sens Capitant et Cuhe, *Cours de législation industrielle*, Paris, Dalloz, 1921, 566 p., v. p. 153.
- [8] † Cf. L. Chevalier, *Classes laborieuses, classes dangereuses, à Paris, pendant la première moitié du XIX^e siècle*, Paris, Plon, 1958, rééd. LGF, 1978, 729 p. Sur les abus patronaux rendus possibles par le livret ouvrier, v. Villermé, *Tableau de l'état physique et mental des ouvriers employés dans les manufactures de coton de laine et de soie*, Paris, Renouard, 1840, 2 t., reprint EDHIS 1979, v. t. 2, p. 126 s.
- [9] † Cf. J. Le Goff, *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (1830-1985)*, Quimper, Calligrammes, 1985, 374 p., v. p. 41 ; F. Hordern, « Du louage de services au contrat de travail », *Cah. de l'Inst. rég. du trav.*, Univ. d'Aix-Marseille III, 1991, n° 3.
- [10] † Les coalitions patronales n'étaient sanctionnées que si elles étaient jugées injustes et abusives. Cette discrimination sera renforcée par les articles 414 et 415 du code pénal.
- [11] † Saleilles, « Le code civil et la méthode historique », *Livre du centenaire, op. cit.*, p. 115.
- [12] † Cf. l'intitulé des livres II et III.
- [13] † Rapport du tribun Mouricault, v. A. Fenet, *Travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1827, t. XIV, p. 339. Add. les extraits du Fenet publiés sous la dir. de F. Ewald, *Naissance du code civil*, Paris, Flammarion, 1989, 409 p., v. p. 380-382.
- [14] † V. *supra*, chap. préliminaire.
- [15] † P. Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. Soc.*, 1945, 298 ; G.-H. Camerlynck, « L'autonomie du droit du travail », *D.*, 1956, Chr., 23 ; G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 229-248.
- [16] † C. civ., art. 1102 : « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».
- [17] † Cf. J.-L. Gardies, « La rationalisation du droit chez Leibniz », in *Formes de rationalité en droit*, Arch. de philo, du dr., t. 23, Paris, Sirey, 1978, p. 115-130.
- [18] † A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil français*, Paris, LGDJ, 1973, 182 p., cit. p. 25.
- [19] † Sur cette conception, v. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, 183 p. ; T. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », *Rev. dr. publ.*, 1955, p. 5-53 ; *La logique judiciaire*, Actes du V^e colloque des IEF, Paris, PUF, 1969, 150 p. ; *La logique judiciaire*, Actes du II^e colloque de philosophie du droit comparé, Ann. Fac. droit de Toulouse, t. XV, fasc. 1, 1967, 262 p. ; *La logique du droit*, Arch. philo, du dr., t. 11, Paris, Sirey, 1966, 377

p.

- [20] † V. *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, livre XI, ch. 6. ; Paris, Gallimard/La Pléiade, « Œuvres complètes », t. 2, 1951, p. 404.
- [21] † Les nouvelles formes d'organisation du travail sont l'occasion toujours renouvelée d'observer ce premier réflexe des juges, de se borner à l'application mécanique de la convention des parties ; v. par exemple dans le cas des « astreintes » (exigence d'une disponibilité 24h/24 des salariés) l'argumentation de la Cour d'appel de Toulouse rapportée par B. Acar et G. Belier, « "Astreintes" et temps de travail », *Dr. Soc.*, 1990, 502, spéc. p. 507-508.
- [22] † « A raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail et par voie de conséquence aucun salaire n'est dû en principe lorsque le travail n'a pas été accompli » (Soc. 7 déc. 1957, *B. civ.*, IV, n° 1189).
- [23] † Ce trait n'est du reste pas propre au contrat de travail, et est inhérent à l'opération de qualification contractuelle, qui conduit toujours à définir les parties au moyen des marchandises ou des services dont le contrat organise l'échange : on a alors affaire à des personnes dans le sens le plus ancien du terme, c'est-à-dire à des masques, à des choses personnifiées (cf. M. Mauss, « Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi" », Londres, *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 1938, repris in *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, 8^e éd. 1983, p. 331-361).
- [24] † Ce développement reprend et actualise des analyses déjà soutenues in *Le juge et le droit du travail*, th., Bordeaux-I, 1979, dactyl. 1039 p.
- [25] † J. Carbone, *Droit civil*, Paris, PUF, t. 2, 10^e éd. 1977, n° 10, p. 38.
- [26] † A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, réimp. New York, Burt Franklin, 1968, 431 p. v. p. 83 s.
- [27] † M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, 318 p.
- [28] † L'expression est de Domat (liv. I, titre IV, section VIII) citée par G.-H. Camerlynck, *op. cit.*, p. 2.
- [29] † P. Cuhe, « La définition du salarié et le critère de la dépendance économique », *DH*, 1932, Chr., 301. La critique reprend celle de Planiol qui à l'expression « contrat de travail » aurait préféré « contrat de louage de travail » (v. *Traité élémentaire de droit civil*, II^e éd. t. 11, n° 1826).
- [30] † Pas seulement les plus importants, comme la vente (art. 1582) le louage (art. 1709) ou le mandat (art. 1984), mais aussi le commodat (art. 1875), le bail à cheptel (art. 1800), simple (art. 1804), ou à moitié (art. 1818), etc.
- [31] † G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, t. XXI, 3^e éd. 1907.
- [32] † Pothier, *op. cit.*, n° 393.
- [33] † V. P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 2, 1950, n° 127 ; A. Brun et H. Galland, *Traité de droit du travail*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1978, t. 1, n° 281 ; G.-H. Camerlynck, *op. cit.*, n° 43, p. 52, dont on retiendra la définition suivante : « convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération ».
- [34] † V. par ex. G.-H. Camerlynck, *op. cit.*, n° 132, p. 156. ; A. Brun et H. Galland, *op. cit.*, n° 414, p. 474 ; P. Durand et A. Vitu, *op. cit.*, n° 168, p. 301.
- [35] † Cf. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, Paris, Sirey, t. 2, vol. 1, « Les obligations », 1^{re} éd. 1962, n° 164, p. 150. Sur cette question, v. déjà *Le juge et le droit du travail*, th., univ. de Bordeaux-I, 1979, p. 70 s.
- [36] † J. Carbone, *Droit civil*, Paris, PUF, t. 1, 11^e éd. 1977, n° 48.
- [37] † Sur la place de cette dernière en droit social, v. G. Lyon-Caen, « Une vieillesse sans

droit », *D.*, 1991, Chr. XXI, p. 112.

[38] † Cf. F. Guélaud *et al.*, *Pour une analyse des conditions du travail ouvrier dans l'entreprise*, Paris, A. Colin, 1975, 245 p. ; S. Dassa, *Travail salarié et santé des travailleurs*, Soc. trav. 1976, p. 394-410 ; « Projet », *La santé de l'homme au travail*, n° 108, sept.-oct. 1976. ; C. Dejours, *Travail : usure mentale. Essai de psychopathologie du travail*, Paris, Centurion, 1980 ; C. Dejours *et al.*, *Plaisir et souffrance dans le travail*, Paris, CNRS/AOCIP, 1988, t. 1, 145 p.

[39] † P. Grandjean, *Précis d'ergonomie. Organisation physiologique du travail*, Paris, Dunod, 1969 ; P. Cazamian, *Leçons d'ergonomie industrielle. Une approche globale*, Paris, Cujas, 1973.

[40] † L'ergonomie distingue cinq postures principales (assise, debout, agenouillée, couchée, accroupie), elles-mêmes divisées en quatorze sous-groupes (cf. F. Guélaud *et al.*, *op. cit.*, p. 228 s.).

[41] † Sur les limites que la jurisprudence a dû tracer à cette normalisation vestimentaire, v. J. Savatier, « La liberté dans le travail », art. cité, p. 56, col. 1.

[42] † *C. trav.*, art. L. 122-34.

[43] † Sur l'interdiction des coiffures vaporeuses, v. C.A. Poitiers, 14 nov. 1973, *D.*, 1974, J., 68 ; et des chemisiers transparents : C.A. Nancy, 29 nov. 1982, *D.*, 1985, J., 354, note Lapoyade Deschamps.

[44] † Par exemple une interdiction de fumer : v. T. Grumbach, « La gestion disciplinaire : le droit de l'apparence. L'exemple du site Talbot-Poissy », *Travail*, n° 5/6, nov. 1984, p. 46-73.

[45] † Sur la situation antérieure à la loi du 4 août 1982, v. J. Rivero, « Note sur le règlement intérieur », *Dr. Soc.*, 1979, 1 ; G. Courtieu, *L'entreprise société féodale*, Paris, Seuil, 1975, 204 p. ; A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « Droit et direction du personnel », *Dr. Soc.*, 1982, p. 56-69 ; sur la loi nouvelle G. Lyon-Caen, « Du nouveau sur le règlement intérieur et la discipline dans l'entreprise », *D.*, 1983, Chr., p. 7 ; B. Soinne, « Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur », *Dr. Soc.*, 1983, 509 ; cette loi a facilité la lutte contre les abus de ce pouvoir normatif, en même temps qu'elle lui donnait une base légale ; l'étude systématique de son impact sur le contenu des règlements reste à faire.

[46] † Cette surveillance se trouve aujourd'hui facilitée par les ressources de l'informatique et de l'électronique, auxquelles recourent de plus en plus d'entreprises ; V. C. Lenoir et B. Wallon, « Informatique, travail et libertés », *Dr. Soc.*, 1988, 213.

[47] † R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, th. Paris, LGDJ, 1939, 546 p. ; R. Saint-Alary, « Les droits de l'homme sur son propre corps. Etude de droit français », *Ann. Fac. droit Toulouse*, t. 6, fasc. 1, 1958, p. 47 s. ; A. Decocq, th. 1960 préc. ; Domages, *Le corps humain dans le commerce juridique*, th. Paris, 1976 ; Tvx. Capitant, *Le corps humain et le droit*, Paris, Dalloz, t. XXVII, 1975, 536 p.

[48] † Cf. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, 11^e éd. n° 53, p. 231 ; B. Edelman, « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *D.*, 1970, Chr., p. 119.

[49] † J. Carbonnier, *op. cit.*, *loc. cit.*

[50] † R. Nerson, th. préc., p. 131.

[51] † J. Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*, t. 1, 11^e éd. 1977, n° 48, p. 22.

[52] † Cf. B. Edelman, « Esquisse d'une théorie du sujet », art. cité, 119.

[53] † V. not. R. Nerson, « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *Rev. trim. civ.*, 1970, 660 ; J. Baudouin et C. Labrusse, *Produire l'homme : de quel droit ?*, Paris, PUF, 1987 ; F. Terre, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987 ; R. Draï et M. Harichaux (dir.), *Bioéthique et droit*, Paris, PUF, 1988, 301 p.

[54] † Cf. M. Harichaux, « Le corps objet », in *Bioéthique et droit*, *op. cit.*, p. 130-147, spéc. p. 144 s.

[55] † Cf. M. Deslandres, « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, p. 241 s., spéc. p. 252-253 ; et G.

Gurvitch, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932, réimp. 1972, p. 629 s.

[56] † Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1924, 4^e éd. 1924, p. 588.

[57] † Ripert et Boulanger sur Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1947, n° 2948 ; rapp. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, n° 109, p. 275 s.

[58] † P. Durand et A. Vitu, *op. cit.*, t. 2, n° 130, p. 228. ; G.H. Camerlynck, *op. cit.*, n° 41, sp. p. 49 s. ; P. Ollier, *Le droit du travail*, Paris, A. Colin, 1972, p. 71 ; J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail* Paris, PUF, 11^e éd. 1989, p. 77.

[59] † L. Mengoni, *Le contrat de travail en droit italien*, CECA, Eurolibri, 1966, n° 3, p. 421 s.

[60] † J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. Soc.*, 1990, p. 49-58, cité p. 56.

[61] † F. Chabas, « Le corps humain et les actes juridiques en droit français », in Tvx Capitant, t. XXVI préc., p. 225-245, cité p. 226. ; v. dans le même sens R. Nesson, th. préc., n° 186, p. 409 s., pour qui la personne physique n'est pas un élément essentiel du contrat de travail.

[62] † In *Le contrat de travail*, *op. cit.*, n° 41, p. 50.

[63] † Ces lignes étaient écrites avant la publication de la thèse de Th. Revet sur *La force de travail* (th., Montpellier, 1991, Paris, Litec, 1992 ; v. aussi de cet auteur : « L'objet du contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1992, 859). Cette tentative brillante de donner statut juridique à la force de travail en tant que « chose non ordinaire » (art. cité, p. 865) demeure une façon élégante de contourner la difficulté en recourant à une notion économique (la force de travail) dont la consistance juridique demeure douteuse.

[64] † G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 276.

[65] † G. Scelle, *Le droit ouvrier*, Paris, A. Colin, 2^e éd. 1929, p. 111.

[66] † V. contra la thèse défendue au début du siècle par E. Chatelain, visant à reconnaître au travailleur un droit de propriété sur la chose travaillée, et analysant le contrat de travail en une vente de cette chose à l'employeur (« Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail », *Rev. trim. civ.*, 1904, p. 313 s. ; et « Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail », *Rev. trim. civ.*, 1905, p. 271 s.). Cette thèse, vivement critiquée (v. not. F. Geny, « Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail », *Rev. trim. civ.*, 1902, p. 333 s. ; Planiol et Ripert, t. 11, n° 778, p. 21), a dû être rapidement abandonnée.

[67] † G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, 208 p., v. n° 8, p. 5. C'est l'une de ces fortes vérités que la ruine du marxisme va enfin permettre de redécouvrir dans l'œuvre de Marx (v. *Travail salarié et capital*, 1847, trad. fr. Paris, Ed. Soc., 1968, 126 p., spéc. p. 20-23 ; et *Le capital*, 1867, liv. 1, sect. 2, chap. 6, trad. Roy, Paris, Garnier Flammarion, 1969, p. 130 s.) en même temps quelle finit de dissiper les illusions dont elles étaient accompagnées. Par exemple celle qui consistait à croire que l'expropriation des moyens de production transformerait la condition salariale : peu importe ici que le capital soit possédé par une personne privée ou publique, ce qui importe c'est qu'il ne soit pas la propriété de celui qui travaille.

[68] † Cf. M. Mauss, « Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi" », Londres, 1938, repris in *Sociologie et anthropologie*, *op. cit.*, p. 350 s.

[69] † « Qui est là ? une personne, personne », questionne J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », in *Arch. de philo., du dr.*, Paris, Sirey, t. 4, 1989, p. 97-207, cité p. 98.

[70] † M. Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, cité par Aurel David, *op. cit.*, p. 1 et 72.

[71] † Spécialement le bouddhisme : v. R. de Berval (dir.), *Présence du Bouddhisme*, Saigon, 1959, rééd. Paris, Gallimard, 1987, 816 p., spéc. p. 62 s, 77 s., 103 s. 123 s., 159 s., etc. Sur cette nécessaire mise à distance de nos catégories occidentales, v. les travaux d'anthropologie juridique, et not. en France ceux de Norbert Rouland (spéc. *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, 496 p. ; et *Aux confins du droit*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1991, 318 p.), ou de R. Verdier

(revue *Droit et culture*).

[72] † Sur le concept de personne morale, v. les fines observations de G. Teubner, « Enterprise corporatism : new industrial policy and the “essence” of the legal person », *American Journal of Comparative Law*, XXXVI, 1988, n° 1, p. 130 s.

[73] † L'analyse juridique participe évidemment ici de la manière occidentale de penser les rapports du corps et de l'esprit. Cette opposition entre *psyché* et *soma* a par elle-même une valeur normative, qui appelle analyse et mise à distance : v. là-dessus la grande œuvre de G. Groddeck, *Das Buch vom es*, 1923, Wiesbaden, Limes Verlag ; trad. fr. *Le livre du ça*, Paris, Gallimard, 1973.

[74] † J.-C. Javillier, « L'obligation de loyauté des cadres », *Dr. ouv.*, 1977, 133.

[75] † Cf. « Le progrès des lumières dans l'entreprise », in *Les transformations du droit du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen, 1989, p. 463-484, spéc. 468 s. Sur « le pouvoir d'être soi-même » à l'usine, v. le témoignage de R. Sainsaulieu, *L'identité au travail*, Paris, Presses de la FNSP, 3^e éd. 1988, 477 p., spéc. p. 30 s.

[76] † Sur cette dimension des relations du travail au Japon, v. T. Hanami, *Labor Relations in Japan today*, Tokyo, Kodansha, 1^{re} éd. 1979, spéc. p. 36-72.

[77] † Villermi, *Tableau de l'état physique et mental des ouvriers...*, *op. cit.* ; A. Guépin et E. Bonamy, *Nantes au XIX^e siècle. Statistique topographique, industrielle et morale*, Nantes, P. Sébire, 1835, 374 p., rééd. crit. par Ph. Le Pichon, CRP, Univ. de Nantes, 1981, 459 p. ; pour l'Angleterre, v. F. Engels, *La situation de la classe laborieuse en Angleterre*, 1^{re} éd. Leipzig, 1845, éd. fr. Paris, Ed. Sociales, 1973.

[78] † Cf. L. H. Parias (dir.), *Histoire générale du travail*, Paris, Nvelle Lib. de France, t. 3, 1964, p. 40-41. Les politiques de flexibilisation conduites par exemple au Royaume-Uni dans les années 1980 ont favorisé un regain de l'exploitation du travail des enfants, ainsi que le montre la récente enquête de C. Pond et A. Searle, *The hidden army. Children at work in the 1990s*, Londres, 1990, Low pay unit pamphlet, n° 55, 29 p.

[79] † « Il est sûr, écrit ainsi Ph. Le Pichon (*op. cit.*, p. 42), que *Le Capital* serait bien la somme rébarbative et indigeste dont certains ont l'image, si l'on n'y trouvait, racontées en de longues et poignantes pages s'appuyant sur de stricts et incontestables rapports d'enquêtes, la lamentable mais véridique histoire de la prolétarisation misérable de masses humaines dont la souffrance fournit le ressort à la volonté de comprendre qui est celle de Marx. »

[80] † Cf. les lois de 1833 en Angleterre, 1839 en Prusse et de 1841 en France sur le travail des enfants ; sur cette dernière, considérée généralement comme l'acte de naissance du droit du travail français, v. Y. Brissaud, « La déchéance de la famille ouvrière sous la Restauration et la Monarchie de juillet, aux origines de la législation sociale », in *Le droit non civil de la famille*, Poitiers, PUF, 1983, p. 65-103 ; Ph. Sueur, « La loi du 22 mars 1841. Un débat parlementaire : l'enfance protégée ou la liberté offensée », in *Histoire du droit social*, Mélanges J. Imbert préc., p. 493-508.

Chapitre II. Le travailleur, sujet de droit

Il faut donc revenir, pour comprendre quelque chose au droit du travail, à cette antinomie première entre patrimonialité du travail et suprapatrimonialité du corps humain, car c'est sur elle que le droit du travail s'est d'abord cristallisé par strates successives. L'analyse contractuelle appréhendant le travail comme un « bien », le droit du travail consiste en somme à remettre ce « bien » dans sa peau, à réinsérer la dimension corporelle, et donc extrapatrimoniale, du travail dans le jeu des catégories du droit des obligations, et à partir de là, à y réinsérer, par cercles concentriques, tous les autres aspects de la personne du travailleur. Le droit du travail s'institue dans cette réapparition de valeurs non patrimoniales dans un échange marchand : d'abord la valeur du corps, « substratum de la personne » [1], puis celle de cette personne en général, c'est-à-dire du travailleur [2], qui cesse d'être envisagé comme un contractant ordinaire. De l'un à l'autre il n'y a pas de rupture, mais seulement une gradation qui, à partir de l'idée de sécurité physique de la personne (la sécurité dans le travail), s'étend à sa sécurité économique (la sécurité par le travail), puis au respect de son identité, d'abord son identité par le travail, puis son identité dans le travail. Il ne s'agit pas ici de décrire, même sommairement, les dispositions techniques qui répondent à ces objectifs, mais de faire sentir cette dynamique du droit du travail, de montrer, comme sur la coupe d'un tronc d'arbre, les cercles successifs qui témoignent de sa croissance.

I - Sécurité

A - La sécurité dans le travail

Dans la relation de travail, le travailleur, à la différence de l'employeur, ne risque pas son patrimoine, il risque sa peau. Et c'est d'abord pour sauver cette dernière que le droit du travail s'est constitué. C'est-à-dire pour affirmer un impératif de sécurité dans le travail. La sécurité des personnes, entendez leur sécurité physique, est un principe fondamental de l'état de droit — *i.e.* d'une société « civilisée » [3]. Or les concepts du droit civil se sont avérés incapables d'assurer cette sécurité dans l'entreprise, parce que le droit civil des obligations n'a pas de prise sur une situation où les individus n'ont plus la maîtrise de leur corps, où celui-ci devient une source d'énergie s'insérant dans une organisation matérielle conçue par autrui. Le droit du travail a eu pour premier objet de suppléer cette défaillance du droit civil des contrats, et donc de « civiliser » les relations de travail, en étendant à l'intérieur des entreprises le principe de la sécurité des personnes. Cette idée de sécurité physique a été, et demeure, le cœur du droit du travail. C'est elle qui apparaît à l'origine historique de tous les droits du travail européens [4]. C'est elle qui, dans les systèmes les plus dominés par l'abstentionnisme étatique en matière de relations de travail, constitue la part irréductible d'un droit du travail imposé par la puissance publique [5]. C'est elle qui se retrouve au centre de l'édification du droit social européen, telle qu'on l'observe par exemple dans l'Acte unique, qui a étendu à cette question de la santé et de la sécurité au travail, et à elle seule, la règle de la prise de décision à la majorité des Etats membres de la Communauté européenne [6]. C'est elle enfin qui, après avoir occupé une place centrale dans la création de l'Organisation internationale du travail (OIT), continue d'inspirer une part substantielle des conventions ou recommandations qui émanent de cette Organisation [7]. Il y a dans

cet ensemble de normes la consécration internationale d'un véritable droit fondamental du travailleur : son droit à l'intégrité physique, dont la formulation la plus claire est sans doute celle du droit européen : « L'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail » [8]. Ce droit déborde d'ailleurs aujourd'hui le cadre du droit du travail, et le Conseil constitutionnel admet d'une façon générale que l'impératif de la protection de la santé publique est un principe de valeur constitutionnelle, qui justifie que des restrictions soient apportées à d'autres principes de même valeur, comme le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre [9].

L'ampleur des dispositions répondant à cette idée de sécurité dans le travail est généralement sous-estimée. On pense bien sûr en premier lieu aux dispositions qui assurent une *protection des travailleurs contre les lésions physiques*, telles les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, à la médecine du travail, aux accidents du travail et aux maladies professionnelles [10]. Dispositions dont le caractère détaillé, réglementaire, et le plus souvent technique ou prosaïque rebute généralement les juristes (le code du travail doit bien être le seul de tous nos codes à se préoccuper de façon aussi minutieuse de l'aménagement des latrines [11] !), mais qui opèrent une saisine juridique du corps, de ses organes, de leur possible détraquement et de leur inévitable usure [12]. Il y a là un ensemble de dispositions fort importantes pour la vie quotidienne des salariés, et dont il faut surtout noter le caractère extrêmement dynamique. C'est François Ewald qui a montré dans sa thèse comment la prise de conscience du risque d'accident du travail avait joué un rôle décisif dans la remise en cause des principes sur lesquels reposait le droit de la responsabilité dans le code civil [13]. L'apparition et le développement extraordinaire d'une responsabilité civile « objective », c'est-à-dire fondée sur l'idée de risques et non plus sur celle de faute, fut ainsi la conséquence directe de l'objectivation du corps humain dans le contrat de travail. C'est parce que dans l'exécution de ce contrat le corps du salarié cesse

d'être le siège d'une libre volonté individuelle, pour devenir une chose vivante insérée dans une organisation conçue par autrui, que la personne du salarié cesse d'être tenue pour responsable de ce qu'il advient de son propre corps. Tirant le corps humain du côté des choses, et non pas des personnes, le contrat de travail tire du même côté les principes de la responsabilité, qui cesse d'être une responsabilité du fait des personnes pour devenir une responsabilité du fait des choses. Cet exemple topique montre bien que le constat de l'objectivation du corps du salarié dans l'exécution du contrat de travail fut la condition première de la protection de sa personne. Mais la portée de l'idée de sécurité dans le travail ne se limite pas aux règles techniques qui visent à prévenir ou à réparer les lésions physiques que peut occasionner le travail. Elle s'étend à tous les aspects de l'existence biologique du travailleur. Et tout d'abord à ce qu'on appelle aujourd'hui la chronobiologie, c'est-à-dire aux rythmes du vivant. Pendant des millénaires, c'est l'alternance du jour et de la nuit qui a imposé le respect de la nécessaire alternance de l'effort et du repos [14]. A cette loi solaire était venue s'ajouter la loi divine, prescrivant le repos dominical, prescription elle-même alourdie par l'autorité de l'Eglise, qui imposait de chômer de nombreux jours de fête religieuse. Depuis l'aube de l'ère industrielle, le développement de l'éclairage artificiel a fait perdre au soleil son empire sur l'organisation du travail des hommes, tandis que le triomphe des « Lumières » légitimait la suppression des repos prescrits par l'Eglise [15]. La patrimonialisation du travail humain opérée à la même époque par le code civil permettait de donner son plein effet à cette liberté nouvelle, en traitant le travail comme une chose utilisable à tout instant. C'est le droit du travail qui a pris le relais de l'antique législation solaire et religieuse, en y substituant partiellement une rationalité biologique et médicale [16]. Partiellement seulement car notre code du travail porte trace des vieux interdits, par exemple dans le choix du dimanche pour la fixation du repos hebdomadaire dans la liste des jours fériés [17], ou dans ce qui subsiste d'interdiction du travail de nuit [18]. Depuis sa

plus lointaine origine, c'est-à-dire depuis la limitation de la durée du travail des enfants, le droit du travail a eu ainsi pour objet de rappeler la sphère économique au respect des contraintes biologiques qui pèsent sur la définition du temps de travail [19]. Depuis lors cette réglementation du temps de travail a accueilli aussi d'autres préoccupations, liées à l'évolution des techniques et des modes d'existence, qui ont conduit à perdre un peu de vue ce qui fut sa raison première. Mais celle-ci demeure en réalité le noyau dur de ces dispositifs juridiques, comme le montre l'examen de ce qui reste de normes « indérogeables » dans le domaine de la durée du travail : essentiellement le droit à un minimum de repos [20].

Le droit du travail a aussi pour objet d'opérer la saisine juridique de tous les aléas physiques qui pèsent sur l'accomplissement du travail. Le corps étant l'objet du contrat de travail, tout ce qui l'affecte affecte aussi nécessairement ce contrat : l'âge, le sexe, la maternité, la maladie, etc. Dès la conclusion du contrat de travail, s'ajoute ainsi aux conditions habituelles de validité des conventions (le consentement, la capacité, l'objet et la cause) une condition particulière d'aptitude physique à l'emploi, dont le respect doit être vérifié ensuite régulièrement [21]. Cette condition recouvre d'une façon générale des « considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé » (*C. trav.*, art. L. 241-10-1), qui se trouvent précisées dans la réglementation du travail des femmes et des jeunes travailleurs [22]. La notion d'aptitude à l'emploi mériterait plus d'attention qu'il ne lui en est généralement témoignée [23]. A l'évidence elle est étroitement liée à la condition de licéité de l'objet de la prestation du salarié : pour être licite cet objet doit consister dans un corps apte au travail, et l'inaptitude, privant le contrat d'un objet licite, conduit soit à le rompre, soit à en redéfinir les termes dans des conditions compatibles avec l'état physique du travailleur. Cette dernière solution, à laquelle incite le code du travail [24], permet de résoudre l'opposition que l'inaptitude fait surgir entre l'impératif de sécurité physique dans le travail et celui de sécurité économique par le

travail. C'est la même antinomie que permet d'affronter la technique de la suspension du contrat de travail, en cas d'inaptitude physique passagère, résultant soit de la maladie, soit de la grossesse [25]. Le succès de cette technique en droit du travail, et les développements originaux qu'elle y a connus [26], viennent justement de ce qu'elle permet de mettre entre parenthèses la conception patrimoniale du travail, et de forcer ainsi au respect des valeurs suprapatrimoniales qui s'attachent à la santé ou à la reproduction du corps humain. La suspension du contrat permet en somme de faire prévaloir le bien du travailleur sur le travail comme bien, la personne sur la chose. Et derrière le jeu momentanément interrompu des mécanismes contractuels, elle tisse un lien juridique d'une autre nature entre l'employeur et le salarié : un lien personnel, plus stable, et différent de l'échange synallagmatique des prestations. Cette technique de la suspension, qui permet de mettre le corps du salarié à l'abri des risques inhérents au travail, tout en préservant la pérennité de l'emploi, est une illustration particulièrement remarquable de la dynamique propre à l'idée de sécurité du travailleur : apparue d'abord comme sécurité dans le travail, elle étend irrésistiblement ses effets à la sécurité par le travail.

B - La sécurité par le travail

Reconnaître la position centrale du corps humain dans la relation de travail ne conduit pas seulement à poser le problème des risques encourus dans l'exécution du travail, mais aussi celui de la subsistance du travailleur. Il ne suffit pas de faire en sorte que le travailleur sorte indemne de la relation de travail ; il faut aussi qu'il y trouve les moyens de perpétuer sa force de travail, c'est-à-dire les moyens de vivre et de faire vivre les siens. L'idée de sécurité économique par le travail prolonge ainsi naturellement celle de sécurité physique dans le travail. Par la séparation qu'elle institue entre le travail et la personne,

l'analyse civiliste et contractuelle de la relation de travail s'avère incapable d'assurer cette sécurité économique. La personne y est envisagée comme volonté désincarnée, dont l'existence est indépendante des revenus qu'elle peut tirer de son patrimoine, et spécialement de l'essentiel de ce patrimoine que serait sa force de travail. Si cette force, ou si le travail vient à manquer, le travailleur disparaît tout simplement de la scène contractuelle. De ce point de vue, la situation juridique du travailleur libre est pire que celle de l'esclave, qui est en principe assuré de voir sa force de travail et sa progéniture entretenues par son maître. L'idée selon laquelle l'esclave serait le plus heureux des non-proprétaires a d'ailleurs été avancée au XIX^e siècle par les partisans de la traite des Noirs, tandis que les économistes libéraux, tels Adam Smith ou Jean-Baptiste Say, constatant que les esclaves coûtaient plus cher que des travailleurs libres, dénonçaient l'esclavage comme un non-sens économique [27]. Né de la nécessité de garantir la sécurité du travailleur, sa sécurité physique dans l'entreprise, le droit du travail devait naturellement tendre à assurer la sécurité des revenus du travailleur. Comme celui de la sécurité dans le travail, ce problème peut être posé en termes d'attribution des risques [28] : qui doit supporter les risques, et les coûts, de l'entretien et de la reproduction de la force de travail ? La réponse du droit civil des contrats (les risques pèsent exclusivement sur le salarié puisque cette force de travail est une part de son patrimoine) ayant conduit aux monstruosité et aux révoltes que l'on sait, il a bien fallu attribuer à d'autres une part de ces risques. Ce déplacement s'est opéré de diverses façons, soit en direction de l'employeur, soit en direction de la collectivité nationale ou professionnelle, mais il a toujours répondu au même objectif : assurer au travailleur les moyens de subsister. Il y a là un principe général de garantie des revenus du travailleur, qui s'ajoute au principe d'intégrité physique, et a reçu comme ce dernier, bien que dans des conditions juridiques plus complexes, une consécration internationale. Cette garantie des revenus du travailleur se développe sur deux plans

différents : d'une part celui des revenus du travail, et d'autre part celui des revenus de substitution, qui permettent au travailleur de subsister lorsqu'il ne peut pas travailler.

La garantie des revenus du travail concerne essentiellement le droit des salaires. Elle s'exprime dans le régime juridique de la créance salariale, par lequel est organisée une garantie de recouvrement [29], et surtout dans les normes garantissant un revenu minimal du travail. C'est ainsi que la constitution de l'Organisation internationale du travail (OIT) prescrivait dès 1919 « le paiement aux travailleurs d'un salaire leur assurant un niveau de vie convenable, tel qu'on le comprend dans leur temps et dans leur pays », prescription qui fut ensuite précisée par diverses conventions internationales visant à garantir des minima de salaire [30]. La Déclaration de Philadelphie (1944) affirma de son côté la nécessité d'assurer « un salaire minimum vital pour tous ceux qui ont un emploi et ont besoin d'une telle protection », tandis que la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948) posait le principe d'un salaire « équitable » permettant une existence « décente ». Des formules du même genre figurent dans la Charte européenne des droits sociaux fondamentaux, prévoyant que « tout emploi doit être justement rémunéré », et que, selon des modalités propres à chaque pays, soit « assurée aux travailleurs une rémunération équitable, c'est-à-dire une rémunération suffisante pour leur permettre d'avoir un niveau de vie décent » [31].

Pour vagues qu'elles soient, ces formules suffisent à mettre en évidence la dynamique de l'idée de garantie du montant du salaire. L'idée de minimum vital qui a inspiré les premières lois sur le salaire n'était pas très éloignée de la « loi d'airain des salaires » que les économistes croyaient avoir découverte [32], puisqu'elle conduit à garantir juridiquement la perpétuation de la force de travail à laquelle tendrait naturellement la loi du marché. Mais de ce minimum vital on est vite passé à l'idée d'un salaire « décent » ou « suffisant », c'est-à-dire indexé non plus seulement sur les exigences biologiques de la reproduction de la force de travail, mais sur les exigences sociales

résultant de l'état général de richesses de la société à laquelle appartient le travailleur. Cette tension entre ce qui est biologiquement et ce qui est socialement nécessaire s'est par exemple exprimée dans les premières discussions relatives au montant du salaire minimum en France, où l'on vit les patrons se diviser sur l'évaluation de ce minimum : fallait-il s'en tenir au minimum calorique en matière alimentaire ? et à une seule chemise et deux chaussures ? « Minimum-minimum ou minimum de décence ? » [33] En réalité une pente juridique irrésistible conduit le droit du travail du minimum vital au minimum de niveau de vie. Car l'affirmation d'un droit au minimum vital est beaucoup plus ancienne, et de portée beaucoup plus générale que les droits qui peuvent être tirés de la relation de travail : elle est le corollaire du droit à la vie, et a donc vocation à s'étendre à tous, travailleurs ou non. On connaît la longue histoire de cette idée de droit au minimum vital, et ses illustrations les plus remarquables, telle la loi anglaise dite de *Speenhamland* [34], ou les plus récentes, telle la loi française instituant le revenu minimum d'insertion [35]. La reconnaissance juridique de ce droit au minimum vital ne peut que rejaillir sur la définition du salaire minimum : comment admettre que le statut de travailleur n'assure pas plus de droits que celui de n'importe quel indigent inactif ? Et comment éviter que le minimum vital garanti à ce dernier ne le détourne de rechercher un travail ? Ces deux questions, qui furent au cœur des débats sur l'adoption du RMI en France en cette fin du xx^e siècle, comme elles l'avaient été au début du xix^e siècle à propos du système de *Speenhamland* en Angleterre, conduisent irrésistiblement à voir dans le revenu minimum du travail quelque chose de plus qu'un simple minimum vital : un minimum de niveau de vie. C'est cette idée qui présida en 1950 à la création en France du salaire minimum garanti (SMIG).

Mais cette idée à son tour porte en germe son propre dépassement, car ce niveau de vie minimum tend à s'apprécier non pas seulement en considération du coût de la vie à un moment donné, mais encore en considération de l'évolution générale de la rémunération du travail. La

vieille idée de juste salaire, dont les syndicats sont les porteurs, ne peut s'accommoder d'une situation où les travailleurs les moins bien payés n'auraient pas leur part d'un enrichissement général de la nation. D'où un nouveau glissement qui fit passer en France de l'idée de minimum garanti à celle de minimum de croissance, et au remplacement du SMIG par le SMIC (salaire minimum de croissance) en 1970, dans le but d'« éliminer toute distorsion durable entre la progression du salaire minimum (...) et l'évolution des conditions économiques générales et des revenus » [36]. Juridiquement cette innovation s'est traduite par la règle selon laquelle « l'accroissement annuel du pouvoir d'achat du salaire minimum de croissance ne peut être inférieur à la moitié du pouvoir d'achat des salaires horaires moyens » [37]. Mais pratiquement elle a conduit à une augmentation du salaire minimum bien supérieure à celle du salaire moyen [38]. On mesure ici la dynamique de l'idée de sécurité par le travail, qui à partir d'un objectif de garantie physique de survie a conduit à un objectif de garantie économique de « participation au développement économique de la nation » [39].

Malgré cette évolution, la garantie de pouvoir d'achat que le droit du travail offre ainsi au salarié ne peut suffire à assurer la sécurité économique de celui-ci. Car cette garantie ne sert à rien lorsque la force, ou le travail, viennent à manquer au travailleur. La prise en considération de la personne du travailleur, et de ses besoins, qui conduit à lui assurer des minima de salaires, conduit, par une nécessité qui n'est pas moins forte, à lui assurer une continuité de revenus. L'impact de ce principe de continuité des revenus du travailleur a été considérable. Elle procède d'une idée simple, presque d'une évidence : le travailleur doit survivre lorsqu'il est trop vieux ou malade, pour continuer à travailler, ou lorsqu'il perd son emploi. Mais cette idée simple a bouleversé les fondements mêmes de la conception synallagmatique de la relation de travail, et plus largement du système juridique « libéral » tout entier. D'un côté elle conduit à opérer une stabilisation de la relation de travail, stabilisation à laquelle répondent

des mécanismes juridiques aussi divers que le droit du licenciement, la suspension du contrat de travail ou son maintien en cas de transfert d'entreprise, etc. D'un autre côté elle conduit à organiser un transfert des coûts de l'inactivité du travailleur. Ce coût peut être reporté en tout ou partie sur l'employeur, par des mécanismes juridiques de type indemnitaire (comme les indemnités de licenciement ou de départ à la retraite) ou salarial (comme la mensualisation des rémunérations).

Mais il est le plus souvent financé par une socialisation des principaux risques : le chômage, la maladie et la vieillesse. Cette socialisation, dont le modèle historique a été le système imposé en Prusse par Bismarck, a emprunté à la fois aux vieilles techniques de mutualisation et d'assurance, et aux techniques fiscales.

D'abord opérée dans le cadre de la législation ouvrière, c'est-à-dire réservée aux seuls travailleurs salariés ayant de bas revenus, cette socialisation a étendu depuis ses ramifications à la société tout entière. L'histoire de ce processus et de sa consécration en droit international est bien connue [40], ou du moins devrait l'être, car il constitue le bouleversement social le plus important qu'aient connu les pays développés depuis le début de l'ère industrielle, bouleversement dont on a à peine commencé à mesurer tous les effets [41]. Qu'il suffise ici de souligner deux choses : la première est que la dynamique de l'idée de continuité du revenu a été telle qu'elle déborde aujourd'hui le cadre du droit du travail. Il serait facile de montrer par exemple l'influence qu'elle a exercée sur les politiques, française ou communautaire, du revenu agricole [42], ou sur la mise en place des régimes de vieillesse des travailleurs indépendants. La seconde est que le droit du travail continue d'être la source vive de ces dispositifs juridiques. Et cela de plusieurs manières. D'abord parce qu'il abrite toujours certains de ces mécanismes de socialisation, par exemple l'assurance chômage, ou les régimes de prévoyance complémentaire [43] ; ensuite parce que l'idée de la continuité du revenu a continué d'y développer ses effets malgré l'institution de la sécurité sociale, par exemple au travers des systèmes de

mensualisation qui conduisent à garantir le maintien intégral du revenu en cas de maladie, maintien que n'assure pas la sécurité sociale ; et enfin parce que le droit du travail exerce un effet d'attraction sur la définition des prestations sociales des salariés, dont le niveau tend à s'aligner sur celui du revenu d'activité [44], et que ces prestations aux salariés exercent elles-même un effet d'attraction sur les prestations des travailleurs indépendants (l'alignement de celles-ci sur celles-là fait l'objet de la politique dite d'« harmonisation », conduite en France depuis les années soixante-dix [45]).

Ces attractions sont si fortes que les notions issues du droit du travail peuvent finir par avaler toutes les autres, comme dans l'article L. 11-1 (c'est-à-dire l'article premier) du code de la sécurité sociale, aux termes duquel l'organisation de celle-ci « garantit les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain ». Apparaît ici un « travailleur » abstrait, qui peut être aussi bien salarié qu'indépendant, dirigeant que dirigé, commerçant qu'agriculteur ou médecin. Tous font partie du peuple des « travailleurs » que, dans son œcuménisme, le droit de la sécurité sociale soumet à un même principe de solidarité [46]. Cette catégorie juridique des « travailleurs et de leurs familles », au sens de la sécurité sociale, est la projection, dans le droit des personnes, de la notion de travail abstrait, que le louage de service avait fait apparaître en droit des obligations à l'aube de la révolution industrielle.

L'idée de sécurité économique du travailleur a ainsi connu une fortune extraordinaire et s'étend aujourd'hui aux professions jadis les plus sourcilleuses sur le chapitre de leur indépendance, comme les professions agricoles ou libérales, qui revendiquent maintenant des garanties quant au montant et à la continuité de leurs revenus. Pour les travailleurs salariés, la garantie du revenu est évidemment liée à la sécurité de l'emploi, mais cette dernière question n'en conserve pas moins une portée différente. Tout d'abord parce que dans un système juridique qui reconnaît la liberté d'entreprise, la sécurité de l'emploi ne peut être que relative, et l'assurance chômage y constitue donc la

principale garantie de continuité du revenu. Ensuite parce que la sécurité de l'emploi ne touche pas seulement à la sécurité économique, mais aussi, et peut-être surtout, à l'identité du travailleur.

II - Identité [47]

La multiplication des droits reconnus aux travailleurs, leur organisation en un système juridique, visent à assurer leur sécurité physique et économique. Mais les effets des lois ne se bornent jamais à ce qu'a voulu le législateur. La sociologie juridique a repéré depuis longtemps ce phénomène d'incidence dans l'application des lois, par lesquels des textes, « tout en ayant effet, [ont] un autre effet que celui que leur auteur avait voulu » [48].

Parmi les différentes manifestations de ce phénomène, il en est une qui concerne directement la question de l'identité des individus et qui, faute de mieux, peut être qualifiée d'*incidence affective*. Elle désigne le fait que les catégories juridiques les plus abstraites sont capables de faire naître des sentiments chez ceux qu'elles ont seulement pour objet de classer et de qualifier. La raison en est que ces classifications et ces qualifications juridiques ne restent pas extérieures à ceux qui en sont l'objet ; elles les imprègnent, font corps avec eux, et participent du rapport sensible qu'ils entretiennent avec eux-mêmes et avec autrui. L'agent contractuel qui devient fonctionnaire, l'époux qui se voit signifier son divorce, ou l'étudiant délivrer son diplôme, tout d'un coup, n'est plus tout à fait le même homme ; il se voit, et les autres le voient différemment ; il est d'un coup transporté d'un groupe social (celui des non-titulaires, des gens mariés, des étudiants) à un autre (celui des fonctionnaires, des célibataires, des diplômés). Autrement dit, au-delà du but rationnel qu'elles visent (fonctionnement des services publics, organisation de la séparation des époux, certification d'un niveau de connaissance), les qualifications juridiques ont toujours un impact sur l'identification et la socialisation des individus, impact qui n'est pas forcément voulu ni maîtrisé. Cette incidence affective réside dans le lien invisible qui unit ceux qui, sans être liés par un rapport juridique formel, se reconnaissent une même qualification juridique. Ce lien invisible, né du sentiment

d'appartenance à une même catégorie juridique, s'identifie absolument avec le lien de fraternité [49]. Dans la terminologie du droit civil, il s'agit d'un rapport collatéral au second degré, c'est-à-dire d'un lien indirect qui se noue dans une ascendance commune. Cette identité de structure autorise à y voir une fraternité dans la loi, *i. e.* une fraternité qui se noue dans la paternité mythique que représente la Loi [50], la Loi qui nous définit, et qui fait de nous ce que nous sommes. Les catégories juridiques les plus rationnelles engendrant ainsi un sentiment irrationnel de fraternité, l'horizon d'une rationalisation totale du Droit qu'entrevoit Max Weber [51] ne pourra jamais être atteint [52]. Le sentiment subjectif d'appartenance ou d'exclusion communautaire ne cessera de germer dans le sein même des catégories juridiques les plus objectives.

Ce phénomène est particulièrement visible dans les relations de travail, où les catégories juridiques définissent un véritable état professionnel, lourd de significations sociales. Ce terme d'« état », hérité de l'Ancien Régime, a pu continuer d'être utilisé au XIX^e siècle comme synonyme d'emploi qualifié, pour opposer les travailleurs ayant un état, c'est-à-dire relevant juridiquement et socialement d'un corps d'état, aux gens « sans état », c'est à dire sans qualification et sans appartenance à une communauté professionnelle qui les protégeât [53]. L'homme sans état est celui qui n'est pas établi, qui n'a pas de condition professionnelle stable, qui lui garantirait une place dans l'ordre social. La reconnaissance juridique d'une qualification professionnelle continuait donc au XIX^e siècle d'être la clé de voûte de l'insertion sociale des ouvriers, et c'est dans le cadre des « corps d'état » que pouvaient se tisser les formes les plus solides de la fraternité professionnelle. De nos jours encore, l'exemple le plus manifeste de ce type de sentiment est ce qu'on appelle communément l'esprit de corps, par lequel tout individu se sent affecté par le sort professionnel réservé à un membre quelconque de son corps d'appartenance. Cet esprit de corps peut être fondé sur une certification scolaire (on sait qu'en France les relations entre deux

ingénieurs différencieront profondément selon qu'ils sortent ou non de la même école, et même selon leur rang de classement à la sortie de cette école). Il peut être fondé aussi sur le type d'emploi occupé, comme on peut le voir dans la fonction publique, divisée en « corps » [54]. L'état professionnel continue ainsi de constituer de nos jours un élément décisif de l'identité de chacun.

Le succès remarquable de cette notion d'identité, notion d'autant plus volontiers déclinée aujourd'hui qu'elle exprime un sentiment de perte (perte d'identité culturelle, nationale, régionale, etc.), oblige à partir ici de son sens juridique, car l'identification des hommes est d'abord l'affaire du Droit, même si ce point est généralement ignoré des sciences sociales [55]. L'identification des personnes physiques résulte d'un ensemble de critères qui permettent de distinguer chaque homme de ses semblables, en lui reconnaissant une identité propre [56]. C'est d'abord cela l'identité : la résultante de traits juridiquement pertinents qui se retrouvent aussi bien dans le numéro national d'identification attribuée par l'INSEE, que sur la carte nationale d'identité délivrée par le ministère de l'Intérieur ou sur les actes de l'état civil. Ils situent chacun dans l'espèce, par la reconnaissance de son sexe, dans le temps, par son rattachement à un arbre généalogique, dans une patrie, par la reconnaissance de sa nationalité, et dans l'espace, par la localisation de son domicile ou de sa résidence. L'attribution du nom, au sens large, résume cette identification pour les besoins de la vie quotidienne.

La profession demeure l'un de ces éléments constitutifs de l'identité, comme en témoignent les dispositions du Code civil qui exigent des actes de l'état civil l'indication des « prénoms, noms, professions et domicile de tous ceux qui y seront dénommés » [57]. La place occupée par chacun dans la division du travail social constitue l'un des éléments fondamentaux de son identification juridique. La question de l'identité intéresse donc à l'évidence le droit du travail, qui régit la situation professionnelle de plus de huit personnes actives sur dix [58]. Et cependant les juristes qui se sont préoccupés de cette

question de l'identité ignorent généralement sa dimension professionnelle, même lorsqu'ils étendent leur réflexion au-delà du droit civil, par exemple au droit de la nationalité [59]. Et cependant les enjeux d'identité qui sont à l'œuvre en droit du travail ne peuvent être ignorés, car ils éclairent la dimension collective acquise par les rapports de travail (A), ainsi que le mouvement d'individualisation qui la remet aujourd'hui en cause (B).

A - L'identité collective par le travail

L'apport du droit du travail à la définition juridique de l'identité peut en effet apparaître au premier abord fort pauvre, et est en tout cas très paradoxal. Procédant du concept de travail abstrait, qu'il met en œuvre dans l'ordre juridique, le droit du travail fonde dans deux catégories juridiques extrêmement compréhensives — celles de salarié et d'employeur — la diversité infinie des professions. Cette réduction est le résultat direct de l'analyse contractuelle de la relation de travail et de l'anéantissement de l'organisation corporative d'Ancien Régime. Le contrat de louage de services ne définissait que deux positions : celles de « conducteur » [60] et de bailleur. A son tour le contrat de travail ne définit que deux identités juridiques possibles : celle d'employeur et de salarié. Au lieu d'être enracinée dans l'exercice d'une profession, d'un art déterminé, l'identité s'origine alors dans une position contractuelle. Patron ou ouvrier, employeur ou travailleur, capitaliste ou prolétaire : toutes ces oppositions binaires correspondent à celle de l'analyse contractuelle. La notion abstraite de travail, et son corollaire juridique, le contrat de travail, viennent ainsi transformer profondément le contenu de l'identité professionnelle, qui cesse d'être juridiquement définie par l'appartenance à une corporation déterminée, pour résulter de la position, dominante ou dominée, conférée par le contrat. Certes la diversité des professions ne disparaît pas entièrement de l'analyse juridique : le métier subsiste

sous la forme de la qualification reconnue au salarié par ce contrat, et la corporation, sous la forme de la « branche », dont les usages ou les conventions régissent aussi la relation de travail. Mais dans l'analyse contractuelle, cette diversité n'occupe plus qu'une place secondaire. Cet effacement de la diversité concrète des travaux humains appauvrit à l'évidence l'identité individuelle, mais elle autorise en retour l'apparition d'une identité collective chez ceux qui ont en commun de n'être que des « travailleurs » [61]. Et c'est bien sous cette forme collective que l'identité professionnelle s'est d'abord exprimée en droit du travail : par la reconnaissance juridique d'*institutions représentatives des travailleurs*. Procédant d'une volonté d'« anéantissement des corporations », l'analyse contractuelle tendait à éradiquer toute la dimension collective des relations de travail, et à réduire le monde du travail à une juxtaposition d'individus baillant leur services. La réappropriation d'une identité collective chez ces « bailleurs de peine » s'est opérée au travers de catégories juridiques nouvelles, qui ont mué les vieilles formes de regroupement professionnel, en les réinscrivant dans la logique binaire imposée par l'analyse contractuelle. Cette mutation est visible par exemple en droit syndical avec l'effacement du syndicalisme de métier au profit du syndicalisme d'industrie [62], ou en droit judiciaire, avec l'atténuation du caractère originellement très étroitement corporatiste des conseils de prud'hommes [63]. Mais qu'il s'agisse de l'institution prud'homale, des syndicats professionnels, ou des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, il s'agit toujours de faire monter sur la scène juridique la collectivité des travailleurs, autrement insaisissable, pour la placer en face d'un interlocuteur patronal, et rendre ainsi possible la prévention, la négociation ou la résolution des litiges. Cette mise en scène convie les travailleurs à se reconnaître dans « leurs » organisations représentatives ; les leurs puisqu'elles sont juridiquement habilitées à défendre leurs intérêts communs face à ceux des employeurs. Les catégories du droit du travail contribuent ainsi à forger une identité collective principalement fondée sur

l'opposition des intérêts des employeurs et des salariés, et à réunir ces derniers dans un sentiment d'appartenance à une même communauté des « travailleurs ».

Cette identité collective résulte également du développement de droits uniformément reconnus à tous les travailleurs. A partir du moment où le besoin de sécurité physique et économique des salariés s'est inscrit dans des droits, ces *droits des travailleurs* ont en effet constitué l'un des objets principaux de l'activité des organisations représentatives, qu'il s'agisse de faire respecter ceux qui existent ou d'en conquérir de nouveaux [64]. De la reconnaissance de ces droits, de leur accumulation et de leur organisation en système, émerge alors le Droit des travailleurs, à la fois procès-verbal et rempart des conquêtes d'une classe sociale déterminée, ce qui a conduit à y voir un « droit ouvrier » [65], autant dire un « droit de classe » [66]. La combinaison de ces droits a donné en effet le jour à une situation juridique « typique » du travailleur salarié, autrement dit à un système de règles s'appliquant de manière uniforme à tous les salariés, réduisant ainsi progressivement le contrat de travail à un acte condition de l'application d'un statut commun à tous les travailleurs [67]. C'est le contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée qui a joué ce rôle d'acte condition propre à donner aux travailleurs une véritable identité professionnelle. Tous ceux qui sont liés par un contrat de ce type se trouvent également liés entre eux par un sentiment d'appartenance à une même communauté professionnelle. Le syndicalisme, la sécurité sociale, la mutualité, ont été modelés sur leur situation juridique, et comme les ouvriers ayant un « état » au XIX^e siècle, ils sont intégrés dans un appareil de représentation et de protection de leurs intérêts. La clé de voûte de la socialisation par le travail, c'est le contrat de travail à durée indéterminée. Il faut entendre par là que le travail ne suffit pas à assurer l'intégration sociale : les « exclus » eux aussi travaillent, et même aux tâches les plus dures et les plus rebutantes [68]. Le travail n'est un instrument d'identification professionnelle, et donc d'intégration sociale, que dans la mesure où il

s'inscrit dans une forme juridique stable, tel le statut du fonctionnaire ou le contrat à durée indéterminée du salarié. Les risques d'exclusion augmentent donc d'autant plus qu'on s'éloigne durablement de ce cadre de référence. S'en éloigner provisoirement en effet transporte dans une autre forme juridique aujourd'hui bien assise : celle du chômeur temporaire, en transit entre deux emplois, et ayant droit aux prestations de l'assurance souscrite à cet effet. Lorsqu'on relève de l'une ou de l'autre de ces catégories juridiques (celle du salarié à durée indéterminée et celle du chômeur de courte durée), ou lorsqu'on passe de l'une à l'autre (embauche ou licenciement), on est encore un travailleur, appréhendé comme tel par l'ordre juridique, c'est-à-dire un sujet de droit habilité à faire jouer l'effet impératif d'un certain nombre de règles protectrices. En revanche, lorsqu'on n'appartient plus, ou lorsqu'on n'a jamais appartenu à l'une ou l'autre de ces catégories on devient — au sens fort du mot — un sans-emploi, objet à ce titre des soins de l'Etat [69].

Le développement du droit social a ainsi provoqué un total renversement du rôle joué par le contrat : expression initiale d'une conception purement individuelle de la relation de travail, le contrat est devenu au fil des ans le sésame permettant d'accéder à un droit des travailleurs défini collectivement. Observant cette transformation, et l'émergence corrélative d'une sorte de statut du travailleur salarié, la doctrine s'est efforcée de tirer ce statut du côté d'une analyse néocorporative, afin d'éviter une « publicisation » du droit du travail jugée autrement inéluctable [70]. Du côté des premiers intéressés, c'est-à-dire des travailleurs eux-mêmes, ce statut commun ne pouvait que conforter un fort sentiment d'identité collective. D'abord parce qu'il était sensiblement le même pour tous, ensuite parce que ces droits n'étaient pas reconnus aux autres, notamment aux travailleurs indépendants. Tout travailleur travaillant quarante heures par semaine, ayant droit à un salaire garanti, à des congés, à une limitation du temps de travail, à la sécurité sociale, etc., peut alors se reconnaître dans la communauté des travailleurs salariés ainsi définie par le droit

du travail, et éprouver vis-à-vis de ses semblables dans la loi des sentiments de solidarité ou de fraternité.

L'identité collective des salariés est donc étroitement liée à la spécificité et à l'uniformité des droits qui leur sont reconnus. La généralisation et la diversification de ces droits ne peut que la remettre en question. Or cette généralisation et cette diversification procèdent de la dynamique même du droit du travail. A cela il y a au moins trois raisons.

La première est la dynamique de l'idée de sécurité. Elle conduit tout d'abord nombre de non-salariés à revendiquer pour eux aussi les avantages jadis réservés aux seuls « travailleurs ». C'est évident en matière de sécurité sociale : sa généralisation, proclamée par les lois du 4 juillet 1975 et du 2 juillet 1978 [71], cesse d'en faire un élément d'identification de la population salariée, et banalise à tous les actifs, y compris les employeurs [72], ces avantages conquis par les travailleurs. Cette banalisation s'observe également en droit du travail, avec l'assimilation d'un grand nombre de professions indépendantes à des salariés, y compris la plupart des dirigeants d'entreprise, qui se sont saisis pour eux-mêmes des avantages et des protections de ce droit [73]. La dynamique de l'idée de sécurité conduit aussi à faire du droit du travail le droit commun des rapports de dépendance économique. Les concepts forgés en son sein ont essaimé dans toutes les situations juridiques où se retrouve cette idée de dépendance. La sécurité sociale [74], la fonction publique [75], le droit rural [76], le droit des transports [77], le droit commercial [78], et le droit civil lui-même dès qu'il doit régir des rapports inégalitaires [79], ont repris à leur compte, pour les adapter à leurs exigences propres, tel ou tel de ces concepts. Et l'actualité [80] montre le dynamisme que les idées de droit syndical, de droit de grève, de négociation collective, voire même de revenu minimal ou garanti, peuvent acquérir au sein de professions libérales — comme les médecins ou les avocats — aujourd'hui déchirées entre l'affirmation de leur indépendance juridique et le constat de leur dépendance économique et financière

vis-à-vis de l'Etat ou de la Sécurité sociale. Au fur et à mesure qu'ils s'étendent à l'ensemble des actifs, les « droits des travailleurs » cessent de distinguer et d'identifier une catégorie sociale déterminée. Cette extension de l'idée de sécurité hors du monde des « travailleurs » s'est accompagnée d'une individualisation des droits conférés à ces derniers. Le souci de l'amélioration de la protection des salariés conduit à s'engager dans un ajustement individuel des dispositions juridiques. L'exemple le plus clair de cette tendance est fourni par l'évolution contemporaine du droit du licenciement : alors que jusqu'au début des années soixante-dix la loi n'apportait aux salariés ordinaires aucune espèce de garantie individuelle contre le risque de licenciement, mais seulement des garanties collectives indirectes résultant soit du contrôle administratif de l'emploi, soit des usages, soit des prérogatives conférées aux organisations représentatives, la loi du 13 juillet 1973 a engagé un mouvement d'individualisation des procédures et des garanties liées au licenciement qui n'a cessé de s'affirmer jusqu'à celle du 2 août 1989. La règle, désormais, est que le licenciement obéisse à une procédure individuelle et que le licencié puisse bénéficier d'une conversion professionnelle basée sur un bilan de son propre itinéraire professionnel. Mais le droit du licenciement n'est que la manifestation la plus caractéristique d'un mouvement de fond. Au dossier de l'individualisation des droits [81], il faudrait aussi verser la revalorisation du contrat individuel de travail [82], le principe de non-discrimination sexuelle, la flexibilisation de l'organisation du temps de travail (y compris de la vie de travail : prohibition des clauses-guillotines en matière de retraite), le droit d'expression, les droits à congé individuel (congés sabbatiques, pour création d'entreprise, parental d'éducation, de formation, etc.), l'individualisation des salaires dans le droit conventionnel [83], le droit de retrait en cas de situation dangereuse [84], etc. Ce dernier exemple est particulièrement intéressant car il montre comment la reconnaissance de l'individu au travail, de sa capacité de jugement et de son autonomie, induit inévitablement un questionnement sur sa

responsabilité individuelle. Ce thème a alimenté les débats parlementaires sur la loi du 23 décembre 1982 [85], et explique l'émergence, visible en droit européen, d'obligations individuelles des salariés en matière de sécurité [86].

La deuxième raison qui pousse à la perte du sentiment d'identité collective est la remise en cause des sécurités acquises. A vrai dire, cette remise en cause participe elle aussi de la dynamique de la sécurité : c'est parce que la protection juridique du travail salarié a acquis une forte consistance, qu'elle suscite le rejet de ceux qui veulent garantir la primauté de la liberté de l'entrepreneur sur la sécurité du travailleur. Ce rejet s'est principalement exprimé dans les politiques dites de flexibilisation ou de déréglementation des relations de travail [87]. Les transformations du droit du travail résultant de ces politiques diffèrent selon les pays [88], mais elles ont toutes pour effet de promouvoir une diversification de la situation juridique des travailleurs [89], que ce soit par le développement du droit conventionnel (et singulièrement des accords d'entreprise) au détriment du droit étatique [90], ou par celui de formes atypiques d'emploi (travail à durée déterminée, à temps partiel, intermittent, temporaire, etc.) [91]. Ces transformations conduisent à l'émergence d'une réglementation du travail du deuxième type où la plupart des notions fondamentales du droit du travail (employeur, entreprise, représentation, grève, voire même la notion de salarié) se trouvent prises en défaut. A cette dualité de régimes juridiques, correspond un éclatement des collectivités de travail [92], et plus généralement une dualisation du monde du travail : d'un côté les travailleurs dont la situation juridique obéit à un droit du travail toujours plus protecteur, et de l'autre ceux du « deuxième marché du travail », qui se trouvent plongés dans un univers juridique où la précarité économique est de règle, et dont la sécurité physique elle-même n'est plus correctement garantie [93]. Cette évolution ne peut qu'altérer la capacité d'intégration sociale du droit du travail, qui cesse de définir une identité juridique commune à tous les travailleurs. Chacun est renvoyé

à une situation juridique particulière, variable selon la branche professionnelle, l'entreprise ou le type de contrat de travail qui le définit, ce qui peut favoriser soit un renforcement du sentiment d'identité individuelle, soit une perte d'identité professionnelle. Les politiques publiques d'insertion par le travail constituent le troisième et dernier facteur de transformation de l'identité professionnelle. Ces politiques procèdent de l'observation des vertus intégratrices du travail salarié, qu'elles cherchent à mettre en œuvre de façon délibérée au profit de catégories sociales menacées de marginalisation. On pense bien sûr ici aux politiques de lutte contre le chômage [94], mais ces dernières ne sont que la forme la plus visible et la plus développée de ces politiques, qui s'expriment aussi dans des dispositions juridiques visant les malades [95] — notamment les malades mentaux —, les handicapés [96], les miséreux [97] ou les délinquants [98]. Il s'agit de donner, ou de rendre, à chacun une place utile dans la Cité, et les catégories juridiques issues du droit du travail servent à dessiner cette place. La référence au contrat de travail apparaît toujours en filigrane dans ces tentatives de raccommodage du lien social. Certaines usent directement de cette qualification (contrat de retour à l'emploi, contrat emploi-solidarité, entreprises et associations intermédiaires, etc.). D'autres n'en offrent que des *ersatz*, qu'il serait possible de ranger sur un nuancier allant du plus proche (cas des stages d'initiation à la vie professionnelle [99], ou des travaux d'utilité collective) au plus éloigné (cas du contrat de réinsertion conclu dans le cadre de l'allocation du RMI [100]). Mais toutes s'efforcent de transposer aux sans-emploi l'idée selon laquelle le revenu est la contrepartie synallagmatique d'une activité réglée par autrui. Le contrat de travail nouant les idées d'activité utile, de responsabilité individuelle, de disciplines collectives, et de moyens de subsistance, est aujourd'hui l'une des références inévitables de toutes les politiques visant à rendre aux « exclus » de tout poil une place dans la société, en leur rendant une identité. Mais ces politiques de réinsertion par le travail ne peuvent que

contribuer à l'affaiblissement de l'identité collective des travailleurs, dans la mesure où d'une part elles contribuent au développement du travail « atypique », et où d'autre part elles isolent des catégories sociales déterminées pour les soumettre à des « traitements » juridiques spécifiques. Ces deux caractéristiques se trouvent résumées par les dispositions de l'article 122-2-1^{er} du code du travail, qui autorise le recours aux contrats à durée déterminée « au titre de dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnes sans emploi ». Le recours à des formes atypiques d'emploi pour lutter contre le chômage a pour premier effet de contribuer à la banalisation de ces formes, et donc à la diversification du « statut » des travailleurs. Diversification elle-même renforcée par la politique de « ciblage » de ces mesures sur « certaines catégories de personnes ». Des « stages Barre [101] » aux « plans d'urgence pour l'emploi des jeunes » [102] en passant par les divers avatars des « pactes pour l'emploi », les formules législatives se sont succédé à une cadence rapide, mais leur trait commun a été de viser des « cibles » étroitement définies : les femmes justifiant d'une situation de famille difficile [103], les jeunes bien sûr [104], et les moins jeunes, dès lors qu'ils sont chômeurs de longue durée [105]. Sans parler des étrangers et des travailleurs les plus âgés, pour lesquels le principe de non-discrimination en matière de licenciement trouve son exact contraire dans les mesures favorisant le retour au pays d'origine [106] ou la mise en préretraite [107]. Les effets « pervers » de cette politique de ciblage de catégories directement déduites de l'observation statistique du chômage [108] ont conduit le législateur à tenter d'ajuster le tir en réservant prioritairement le bénéfice de certaines mesures aux « personnes qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile » [109]. Ce passage d'un ciblage statistique à un ciblage psychosociologique va dans le sens d'une individualisation complète des « traitements » de réinsertion par le travail, c'est-à-dire d'un émiettement accru des cadres juridiques de la relation de travail.

Cet émiettement contribue à donner le pas à l'identité individuelle du salarié sur l'identité collective des travailleurs.

Ainsi, après avoir contribué à forger un fort sentiment d'identité collective, et à cimenter la collectivité des « travailleurs », le droit du travail participe aujourd'hui de leur perte. Cette identité collective reposait sur l'unité et l'exclusivité des institutions et des droits des travailleurs, deux piliers qui sont aujourd'hui profondément ébranlés. Victime de son succès, le droit du travail n'est plus, ou du moins plus seulement, le droit des travailleurs. Les sécurités qu'il procure ont été étendues, soit directement par la salarisation d'un grand nombre d'actifs, y compris certains dirigeants d'entreprise, soit indirectement par la transposition de certaines de ses solutions aux travailleurs indépendants. Victime de son succès, il n'est plus un droit rustique, assis sur une définition juridique simple et unique de la relation de travail, mais au contraire un droit complexe qui fait dépendre la situation juridique de chaque salarié de la combinaison d'un nombre toujours plus grand de paramètres (âge, ancienneté, taille de l'entreprise, branche professionnelle, accords d'entreprise, type de contrat, place dans la hiérarchie, etc.). Dans ce contexte, l'identité collective, procédant de l'appartenance à la catégorie des salariés, s'efface derrière une possible identité professionnelle procédant des capacités propres à chaque individu. De l'identité collective par le travail, on peut alors passer à une identité individuelle dans le travail.

B - L'identité individuelle dans le travail

Entamée avec la protection du corps du salarié, la redécouverte progressive de la personne dans la relation de travail atteint une étape ultime avec la reconnaissance de la dimension personnelle du travail. Au lieu d'être appréhendé comme une chose, une marchandise, le travail se trouve alors saisi comme l'expression de la personne du

salarié, c'est-à-dire comme une œuvre.

L'analyse patrimoniale de la relation de travail conduit à exclure du lien synallagmatique entre l'employeur et le salarié les biens produits par ce dernier [110]. La notion de contrat de louage de services impliquait ainsi une séparation rigoureuse entre la cause juridique du travail, qui est le salaire, et le but de ce travail, qui demeure la chose exclusive de l'employeur. Le travail y perd son ambivalence fondamentale, ce mélange de soumission et d'expression de la personne, pour se réduire à l'idée d'obligation. Le salarié n'a aucun droit ni sur l'objet, ni sur les méthodes, ni sur le résultat de son travail, il n'a de droit qu'au salaire. Cette analyse juridique en termes de droit des obligations répond parfaitement à celle que Marx faisait lui-même du travail salarié [111]. Et une telle mise hors contrat de l'objet du travail demeure l'un des critères qui permettent de distinguer le contrat de travail du contrat d'entreprise, le salarié du travailleur indépendant. La jurisprudence en a déduit une large irresponsabilité individuelle du salarié quant aux résultats du travail : la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle n'est possible qu'en cas de faute intentionnelle ou de « faute lourde équipollente au dol » [112]. Cette éviction de la dimension personnelle du travail procède de la séparation du travail et du travailleur, séparation indispensable au montage contractuel de la relation de travail. Mais, à l'instar de cette séparation, elle est largement fictive et ne rend compte ni de la diversité des situations concrètes de travail salarié, ni même des nécessités juridiques de mise en œuvre du contrat. Il faut bien en effet que le salarié apporte quelque chose de lui-même, de sa conscience professionnelle, pour que le travail soit bien fait, car le travail incorpore nécessairement quelque chose de la personne du travailleur. Cette dimension personnelle s'est d'ailleurs traduite par la reconnaissance du caractère *intuitu personnae* du contrat de travail. La jurisprudence transpose ici l'article 1237 du code civil, aux termes duquel « l'obligation de faire ne peut être exécutée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt à ce qu'elle soit

remplie par le débiteur lui-même » (référence instructive, qui manifeste bien que l'intérêt de l'employeur va dans le sens d'un engagement de la personne du salarié). D'où l'on déduit que le fait pour l'auteur de la prestation de se faire aider par un tiers est exclusif de l'existence d'un contrat de travail avec le bénéficiaire de cette prestation [113].

Mais alors l'analyse contractuelle de la relation de travail soulève d'emblée une difficulté juridique : comment peut-on placer l'objet du travail à l'écart du champ contractuel tout en y intégrant la dimension personnelle du travail du salarié ? Comment concilier la réification du travail avec la personnalisation du travailleur ? Cette difficulté avait été aperçue au début de ce siècle par E. Chatelain, qui proposait de la résoudre en voyant dans le contrat de travail une obligation de vente par le travailleur du bien fabriqué par lui [114]. Vivement critiquée par Gény [115], cette thèse soulevait plus de problèmes qu'elle n'en résolvait, et a été rapidement abandonnée. Mais elle avait le mérite de poser en termes généraux le problème du statut juridique de l'œuvre du salarié.

Depuis lors cette question n'a guère été abordée que de façon indirecte, d'abord de façon négative, pour préserver l'intérêt de l'employeur, ou pour neutraliser les spécificités professionnelles qui auraient pu entraver l'extension du champ d'application du droit du travail, puis, plus récemment, de façon positive, pour défendre ou encourager l'affirmation de cette identité professionnelle.

C'est donc tout d'abord pour écarter les principaux inconvénients de l'analyse patrimoniale du travail salarié que le droit du travail a dû prendre en considération certains aspects de l'identité professionnelle. Ce fut en premier lieu le cas lorsque la préservation des droits de l'employeur exigeait de faire une place à la personne du salarié dans l'exécution du travail. Ont été mobilisés à cet effet les concepts du droit des contrats, par exemple celui de bonne foi ou d'exécution fautive de la prestation, permettant de sanctionner le comportement de ceux qui ne paient pas assez de leur personne dans l'exécution de

leur travail. Un exemple remarquable de cette technique se trouve dans la jurisprudence relative aux grèves perlées (dites aussi « grèves de l'enthousiasme ») ou aux grèves du zèle. Cette référence au « zèle », ou à « l'enthousiasme », désigne excellemment ce qui fait l'originalité de ce type de mouvements : ce n'est pas la prestation de travail, au sens contractuel du terme, qui constitue alors l'objet de la grève, mais ce minimum d'adhésion des travailleurs aux tâches qui leur sont assignées, minimum qui échappe à la grille juridique, mais sans lequel celle-ci devient une forme vide, construction artificielle sans rapport avec la réalité des hommes au travail. Le rapprochement opéré en doctrine de ces deux formes de grève est de ce point de vue tout à fait pertinent. Dans les deux cas c'est la personne même du travailleur qui, se retirant de la relation de travail, n'y laisse que le jeu mécanique de l'échange des obligations, dont l'insuffisance est dès lors dévoilée. C'est en somme une critique en actes de la conception purement patrimoniale de la relation de travail. On sait que la jurisprudence refuse de voir là des grèves, et se place sur le terrain de la faute individuelle pour condamner le fait de « travailler dans des conditions autres que celles *pratiquées normalement et habituellement dans la profession* » [116]. Mais c'est dire que le comportement du salarié ne doit pas être rapporté à celui du salarié abstrait visé par le contrat, mais à celui d'un professionnel dont le comportement répond à la « pratique normale et habituelle » de sa profession, c'est-à-dire à un ensemble de normes qui définissent son identité de professionnel. C'est sous une forme positive, de reconnaissance de droits au profit du salarié, que l'identité dans le travail émerge aujourd'hui à la surface du droit. Ainsi la reconnaissance des *droits du salarié sur son œuvre* a d'abord été le fait du droit des biens — droits de la propriété intellectuelle et artistique [117] ou de la propriété industrielle [118] — et non du droit du travail. Mais l'idée pénètre aujourd'hui le droit du travail. Ce « glissement dans l'orbite du droit du travail » était déjà observé par Ollier à propos de la convention de Munich sur le brevet européen (1973) [119]. Tout confirme, depuis, la justesse de

l'observation, et la matière a fait son entrée dans le code du travail avec la loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 imposant une rémunération supplémentaire au profit de l'auteur d'une invention de mission [120].

La reconnaissance de la personne dans l'exécution du travail s'exprime aussi dans des dispositifs tels que la *clause de conscience* des journalistes, qui autorise ces derniers à prendre l'initiative d'une rupture du contrat imputable à l'employeur lorsqu'un changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal « crée pour la personne employée une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou d'une manière générale à ses intérêts moraux » [121]. Il n'y a pas de raison logique de limiter aux seuls journalistes cette reconnaissance juridique de la conscience professionnelle (sauf à considérer que les journalistes ont plus que d'autres besoin de tuteurs en ce domaine !) et le dispositif pourrait parfaitement être étendu à tous les salariés, dès lors que leur entreprise se trouverait mêlée à des activités délictueuses (infractions économiques, financières, écologiques, etc.) susceptibles de rejaillir sur leur honneur, leur réputation ou leurs intérêts moraux. S'agissant des professions médicales, le législateur a placé la barre plus bas, puisqu'il autorise les praticiens salariés à invoquer leur conscience pour refuser de pratiquer des avortements pourtant autorisés par la loi [122].

L'institution du *droit d'expression* des salariés participe du même mouvement de reconnaissance de l'identité des salariés dans leur travail. L'expression, c'est un peu l'invention du pauvre, du salarié ordinaire dont l'œuvre ne s'inscrit pas dans un brevet ou une création, où le droit reconnaît l'expression de sa personne. Alors on lui donne la parole sur ce qu'il fait et la manière dont il le fait, avec l'intention affirmée de consacrer ainsi sa valeur de sujet, et l'espoir secret de faire profiter l'entreprise de son savoir empirique [123]. Mais le droit d'expression n'est que la part émergée de nouveaux ensembles normatifs dans l'entreprise, situés à la lisière du droit et des

techniques de gestion du personnel [124], qui investissent dans la personne du salarié pour que le salarié s'investisse dans l'entreprise, et qui prétendent réconcilier ainsi humanisme et productivité [125]. Ayant perçu les limites de rendement inhérentes au travailleur abstrait, les entreprises et le législateur joignent leurs efforts pour promouvoir un nouveau type de salarié, non plus travailleur anonyme, mais professionnel engagé dans la réussite de son entreprise.

La clé de cette évolution se situe bien sûr du côté de la formation et de la qualification. Ce sont elles qui font véritablement le professionnel et l'arrachent à l'anonymat du salariat. Aussi ne peut-on être surpris par l'introduction, dans le code du travail en 1990, d'une disposition selon laquelle « tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage a droit à la qualification professionnelle... » [126]. Cette reconnaissance d'un droit à la qualification couronne une évolution entamée il y a vingt ans avec les premiers textes sur la formation professionnelle continue. Et elle va de pair avec la référence de plus en plus fréquente dans les textes à cette qualité de professionnel qualifié, dès lors qu'il s'agit de définir les droits ou les devoirs des salariés. Ainsi la Cour de cassation décide-t-elle aujourd'hui que l'employeur « a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois », donnant ainsi force juridique à la nécessaire adaptation professionnelle des salariés au changement technique [127]. S'agissant de définir les discriminations prohibées dans l'entreprise, l'article L. 122-35 du code du travail, tel qu'il résulte des réformes Auroux, précise qu'elles s'apprécient « à capacité professionnelle égale ». C'est dire que dans l'entreprise le principe d'égalité s'entend entre égaux sur le plan professionnel, autrement dit qu'il s'agit d'égalité professionnelle et non d'égalité formelle. Cette idée se retrouve dans les dispositions qui régissent les critères de fixation de l'ordre des licenciements économiques, parmi lesquels figurent « les qualités professionnelles appréciées par catégories » [128]. Les autres critères (charges de famille, ancienneté, situation sociale, etc.) ont ainsi

vocation à s'appliquer entre égaux sur le plan de la qualité professionnelle. Un dernier exemple, celui de la directive européenne n° 89-391, dite directive-cadre, concernant l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs, montre comment cette reconnaissance juridique de la qualité de professionnel va de pair avec une responsabilité individuelle accrue du salarié. L'article 13 de cette directive dispose que « chaque travailleur doit prendre soin, selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celle des personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail, conformément à sa formation et aux instructions de son employeur » [129]. La mise sur le même plan de la formation du salarié concerné, c'est-à-dire ici de sa qualification professionnelle, et de son état de subordination est particulièrement remarquable. Elle indique que l'identité du salarié s'enracine au moins autant dans l'une que dans l'autre, et que l'atténuation de sa responsabilité individuelle dans le travail est inversement proportionnelle à son degré de qualification. Le vrai professionnel est par définition un homme responsable. La reconnaissance des qualités de la personne dans l'exécution du travail va ainsi de pair avec sa responsabilisation, c'est-à-dire avec une remise en cause de la place marginale que la responsabilité individuelle du salarié occupait jusqu'ici en droit du travail.

Cette responsabilisation n'est pas la seule conséquence prévisible de l'affirmation de la figure du professionnel en droit du travail. Celle-ci entraîne aussi nécessairement une redéfinition des formes d'exercice du pouvoir patronal. D'un côté la reconnaissance des compétences professionnelles implique l'attribution de compétences dans l'organisation du travail (on sait que l'un des objectifs du taylorisme était de retirer aux ouvriers professionnels le pouvoir qu'ils tenaient de leur savoir, en rendant ce dernier sans objet), et la subordination du professionnel salarié a inévitablement un tour plus indirect, peut-être plus limité, certainement plus compliqué que celle du travailleur salarié (on le voit par exemple depuis longtemps dans la jurisprudence relative au salariat des professeurs ou des médecins). Mais d'un autre

côté la prise en compte des qualités de la personne dans la relation de travail implique une inféodation de cette dernière aux valeurs de l'entreprise. La rançon de l'autonomie concédée au professionnel, c'est l'engagement sans faille qui est exigé de lui, c'est une loyauté qui va bien au-delà des strictes obligations contractuelles [130]. Et l'on pénètre ici sur un domaine, celui de l'appréciation de la valeur professionnelle, dont on sait qu'il relève toujours en jurisprudence de la théorie de « l'employeur seul juge » [131]. Or l'existence d'une tierce instance, capable de se prononcer en cas de litige sur la compétence du professionnel, a toujours été nécessaire à la pleine reconnaissance de ce dernier. Faute de cette garantie, l'émergence du professionnel qualifié en droit du travail pourrait bien signifier un recul de l'état de droit dans l'entreprise, que le développement des « codes d'éthique » ne saurait compenser [132] (que pourra signifier le principe de non-discrimination « à valeur professionnelle égale », si l'employeur est seul juge de la valeur professionnelle ?).

La transformation de l'identité professionnelle ne pourra rester elle non plus sans incidence sur les rapports du salarié et de l'objet de son travail. Le « travailleur » se définissait par une dépossession des choses qui faisaient l'objet de son travail. Au plan juridique (ne nous inquiétons pas ici de psychologie) son intérêt, au sens procédural de l'intérêt à agir, siégeait dans le salaire, et non dans la chose ouvrée. Le « professionnel » qualifié, au contraire, cumule l'intérêt patrimonial pour le salaire avec un intérêt non patrimonial pour l'objet de son travail, lequel a partie liée avec son identité. De là pourraient se déduire certaines conséquences juridiques positives. De même, par exemple, qu'a été institué au profit des salariés un droit d'alerte économique en cas de difficultés prévisibles de l'entreprise pouvant avoir une incidence sur leur situation matérielle [133], de même pourrait-on instituer un droit d'alerte écologique qui leur permettrait de prévenir les risques qu'un mauvais fonctionnement de l'entreprise fait courir à l'environnement ou à la sécurité des consommateurs. Ce serait donner à l'idée de responsabilisation du professionnel une

portée qui dépasse le champ clos des techniques de gestion du personnel.

Enfin, mais cette liste de problèmes ne saurait être exhaustive, ces transformations de l'identité au travail nécessitent une redéfinition du droit collectif du travail. L'identité collective a en effet été assise sur un statut et un appareil de représentation communs à tous les travailleurs, quelle que soit la nature de leurs tâches ou de leurs compétences. La reconnaissance juridique du professionnel qualifié va donc poser avec de plus en plus d'acuité deux questions dont témoigne déjà le déclin du syndicalisme : quelles formes d'organisation et de représentation collective peuvent répondre aux besoins de ces professionnels responsables, et surtout à la nécessité d'empêcher le développement des égoïsmes corporatifs ? quelle identité et quelles protections pour les non-qualifiés, qui voient en même temps leur statut de simples travailleurs fortement dévalorisé et leur représentation syndicale frappée d'une anémie sans précédent ? Il serait tentant (et encourageant) de conclure que cet effritement de la figure du « travailleur », telle qu'avait contribué à la forger le droit du travail, s'accompagnera nécessairement d'un essor de l'identité individuelle de l'homme au travail. Mais la tendance à l'individualisation des situations juridiques est en réalité très ambivalente. Certes, elle peut être saisie comme la chance d'un desserrement des contraintes que le groupe exerce sur l'individu, autrement dit comme un facteur de libération et de responsabilisation de la personne. Au lieu que l'organisation de son temps [134], ses espérances de gain, l'expression de ses opinions, soient prises en charge ou définies de manière collective (par l'État, l'employeur ou le syndicat), c'est le salarié lui-même qui deviendrait l'artisan de ces différents aspects de sa vie professionnelle. Mais on peut à rebours voir dans l'individualisation le risque d'une réduction de la protection de l'individu par le groupe, autrement dit comme un facteur d'anomie, de perte d'identité. Tandis que la définition collective des règles régissant la relation de travail donnait à chaque salarié des titres

juridiques opposables au pouvoir patronal, et l'insérait dans une communauté de droits et d'intérêts, l'individualisation se réduirait à un démantèlement de ces droits enracinés dans le collectif, c'est-à-dire en fin de compte à une désubjectivation des salariés. La Terre promise de l'individu maître de sa destinée ne sera accessible en effet qu'au petit nombre de salariés capables de donner un contenu concret à ces droits individuels. Pour tous les autres, le reflux des protections collectives laissera la place nette à de nouvelles formes de normalisation et d'exploitation (dans et hors de l'entreprise) [135]. Plus généralement, on peut conjecturer que la fonction d'intégration économique et sociale qu'a toujours remplie le droit du travail tend à ne plus jouer qu'au bénéfice d'une partie des salariés, tandis que pour l'autre partie ce droit est devenu un facteur supplémentaire d'exclusion. La figure juridique du travailleur qu'avait modelée le droit du travail laisse donc progressivement la place à une figure de Janus, dont une face est celle du professionnel dont l'identité individuelle trouve à s'exprimer dans le travail, et l'autre celle du salarié isolé ou précarisé, dont le travail tend à nouveau à être traité comme une marchandise.

Notes du chapitre

- [1] † L'expression est de J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, 11^e. éd., n° 48, p. 217.
- [2] † Le terme de « travailleur » est ici préféré à celui de salarié, car ces principes, fondateurs du droit du travail, sont applicables quel que soit le cadre juridique retenu pour qualifier la relation individuelle de travail (statut ou contrat). Il y a là une première série de principes fondamentaux, que le droit international du travail s'est du reste efforcé d'imposer aux systèmes juridiques nationaux les plus divers.
- [3] † C'est Pierre Legendre qui nous rappelle qu'« au sens historique, et le plus méconnu de ce terme, la civilisation n'est rien d'autre que l'empire du droit civil » (*L'Empire de la vérité*, Paris, Fayard, 1983, p. 171). Ce sens échappe par exemple à Norbert Elias in *La civilisation des mœurs*, trad. fr. Paris, Calmann-Lévy, 1973, 342 p. et sa portée est ignorée de Fernand Braudel lorsqu'il s'attache à définir la civilisation, in *Grammaire des civilisations*, Paris, Arthaud-Flammariion, 1987, p. 40 s. Freud en revanche établit un lien étroit entre Droit et civilisation in *Malaise dans la civilisation*, 1929, trad. fr. Paris, PUF, 1971, v. p. 37 et 43 s.
- [4] † V. T. Ramm, « Laissez-faire and State protection of Workers », in B. Hepple (dir.), *The making of labour law in Europe. A comparative study of nine countries up to 1945*, Londres et New-York, Mansell, 1986, p. 73 s.
- [5] † Le cas britannique est de ce point de vue exemplaire : v. O. Kahn-Freund, *Labour and the law*, Londres, Stevens, 2^e éd. 1977, 296 p., v. p. 28 s.
- [6] † *Traité de Rome*, art. 118A ; V. I. Vacarie, « Travail et santé : un tournant », in *Les transformations du droit du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen préc., p. 331-348. Sur les dispositions adoptées antérieurement en ce domaine, v. J.-J. Ribas, M.-J. Jonczy et J.-C. Seche, *Traité de droit social européen*, Paris, PUF, 1978, 708 p., v. p. 512-519.
- [7] † C'est ainsi que le Préambule de la Constitution de l'OIT se réfère à la « protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail ». Et on pouvait dénombrer en 1983 60 conventions et 60 recommandations émanant de l'OIT relativement à l'hygiène et à la sécurité au travail (V. N. Valticos, *Droit international du travail*, Paris, Dalloz, « Traité de droit du travail », t. 8, 2^e éd. 1983, 683 p., spéc. n° 474 s., p. 362 s.).
- [8] † Directive n° 93.391 du 12 juin 1989, art. 5 § 1.
- [9] † *C. consti.*, déc. du 22 janv. 1990, v. D. Tabuteau, « Le droit à la santé : quelques éléments d'actualité », *Dr. Soc.* 1991, p. 332 s.
- [10] † V. J.-P. Antona et R. Brunois, *Hygiène et sécurité dans l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1991, 355 p.
- [11] † *V. C. trav.*, art. L. 231-2 et l'admirable art. R. 232-2-5.
- [12] † V. par exemple, outre les dispositions préc. sur les fonctions digestives, les art. R. 232-5 à R. 232-5-14 (organes respiratoires et olfactifs), R. 232-7 à R. 232-7-10 (yeux), R. 232-8 à R. 232-8-7 (ouïe), R. 232-6 (température), R. 232-2-3 s. (propreté corporelle), R. 232-3 (hydratation), etc.
- [13] † F. Ewald, *L'Etat Providence*, th. (Lettres), Paris, Grasset, 1986, p. 223 s.
- [14] † Sur les effets de l'invention de l'horloge sur ces rythmes naturels, v. J. Le Goff, « Le temps de travail dans la "crise" du XIV^e siècle : du temps médiéval au temps moderne », in *Pour un autre Moyen Age*, op. cit., p. 66-79.
- [15] † V. le calendrier révolutionnaire qui, substituant la décade à la semaine au nom de la rigueur du système décimal, réduisait d'autant le nombre de jours de repos (V. P. Couderc, *Le calendrier*, Paris, PUF, 6^e éd. 1986, p. 75 s.).
- [16] † V. par ex. l'exposé des motifs de la proposition de directive européenne concernant

certain aspects de l'aménagement du temps de travail (Com. 90/317 du 20 sept. 1990), principalement consacré à prouver scientifiquement (par référence à une abondante bibliographie ergonomique et médicale) que des formes de travail telles que le travail de nuit « peuvent avoir des effets négatifs sur la santé des salariés » (sic), et qu'il convient donc de préserver cette dernière dans des conditions compatibles avec les exigences de la compétitivité des entreprises.

- [17] † Parmi les fêtes légales énumérées à l'article L. 222-1, six sur dix sont des jours de fête religieuse : le lundi de Pâques, l'Ascension, le lundi de Pentecôte, l'Assomption, la Toussaint et le jour de Noël. Le repos dominical continue d'être la règle (*C. trav.*, art. L. 221-5), même si les possibilités d'y déroger n'ont cessé de s'étendre sous la vogue déréglementaire : v. S. Hennion-Moreau, « La règle du repos dominical », *Dr. Soc.*, 1990, 434 ; F. Favennec et B. Grassi, « Rigueur et incertitude du principe du repos dominical », *Dr. Soc.*, 1993, 336.
- [18] † *Conv. OIT*, n° 89 ; *C. trav.*, art. L. 213-1 s. ; v. J. Savatier, « Travail de nuit des femmes et droit communautaire », *Dr. Soc.*, 1990, 466.
- [19] † On trouve un bon exemple de cette recherche juridique d'un compromis entre contraintes économiques et biologiques dans la réglementation du travail par équipes successives (*C. trav.*, art. L. 231-3-2 et R. 212-13), travail dont les ergonomes ont montré les effets pathologiques (v. P. Andlauer, J. Carpentier, J. Cazamian, *Ergonomie du travail de nuit et des horaires alternants*, Paris, Cujas, 1977, 272 p.).
- [20] † V. les limites fixées par les articles L. 212-1 al. 2, L. et D. 212-4-1, L. 212-7, L. 212-13, L. 212-14, L. 213-9, etc., sur l'état actuel de cette réglementation, v. F. Favennec, « La durée et l'aménagement du temps de travail », *ALD*, 1987, p. 157-174.
- [21] † *C. trav.*, art. L. 241-10-1 et R. 241-48, et sur les effets d'une déclaration d'inaptitude après un accident du travail : L. 122-32-5 ; v. P. Chaumette, « Le médecin du travail, l'employeur et l'inspecteur du travail », *Dr. Soc.*, 1983, p. 184 s. ; J. Savatier, « Le médecin du travail et le sort du salarié », *Dr. Soc.*, 1987, p. 604-612 ; I. Vacarie, « Travail et santé : un tournant », in *Les transformations du droit du travail*, op. cit., spéc. p. 341 s.
- [22] † *C. trav.*, art. L. 224-1 (femmes en couches), L. 224-2 à L. 224-6 et R. 224-2 à R. 224-23 (allaitement), L. 234-2 à L. 234-6 et R. 234-1 à 234-23 (travaux interdits aux femmes ou aux jeunes) ; v. « Femmes, famille et droit du travail », in *Le droit non civil de la famille*, Paris, PUF, 1983, p. 375-400.
- [23] † V. en ce sens *Etat de santé et inaptitude au regard de l'emploi*, Actes du colloque de Bordeaux, *Dr. Soc.*, n° spéc. juil.-août 1991, p. 553-614.
- [24] † *C. trav.*, art. L. 122-25-1 (état de grossesse) et L. 241-10-1 préc.
- [25] † *C. trav.*, art. L. 122-26 (congés de maternité), L. 122-32-1 (maladie professionnelle ou accident du travail) ; la suspension du contrat pour maladie non professionnelle de durée limitée est le fruit d'une jurisprudence ancienne et constante, v. G. H. Camerlynck et M.-A. Moreau-Bourles, *Le contrat de travail*, op. cit., n° 251 s. ; R. Haie, *La maladie en droit du travail*, th., Paris, 1971 ; *Droit Social*, n° spéc. préc. juillet-août 1991.
- [26] † V. T. Yamaguchi, *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté européenne*, Paris, LGDJ, 1963 ; J.-M. Beraud, *La suspension du contrat de travail*, th., Lyon, 1979, Paris, Sirey, 1980, 294 p.
- [27] † Cf. Ph. Hesse, « Grands principes et petits intérêts : l'esclavage d'une abolition à l'autre », art. cité, p. 268-269. Ce « bonheur » supposé n'empêchait pas les esclaves de fuir dès qu'ils le pouvaient, exprimant ainsi clairement qu'ils préféreraient les dangers de la liberté à la sécurité de la servitude.
- [28] † Rapp. la formulation du problème du chômage en termes de « gestion de l'aléa économique » par Robert Salais in « La flexibilité économique et la catégorie "chômeurs" : quelques enseignements de l'histoire », in *Les sans-emploi et la loi*, Quimper, Calligrammes,

1988, p. 81-115.

[29] † V. G. Lyon-Caen, *Le salaire*, Paris, Dalloz, *Traité de droit du travail*, t. 2, 2^e éd. 1981, n° 326 s., p. 410 s.

[30] † *Conventions*, n° 26, sur les méthodes de fixation des salaires minima, n° 99 sur la rémunération du travail agricole, n° 109 sur le travail maritime (la seule à fixer directement des minima de salaire), et n° 131 sur les pays en voie de développement ; v. N. Valticos, *Droit international du travail*, op. cit., n° 416 s., p. 324 s.

[31] † *Charte des droits sociaux fondamentaux*, art. 5.

[32] † Selon cette loi, telle que l'expose Ricardo, les salaires ne peuvent durablement excéder « ce prix qui est nécessaire pour permettre aux travailleurs de subsister tant bien que mal, et de perpétuer leur espèce sans accroissement ni diminution » (in *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Ed. P. Sraffa, Cambridge University Press, cité p. 93 ; trad fr. de l'éd. de 1821 : *Principes de l'économie politique et de l'impôt*, Paris, Calmann-Lévy, 1970).

[33] † V. le témoignage de F. Ceyrac (ancien président du CNPF) rapporté par H. Weber in *Le parti des patrons. Le CNPF (1946-1986)*, Paris, Seuil, 1986, 436 p., cité p. 91.

[34] † Sur cette loi, ou plutôt ce système d'allocation (*allowance system*), qui fut adopté en 1795 par les juges du Berkshire, pour assurer un revenu minimum aux pauvres indépendamment de leur gains : v. K. Polanyi, *La grande transformation*, op. cit., p. 113 s.

[35] † Loi du 1^{er} décembre 1988 ; v. E. Alfandari, *Action et aide sociale*, Paris, Dalloz, 4^e éd. 1989, p. 677 s. ; et sous la direction du même auteur *L'insertion*, n° spéc. de la *Rev. de dr. sanit. et soc.*, Paris, Sirey, 1990, p. 617-801 ; *Droit social, Le revenu minimum d'insertion*, n° spéc. juil.-août 1989 ; A. Thevenot, *RMI. Théorie et pratique*, Paris, Centurion, 1989, 254 p. ; et pour une vue comparative S. Milano, *Le revenu minimum garanti dans la CEE*, Paris, PUF, 1989, 128 p.

[36] † *C. trav.*, art. L. 141-6 ; v. G. Lyon-Caen, « Du SMIG au SMC et au minimum garanti », *D.*, 1970, Chr., p. 33.

[37] † *C. trav.*, art. L. 141-5.

[38] † J. Roche, « A propos du SMC », *Dr. Soc.*, 1988, 292-296.

[39] † *C. trav.*, art. L. 141-2 et 141-4.

[40] † V. H. Hatzfeld, *Du paupérisme à la sécurité sociale*, Paris, A. Colin, 1971 ; J. Donzelot, *L'invention du social*, Paris, Fayard, 1984, 263 p. ; F. Ewald, *L'Etat providence*, th. préc. ; et pour une approche comparative v. les travaux conduits sous l'égide de l'Institut Max Planck : Ph. Hesse, P. Kohler, H. Zacher (éd.), *Un siècle de sécurité sociale. 1881-1981. L'évolution en Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche et Suisse*, Munich, 1982, éd. fr. CHRES, Univ. de Nantes, 1982, 612 p. + index. Sur les normes internationales en matière de sécurité sociale, v. J.-J. Dupeyroux, « Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Dr. Soc.*, 1960, p. 365 s. ; G. Perrin, « Les fondements du droit international de la sécurité sociale », *Dr. Soc.*, 1974, p. 479 s., et du même auteur, « La sécurité sociale au passé et au présent », *Rev. fr. des aff. soc.*, 1979, p. 87 s. ; J. Rivero, « Droits de l'Homme et sécurité sociale », *Rev. fr. des aff. soc.*, n° spéc. juil. 1985.

[41] † V. J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 11^e éd. 1988, 1087 p., spéc. p. 157-263 ; J. Fournier et N. Questiaux, *Traité du social*, Paris, Dalloz, 4^e éd. 1984, 1162 p., spéc. p. 487-727 ; P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1981, 183 p. ; B. Bruhnes, M. Foucault, R. Lenoir, P. Rosanvallon, *Sécurité sociale : l'enjeu*, Paris, Syros, 1983, 132 p. ; Add. faisant exception à l'ignorance où la sécurité sociale est généralement tenue dans la sociologie de langue française : F. Perrin, « Pour une théorie sociologique de la sécurité sociale dans les sociétés industrielles », *Rev. fr. socio.*, 1967, p. 299 s.

[42] † Sur cette notion, v. L. Lorvellec, *Droit rural*, Paris, Masson, 1988, p. 236.

[43] † Sur les problèmes nés de l'organisation de tels régimes dans le cadre des conventions

collectives de travail, v. J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité, observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Dr. Soc.*, 1990, p. 741-750.

[44] † Cf. J.-J. Dupeyroux, « Contrat de travail et garantie de ressources », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Mélanges G.-H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1978, p. 149-166, spéc. p. 150-153.

[45] † V. J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, op. cit., n° 135-5, p. 289 s.

[46] † Solidarité qui s'exprime techniquement par les mécanismes de la compensation démographique entre régimes (v. J.-F. Chadelat, « La compensation », in « La sécurité sociale : nouveaux problèmes », *Dr. Soc.*, n° spéc. sept.-oct. 1978, p. 85-115 ; J.-J. Dupeyroux, op. cit., n° 135-6, p. 291 s.).

[47] † Les développements qui suivent reprennent pour l'essentiel une analyse déjà publiée dans les Etudes offertes au Pr Jean Savatier (« L'identité professionnelle », in *Les orientations sociales du droit contemporains*, Paris, PUF, 1992, p. 409 s.).

[48] † J. Carbonnier, « Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois in "Recht als instrument van behoud en vandering" », *Mél. offerts au prof. J. J.-M. van der Ven*, Deventer, Kluwer, 1972 ; texte repris in *Flexible droit*, 5^e éd. 1983, p. 138. Dans une conception instrumentale du droit, on parle de manière plus imagée d'« effets pervers » pour désigner l'irritante capacité de l'outil juridique à échapper aux mains qui le tiennent (sur ce concept v. R. Boudon, *Effets pervers et ordre social*, Paris, PUF, 1989, 282 p.). Cette perversité est de celles qui devraient exciter l'esprit des juristes, puisqu'elle démontre précisément que le droit ne peut être réduit à un simple outil.

[49] † Cf. « La fraternité et la loi », *Dr. Soc.*, 1990, p. 118-126.

[50] † Cf. P. Legendre, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Paris, Fayard, 1989, 187 p.

[51] † M. Weber, *Sociologie du droit*, trad. fr. par J. Grosclaude, Paris, PUF, 1986, p. 234-235.

[52] † Cette idée d'un éternel retour de l'irrationalité est d'ailleurs aussi présente dans l'œuvre même de Max Weber, ainsi que le montre J. Freund in « La rationalisation du droit selon Max Weber », *Arch. de philo, du droit*, t. 23 : « Formes de rationalité en droit », Paris, Sirey, 1978, p. 69-92, spéc. p. 89 s.

[53] † Cf. R. Gossez, *Les Ouvriers de Paris*, La Roche-sur-Yon, 1967, p. 112 ; W. H. Sewell, *Gens de métier et révolutions*, op. cit., p. 259 s.

[54] † V. P. Bourdieu, *La noblesse d'Etat. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Ed. de Minuit, 1989, 569 p.

[55] † Pour une approche interdisciplinaire (d'où le droit est exclu), v. les Actes du séminaire dirigé par C. Lévi-Strauss, *L'identité*, Paris, PUF, 2^e éd. 1987, 344 p. Sur les raisons de cette occultation systématique par les sciences sociales de la dimension juridique et institutionnelle de l'identité, v. les travaux de P. Legendre, et not. *Les enfants du texte. Etude sur la fonction parentale des Etats*, Paris, Fayard, 1992, 469 p.

[56] † Cf. J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris, PUF, t. 1 : *Les personnes*, 17^e éd. 1990, n° 27 s., p. 43 s.

[57] † *C. civ.*, art. 34 ; v. aussi les articles 57, 73, 76, 79.

[58] † Sur ce mouvement de « salarisation », v. L. Thevenot, « L'extension du salariat », *Eco, et Stat.*, juil. 1977. Selon les statistiques de l'INSEE, le pourcentage de salariés dans la population active, qui était de 37,5 % en 1901, a crû régulièrement jusqu'au début des années 1980, pour se stabiliser ensuite aux environs de 84 %. Ce pourcentage situe la France parmi les pays d'Europe où la salarisation est la plus forte, derrière les Pays-Bas, l'Allemagne et le Danemark (88 %), mais devant l'Irlande (75 %), l'Espagne (72 %), l'Italie (71 %) ou la Grèce (51 %), pays dans lesquels le travail indépendant occupe une place de deux à trois fois plus importante que dans notre pays (Sources : *Enquête sur les forces de travail. Résultats 1989*, Eurostat,

Luxembourg, 1991, tableau 27). Ces statistiques ne distinguent pas, au sein du travail dépendant, l'emploi public de l'emploi privé.

[59] † V. par ex. J. Carbonnier, *op. cit.*, *loc. cit.*

[60] † Encore employé par Pothier, ce terme vient du latin, qui distinguait le fait de prendre (*conducere*) et de donner en location (*locare*). Il pouvait s'appliquer d'autant plus facilement à la relation de travail qu'il tire son origine de la pratique militaire du recrutement, puis de l'engagement par un chef (*dux*) d'hommes à prix d'argent (v. E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, *op. cit.*, t. 1, p. 155 s.).

[61] † Pour une approche sociologique v. R. Sainsaulieu, *L'identité au travail*, Paris, Presses de la FNSP, 3^e éd. 1988, 477 p.

[62] † V. J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Paris, Dalloz, 2^e éd., vol. 1., 1984, n° 8, p. 23 s.

[63] † Sur la division des Prud'hommes en section, et la réforme du sectionnement par la loi Boulin, v. *Les juridictions du travail*, Paris, Dalloz, 1987, d° 384 s., p. 371 s.

[64] † Autour de ces deux objectifs — la défense et la conquête des droits — la jurisprudence a tenté d'organiser une distinction juridique entre réclamation et revendication, propre à fonder une répartition des compétences entre institutions représentatives dans l'entreprise (Crim., 24 mai 1973, *B. crim.*, n° 239), et les syndicats ont conçu des stratégies juridiques différentes selon qu'ils faisaient prévaloir dans leur action juridique le respect ou la transformation des droits (v. *Les juridictions du travail*, *op. cit.*, n° 39 s., p. 47 s.).

[65] † G. Scelle, *Le Droit ouvrier*, Paris, A. Colin, 2^e éd. 1928, 221 p.

[66] † L. Josseland, « Sur la reconstitution d'un droit de classe » *DH*, 1937, *Chr.*, 1.

[67] † V. A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail*, MéL. G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, p. 299 s. ; et *supra*, chap. préliminaire.

[68] † V. X. Godinot, *Les travailleurs sous-prolétaires*, Min. du Travail / ATD Quart Monde, mai 1984, 308 p.

[69] † V. *infra*, chap. 5.

[70] † V. par ex. P. Durand, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP*, 1944, 1, 387 ; A. Brun, « Le lien d'entreprise », *JCP*, 1962, I, 1719 ; sur l'expérience de Vichy, et le rôle qu'y joua la doctrine, v. J.-P. Le Crom, *L'organisation des relations professionnelles en France (1940-1944). Corporatisme et charte du travail*, th. (Droit), Univ. de Nantes, 1992.

[71] † Sur ces textes, v. « La sécurité sociale : nouveaux problèmes », *Dr. Soc.*, n° spéc. sept.-oct. 1978, spéc. p. 1-26.

[72] † G. Lyon-Caen, « Le droit "social" des dirigeants d'entreprise », in *MéL. A. Weill*, Paris, Dalloz-Litee, 1983, p. 405-414.

[73] † Cf. G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, spéc. la conclusion, n° 209, p. 195.

[74] † Cf. J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 11^e éd., n° 56 et 140-141.

[75] † Cf. la reconnaissance par le Conseil d'Etat de principes généraux, dont « s'inspire » le droit du travail, tel celui de la protection de la maternité (C.E. Ass. 8 juin 1973, *Peynet*, AJDA, 1973, 608, concl. Grevisse) ou du salaire minimum (C.E. 23 avr. 1982, *Ville de Toulouse* Rec. 152, concl. Lateboulle).

[76] † Cf. « L'élevage industriel face au droit du travail », *Rev. dr. rural*, n° spécial, oct.-nov. 1983, p. 325-331.

[77] † Cf. F. Ewald, *L'accident nous attend au coin de la rue*, Paris, La Doc. fr., 1982, et du même auteur *L'Etat providence*, Paris, Grasset 1986, spéc. p. 437 s.

[78] † V. par ex. le statut des VRP, ou la place décisive du droit du travail dans la constitution d'un droit des groupes.

[79] † Cf. J. Mestre, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », intervention au Colloque « Droit civil et droit du travail », *Dr. Soc.*, 1988, 405 ; on se reportera toujours avec profit aux thèses de G. Berlioz sur *le contrat d'adhésion* (LGDJ, 2^e éd. 1976) et de G. Virassamy sur *Les contrats de dépendance en droit privé* (LGDJ, 1986).

[80] † Grève de l'aide judiciaire chez les avocats ; grève des médecins dans le cadre de la négociation de la nouvelle convention avec la Caisse nationale d'assurance maladie. Add. pour une vue générale : G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990, 208 p.

[81] † Sous un sens juridique, l'individualisation peut s'entendre de l'allocation de droits individuels indépendamment de l'appartenance à une collectivité ou à une institution déterminée. De ce point de vue, elle doit être distinguée de la « subjectivation » qui consiste à reconnaître des droits individuels dans le cadre d'une collectivité ou d'une institution (i.e. appréhender le salarié comme un sujet de droit dans l'entreprise). Notion elle-même différente de l'« objectivation » qui consiste à traiter l'individu comme simple objet de droit, comme pièce entièrement subordonnée à un montage institutionnel ; sur les rapports entre individualisation et désobjectivation, v. *infra*, chap. 5.

[82] † V. par ex. la jurisprudence « Raquin » : Soc. 8 oct. 1987, *Dr. Soc.*, 1988, 138, note J. Savatier ; *D.*, 1988, J. 58, note Y. Saint-Jours ; *Juri-Social*, déc. 1987, 41, obs. A. Lyon-Caen.

[83] † V. J.-C. Javillier, « Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération », *Dr. Soc.*, 1988, 68 ; et pour une approche économique B. Reynaud, *Le salaire, la règle et le marché*, Paris, C. Bourgeois, 1992, 214 p.

[84] † *C. trav.*, art. L. 231-8 s. ; v. P. Chaumette, « Le CHSCT et le droit de retrait du salarié », *Dr. Soc.*, 1983, 425.

[85] † V. O. Godard, « Les responsabilités en cas de danger grave et imminent », *JCP*, 1984, éd. E, II, 14215, et l'art. L. 231-8-1 *C. trav.* prévoyant que la faculté de retrait « doit être exercée de telle manière qu'elle ne puisse créer pour autrui une nouvelle situation de danger grave et imminent ».

[86] † V. Dir. n° 89.391 du 12 juin 1989, sect. 3, art. 13.

[87] † V. *infra*, chap. 5 ; et G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. Soc.*, 1985, 801 ; Centre de recherches de droit social de l'Université de Lyon-3, *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ?* Paris, Ed. légis. et adm., 1986, p. 23-54.

[88] † V. A. Lyon-Caen et A. Jeammaud (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Arles, Actes-Sud, 1986, 260 p. ; U. Mückenberger et S. Deakin, « From deregulation to an European floor of rights : Labour law, flexibilisation and the European single Market », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*, Heidelberg, Müller, juil./sept. 1989, p. 153-256.

[89] † A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Dr. Soc.*, 1988, 583.

[90] † V. « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise en droit français », *Dr. Soc.*, 1989, p. 195-205.

[91] † V. G. Poulain, *Les contrats de travail à durée déterminée*, Paris, LITEC, 1988, 333p. ; J.

Pelissier, « La relation de travail atypique », *Dr. Soc.*, 1985, 531 ; A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1988, 540. Sur la notion d'emploi « typique », ou « normal », v. U. Mückenberger, « Non-Standard Forms of Works and the Role of Changes in Labour and Social Security Regulation », *International Journal of Sociology of Law*, 1989, 17, p. 381 s.

[92] † J. de Maillard, « L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'«extériorisation de l'emploi» », *Dr. Soc.*, 1979, 323.

[93] † La recrudescence des accidents du travail résulte directement du développement de l'emploi précaire. Ainsi en France le taux de fréquence des accidents de travail avec arrêt était en 1986 de 12,1 % pour les intérimaires contre 5,2 % pour l'ensemble des salariés ; des

résultats comparables s'observent dans les autres pays de la CEE. Cela conduit au développement de règles spéciales de sécurité pour les contrats précaires tant en droit interne (v. H. Blaise, « Les contrats précaires après loi du 12 juillet 1990 », *Dr. Soc.*, 1991, 11) qu'en droit communautaire (v. la proposition de directive du 13 août 1990, doct. SYN 281, et les statistiques citées par l'exposé des motifs, § 56 s.).

[94] † V. *Les sans-emploi et la loi*, ouvr. coll., Quimper, Calligrammes, 1988, 228 p. ; F. Gaudu, « Les conventions d'insertion professionnelle », *Rev. dr. san. et soc.*, 1989, p. 679-700.

[95] † C. *sec. soc.*, art. L. 323-3 ; v. Cass. Ass. plén. 14 juin 1984, *D.*, 1985, J., 49, concl. P. Cabannes.

[96] † C. *trav.*, art. L. 323-1 s. ; v. G. Bollenot *et al.*, *Handicaps et droit*, SIMEP, Villeurbanne, 1984, 112 p. ; M.-L. Cros-Courtal, « Les obligations patronales à l'égard des handicapés », *Dr. Soc.*, 1988, 598.

[97] † V. loi du 1^{er} déc. 1988 sur le revenu minimum d'insertion, art. 11 visant les « activités d'intérêt collectif » parmi les contreparties possibles au bénéfice du RMI.

[98] † C. *proc. pén.*, art. D. 98 s. sur les travail pénitentiaire, et C. *pén.*, art. 43-3-1 sur les travaux d'intérêt général.

[99] † Cf. F. Favennec-Hery, « *svtp* et déclin du contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1988, 511.

[100] † Cf. S. Mathieu-Cabouat, « Le revenu minimum d'insertion : allocation ou contrat ? », *Dr. Soc.*, 1989, 611.

[101] † V. Loi n° 79-575 du 10 juil. 1979, portant diverses mesures en faveur de l'emploi, se substituant à la loi n° 78-698 du 6 juillet 1978 sur l'emploi des jeunes et de certaines catégories de femmes.

[102] † V. par ex. Ord. n° 86-836 du 16 juillet 1986 (*JO* du 17) partiellement reconduite par l'ordonnance n° 86-1287 du 20 décembre 1986 (*JO* du 21).

[103] † Le plan Barre de 1979 visait les femmes sans emploi qui étaient depuis moins de dix ans veuves non remariées, divorcées non remariées, séparées judiciairement, célibataires supportant la charge d'au moins un enfant ou bénéficiaires de l'allocation de parent isolé. Le système actuel de PLIF (Programme locaux d'insertion des femmes, *D.* du 15 juin 1986) vise les femmes à faibles ressources, d'au moins quarante ans et ayant élevé leurs enfants.

[104] † Le « plan d'urgence » de juillet 1986 visait tous les jeunes de 16 à 25 ans ; les TUC (Travaux d'Utilité Collective), qui étaient initialement réservés aux jeunes de seize à vingt et un ans, ont été étendus en juillet 1985 aux chômeurs de longue durée de vingt et un à vingt-cinq ans.

[105] † C'est l'objet des Programmes d'insertion Locale (PIL) institués par les décrets n° 87-236 et 87-237 du 3 avril 1987 (*JO* du 5).

[106] † C. *trav.*, art. L. 351-15 ; *D.*, n° 84-310 du 27 avril 1984 (*JO* du 28) ; V. G. Moreau et M. H. Debart, « Le retour et la réinsertion des *travailleurs étrangers aux pays d'origine* », *Dr. Soc.*, 1985, 683.

[107] † V. N. Kerschen et H. Reminiac, « Les systèmes de "pré-retraite". Classification juridique et pratique », *Dr. Soc.* 1981, 175 ; N. Kerschen, « Cessation anticipée d'activité et droit social », *Travail et Emploi*, n° 15, 1983, p. 63.

[108] † V. « Les inégalités entre chômeurs », in *Les sans-emploi et la loi*, *op. cit.*, p. 185-202.

[109] † C. *trav.*, art. L. 321-1-1 (ordre des licenciements économiques) ; rapp. la formule des articles L. 322-4-1 (contrat de réinsertion en alternance : CRA) et L. 322-4-2 (contrats de retour à l'emploi : CRE) visant les « personnes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi ».

[110] † V. *supra*, chap. 1.

[111] † V. K. Marx, *Travail salarié et Capital*, 1848, trad. fr. Paris, Ed. Soc., 1968, p. 19-23.

[112] † Arrêt de principe : Soc. 27 nov. 1958, *D.*, 1959, J., 20, note Lindon, *JCP*, 1959, II, 11143, note Brethe De La Gressaye, *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, 735, obs. Carbonnier. V. G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1982, n° 212 s., p. 238 s. et l'abondante jurisprudence citée.

[113] † Cf. G.-H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, *op. cit.*, n° 57, p. 71 s.

[114] † E. Chatelain, « Esquisse d'une nouvelle théorie du contrat de travail », *Rev. trim. dr. civ.*, 1904, p. 313 s. ; et du même auteur, « Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail », *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 271 s.

[115] † F. Geny, « Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail », *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 333 s.

[116] † Soc. 22 avr. 1964, *JCP*, 1964, II, 13883, obs. B.A. (salariés limitant leur travail au rendement correspondant à leur salaire de base, et supprimant ainsi leur « boni ») ; Soc. 23 janv. 1980, *JCP*, 1980, éd. CI, I, 8870, obs. B. Teyssié. Sur cette jurisprudence, v. H. Sinay et J.-C. Javillier, *La grève*, Paris, Dalloz, *Traité de droit du travail*, t. 6, 2^e éd. 1984, n° 108, p. 172 s.

[117] † Loi n° 57-298 du 11 mars 1957, art. 1^{er} ; « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous (...) L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance (de ce) droit » ; add. les dérogations apportées à ce principe par la loi n° 85-660 du 3 juil. 1985, spéc. art. 45 (création de logiciels), v. J.-M. Mousseron et J. Schmidt « Les créations d'employés » *Mél. Paul Mathély*, 1990, 273 ; *INPI La création salariée, propriété intellectuelle et droit du travail* Actes du colloque de mai 1988, Paris, Ed. Lamy, 1989, 180 p.

[118] † Loi n° 68-1 du 2 janv. 1968 modif. par la loi n° 78-742 du 13 juil. 1978, art. 1^{er} *ter*, et 68 *bis*. V. J.-M. Mousseron, « Les inventions de salariés », *Rev. trim. com.*, 1980, 185 ; A. Chavanne, « Les inventions de salariés », *Dr. Soc.*, 1980, 1. La question connaît aujourd'hui un remarquable regain d'intérêt : v. J.-M. Mousseron, « Nouvelles technologies et créations des salariés », *Dr. Soc.*, 1992, p. 563-572.

[119] † P. Ollier, *Rep. trav.*, Dalloz, t. 2, v° « Inventions de salariés », n° 6 et 12.

[120] † C. *trav.*, art. L.133-5, 12^e.

[121] † C. *trav.*, art. L. 761-7.

[122] † C. *santé publ.*, art. L. 162-8 (loi n° 79-1204 du 31 déc. 1979).

[123] † Cf. « Le progrès des Lumières dans l'entreprise », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, 463 s.

[124] † Cf. « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1992, 215-226, et *infra*, chap. 6.

[125] † Sur ces terres promises du management participatif, v. J. Le Goff, « Le sacre de l'entreprise », *Esprit*, sept. 1990, p. 123-134 ; Ph. Le Tourneau, « La modernité de la vision chrétienne de l'entreprise (ou sa rencontre avec le nouveau management) », Communication au colloque « Cent ans de christianisme social », Nantes, mai 1991, Actes à paraître.

[126] † Loi n° 90-579 du 4 juil. 1990 (C. *trav.*, art. L. 900-3).

[127] † Soc. 25 fév. 1992, Expovit, *Dr. Soc.*, 1992, 379 ; v. A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.*, 1992, 573.

[128] † C. *trav.*, art. L. 321-1-1.

[129] † Comp. la rédaction de l'art. L. 230-3 C. *trav.* (loi n° 91-1414 du 31 déc. 1991) qui a transposé cette formule en droit français : « Conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur (...) il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et de ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail. »

[130] † La définition particulière des obligations que la jurisprudence fait peser sur les cadres

en donne une première idée (v. J.-C. Javillier, «L'obligation de loyauté des cadres », *Dr. ouv.*, p. 133 s.). Sur les développements récents de cette idée, v. J.-E. Ray, «Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1991, p. 376-385.

[131] † Soc. 21 fév. 1990 (Laurec), *Cah. soc.*, n° 19, S 64, p. 111.

[132] † Sur ces « codes d'éthique » dans l'entreprise, v. *infra*, chap. 6.

[133] † *C. trav.*, art. L. 432-5 ; v. J. Savatier, « Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *JCP*, 1987, ed. E., 15066, p. 616-622.

[134] † Temps de travail, mais aussi temps de la formation, de la retraite, de l'éducation des enfants, etc.

[135] † L'individualisation va en effet de pair avec une tendance à la standardisation des modèles culturels, favorisée notamment par les médias. La décomposition des groupes intermédiaires laisse la place nette à des valeurs et des représentations (essentiellement celles de la sphère marchande, puisque le marché devient la seule référence commune) qui prétendent à l'universalité, et s'imposent d'autant plus facilement aux individus que ces derniers ne peuvent plus leur opposer des valeurs propres à leur groupe de socialisation. Sur ce lien entre individualisation et désobjectivation, v. *infra*, chap. 5.

Deuxième partie : La subordination et la liberté

Présentation

« Tous les hommes tant qu'ils ont quelque chose d'homme, devant qu'ils se laissent assujettir il faut l'un des deux, qu'ils soient contraints ou abusés. »

E. de La Boétie, *Discours de la servitude volontaire*.

Dans tous les pays industriels où elle a prospéré, la relation de travail salarié a été, et demeure, définie comme une relation où l'un peut commander et où l'autre doit obéir. C'est dire que la question du pouvoir est au cœur du droit du travail [1]. La subordination du travailleur, qui sert à caractériser le contrat de travail, est bien plus qu'un simple critère technique de qualification, elle est la pierre angulaire d'un droit qui a pour objet essentiel d'encadrer l'exercice du pouvoir qu'il confère ainsi à une personne sur une autre. Car ce pouvoir prend à revers les grands principes sur lesquels repose le droit des contrats : principe d'égalité des parties, et principe de liberté contractuelle. Là où le droit des contrats postule l'autonomie de la volonté individuelle, le droit du travail organise la soumission de la volonté. Le contrat de travail incorpore ainsi une antinomie que le droit romain avait bien aperçu en répugnant à admettre qu'un homme libre puisse le rester lorsqu'il se met au service d'autrui. Le droit du travail s'est nourri de cette tension entre l'idée de contrat, qui postule l'autonomie des parties, et l'idée de subordination, qui exclut cette autonomie. C'est cette tension qui a amené à construire sur le terrain collectif l'autonomie qui ne pouvait être édiflée sur le terrain individuel, et à rendre ainsi juridiquement compatibles la subordination et la liberté. La subordination individuelle et la liberté collective constituent donc les deux faces d'une même médaille (chapitre 3). Si bien que les changements qui affectent l'une (que ce soit le « déclin » du collectif, ou l'altération de la subordination) ne peuvent rester sans incidence sur l'autre (chapitre 4).

Notes du chapitre

[1] † Cette définition du pouvoir comme relation d'obéissance entre personnes ne recouvre pas tous les emplois du terme « pouvoir » en droit privé. Mais on négligera ici ce problème de définition générale (sur cette question, v. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, th., droit, Paris, Economica, 1985, 250 p.). Non seulement parce que l'existence d'une caractéristique commune à ces différents emplois est sujette à caution (il est permis de douter que le pouvoir patronal puisse être caractérisé par la poursuite d'un intérêt distinct de celui de son titulaire, comme l'affirme d'emblée E. Gaillard, th. préc., p. 9, puis *passim*), mais surtout parce que mettre ainsi le pouvoir patronal dans le même sac que le contrat de mandat conduit à faire disparaître ce qui est propre au droit du travail (la subordination d'une personne à une autre) et interdit de saisir les rapports complexes que ce droit entretient avec le droit de la famille ou le droit public.

Chapitre III. L'invention du collectif

On ne peut comprendre les multiples manifestations de l'idée de liberté collective en droit du travail (section 2) sans avoir démonté le ressort de cette autonomie, c'est-à-dire la tension entre la loi du contrat et celle de la subordination (section 1).

I - Les apories de la soumission volontaire [1]

Dans un système juridique, comme le droit des contrats, dominé par les principes de liberté et d'égalité individuelle, l'assujettissement contractuel de la volonté d'un individu à celle d'un autre est une source inévitable d'antinomies. Et il n'est pas besoin pour le montrer de se référer à une inégalité de fait, à cette inégalité économique des parties au contrat rituellement invoquée en droit du travail. Il suffit de confronter, sur un plan purement juridique, ce qu'implique la subordination et ce que requiert la théorie du contrat, pour mesurer les paradoxes d'une subordination librement consentie.

A - La subordination

Le concept de subordination a surtout été étudié en tant que critère de qualification du contrat [2]. On s'est moins interrogé sur sa signification profonde, et notamment sur ce qui le distingue de la simple inégalité des parties.

1 / C'est une *caractéristique commune* à tous les droits des pays européens que d'identifier le travail salarié au travail dépendant. La difficulté partout rencontrée a consisté à enfermer cette idée de dépendance dans une définition suffisamment précise. Cette question a été pendant longtemps dominée par une opposition entre deux thèses. La première, dite de la dépendance économique, retient une définition fonctionnelle de la dépendance, c'est-à-dire qu'elle vise à ajuster le champ d'application du droit du travail sur les catégories économiquement les plus faibles. En France, c'est Paul Cuche qui se fit le défenseur de cette idée selon laquelle « le salarié est la partie contractante qui fournit le travail, [l'employeur] celle qui rémunère le travail et en tire profit » [3]. Dans cette perspective, le critère principal

du salariat serait celui du niveau et de l'origine des ressources du travailleur : si ces ressources dépendent quasi exclusivement de celui qui tire profit de son travail, alors il faudrait y voir un salarié. Cette thèse de la « dépendance économique » visait notamment à ne pas exclure de la protection sociale « ces humbles collaborateurs qui vivent au jour le jour de l'activité économique de l'employeur comme il vit de la leur, mais ne sont point placés sous son autorité » [4] ; c'est-à-dire des catégories qui étaient à mi-chemin entre le travail de l'artisan et celui de l'ouvrier, comme les travailleurs à domicile. Ce critère de la dépendance économique a été discuté dans de nombreux pays européens, mais ce n'est pas lui qui a été retenu pour caractériser le contrat de travail. Redoutant son imprécision, on lui a préféré un critère d'ordre juridique, celui de la subordination du travailleur aux ordres de l'employeur. En France, c'est la jurisprudence qui a tranché en ce sens [5], et le contrat de travail s'y trouve généralement défini comme la « convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération » [6]. La soumission du travailleur à l'autorité de l'employeur constitue ainsi la caractéristique « essentielle » du contrat de travail [7]. La caractérisation du contrat de travail n'est pas à rechercher alors dans le couple « profit/dépendance économique », mais dans le couple « autorité/subordination ». A la perspective fonctionnelle et inductive d'ajustement de la notion de contrat de travail aux besoins de protection est préférée une perspective formelle et déductive, qui fait dériver la qualification du contrat du constat de la soumission d'une partie aux ordres de l'autre.

Cette solution a été accueillie par le droit communautaire lorsqu'il a fallu définir qui étaient les travailleurs bénéficiaires de la libre circulation au sens de l'article 48 du traité de Rome. Selon la Cour de Justice des Communautés Européennes : « La caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la

direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération » [8]. Afin d'éviter toute interprétation restrictive dans certains Etats membres, cette définition se garde bien d'utiliser le concept de contrat de travail, mais elle n'en décline pas moins les trois éléments constitutifs d'une relation contractuelle de travail salarié : a) l'exécution d'une prestation au profit d'un bénéficiaire ; b) la direction de l'accomplissement du travail par ce bénéficiaire ; et c) le caractère onéreux de la prestation. Le pouvoir de direction exercé sur le travailleur constitue donc au plan communautaire comme au plan interne le critère par excellence du contrat de travail, celui qui permet de distinguer le salariat de toute autre forme d'activité économique exercée à titre onéreux pour autrui.

2 / La notion de subordination, ou son envers logique, la notion de direction, désignent ainsi un *rapport hiérarchique* entre l'employeur et le travailleur : le second doit obéir aux ordres du premier. Or l'idée de hiérarchie ne peut être confondue avec celle d'inégalité.

La notion d'inégalité a toujours servi en droit du travail à désigner des situations de fait qui appellent des correctifs juridiques. C'est le cas tout d'abord des *inégalités de situation* que le droit du travail cherche à corriger, au premier rang desquelles l'inégalité économique des parties au contrat de travail. C'est aussi le cas de toutes ces *inégalités de traitement* que le droit condamne sous le nom de discriminations (inégalités de traitement selon le genre, l'origine, l'appartenance syndicale, etc.). Cette répugnance à admettre une inégalité juridique procède du principe d'égalité, principe à valeur constitutionnelle qui domine l'ensemble du droit français. Sa formulation la plus connue est celle de la Déclaration des droits de 1789 (art. 1^{er} : « Les hommes naissent libres et égaux en droit, les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; art. 6 : « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ») [9]. Sous son apparente simplicité, le principe d'égalité recèle en réalité des sens et des effets différents, pour ne pas dire contradictoires. Ainsi que l'a

montré Kelsen [10], c'est dans son sens le plus restreint d'égalité *dans* la loi qu'il produit son effet le plus fort, puisqu'il signifie alors que la loi ne doit pas fonder une différence de traitement sur certaines distinctions limitativement énumérées, telles que — en droit français — l'origine, la race, le sexe, la religion ou la croyance. Sous ce sens, le principe d'égalité a nécessairement un champ d'application très restreint, puisque l'activité législative ou réglementaire consiste pour une grande part à distinguer des situations différentes pour leur imposer des règles différentes. La référence au principe d'égalité s'entend donc le plus souvent de l'égalité *devant* la loi et implique seulement, selon le Conseil constitutionnel : « qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles » [11]. Toute inégalité se trouve ainsi soit déniée par référence à une différence objective de situation, soit rejetée dans le domaine du fait, et à ce titre ignorée, compensée ou combattue par le droit. Utilisé pour lutter contre des inégalités de fait, le principe d'égalité en vient souvent à se confondre en droit du travail avec son corollaire le plus moderne : le principe de non-discrimination [12].

Tandis que l'inégalité désigne d'une manière générale le produit d'une comparaison objective entre des situations de fait éventuellement indépendantes l'une de l'autre, la hiérarchie désigne toujours un lien de droit [13]. C'est dire que l'inégalité qui résulte de ce lien a une signification particulière : il s'agit d'une *relation*, et non pas seulement d'une *situation*, inégalitaire ; et il s'agit d'une inégalité instituée par le droit, et non pas d'une situation de fait ignorée ou combattue par lui. Dans le rapport hiérarchique, c'est l'inégalité et non l'égalité qui fait ainsi figure de principe juridique constitutif. Tel est bien le cas du lien de subordination, qui fonde le rapport entre employeur et salarié sur un principe juridique d'inégalité. Cela explique la forte attraction que le droit public a pu exercer sur le droit du travail. Cette attraction existe indépendamment de tout interventionnisme de l'État, du seul fait que droit public et droit du travail ont en commun d'être fondés sur la hiérarchisation d'un rapport juridique, qu'il s'agisse du rapport

entre particulier et puissance publique, ou entre salarié et employeur. Mais tandis que la hiérarchie instituée par le droit public subordonne l'intérêt privé à l'intérêt public et repose donc sur la distinction du public et du privé, la hiérarchie instituée par le droit du travail se loge tout entière dans un contrat de droit privé, c'est-à-dire dans un rapport formellement soumis au principe d'égalité. Cette entorse au principe d'égalité ne peut avoir d'autre fondement que la volonté libre de celui qui se subordonne.

B - L'autonomie de la volonté individuelle

Seul fondement possible du lien de subordination, l'autonomie de la volonté est un concept d'origine philosophique [14], qui, après avoir été cantonné au droit international privé, fut mis à l'honneur à la fin du XIX^e siècle, lorsque la critique du code Napoléon obligea les civilistes à en conforter les fondements [15]. Il signifie que la volonté libre de l'individu tire d'elle-même sa force créatrice d'obligations.

L'autonomie de la volonté est donc à la fois le fondement et la justification de la force obligatoire du contrat. Elle la fonde puisque la liberté de l'individu implique qu'il ne puisse être contraint qu'aux obligations auxquelles il a volontairement souscrit. Elle la justifie puisque le principe d'égalité exclut que la volonté de l'une des parties ait pu être imposée à l'autre. Rencontre librement consentie de volontés autonomes, le contrat apparaît alors comme la réalisation d'un principe de justice [16]. En sorte que les esprits qui conçurent cette théorie en attendaient le meilleur des mondes possibles, un monde où les hommes ne seraient assujettis qu'à des contraintes librement acceptées, et où les règles seraient définies, comme dans un jeu, par accord mutuel et au gré des circonstances [17].

On a maintes fois décrit ce qui rendait, pour les travailleurs salariés, cette construction illusoire. La critique date de Marx, et aussi des

juristes progressistes de la fin du XIX^e siècle, tel Tissier, qui dénonçait pareille illusion en ces termes : « On présuppose une société où chacun a sa sphère d'autonomie relative, où chacun peut vivre par lui-même. Or (...) cela est faux ; pour une partie de la population, le contrat de travail n'est pas une possibilité mais une nécessité (...). On masque la spécificité de la situation contractuelle qui nous occupe si on ne montre pas non seulement que l'un des contractants est très faible économiquement vis-à-vis de l'autre, mais encore qu'il est obligé de contracter » [18]. Les faits démentent la totale liberté du consentement de celui qui s'engage dans le contrat de travail. La seule liberté — elle n'est pas négligeable — du travailleur dans un pareil cadre juridique est la liberté de choisir l'employeur auquel se subordonner, et encore dépend-elle de l'état du marché de l'emploi. Pour paraphraser Marx, on peut dire que le travailleur, qui n'a qu'une chose à vendre pour vivre, et sur un seul marché, ne peut planter là la classe tout entière des acheteurs sans renoncer à vivre.

L'analyse de la relation de travail a ainsi été le fer de lance d'une critique de l'autonomie de la volonté qui s'est depuis lors répandue à l'ensemble du droit des contrats. La plupart des civilistes s'accordent aujourd'hui à reconnaître que l'effet impératif du contrat découle nécessairement d'une règle extérieure à la volonté — *Pacta sunt servanda* —, règle dont le législateur garantit le respect dans la mesure où elle permet de sanctionner des opérations économiquement et socialement utiles [19]. Cette distance prise avec l'idéologie purement individualiste et volontariste de l'autonomie de la volonté a permis d'accueillir dans la famille des contrats les contrats dits « d'adhésion » qui, à l'instar du contrat de travail, sont marqués par l'inégalité des parties et l'absence de négociation préalable [20]. Au fond, ce qui demeure aujourd'hui encore de l'autonomie de la volonté, c'est l'exigence d'un accord librement consenti pour fonder l'obligation contractuelle. Cette évolution contemporaine du droit contemporain des contrats montre que l'inégalité concrète des parties au contrat de travail n'est pas de nature à affecter la validité d'un système juridique

qui en a vu d'autres (des inégalités de fait...), et dont la cohérence dépend seulement de leur égalité formelle, de leur égalité « en droit », et de la constatation de l'accord de leurs volontés [21]. Jusqu'à un certain point, une théorie juridique peut ignorer les situations sociales ou économiques qui semblent démentir ses constructions, car ces dernières ne relèvent pas de l'économie ou de la sociologie, mais du Droit, c'est-à-dire d'un ordre idéal, où les fictions sont monnaie courante et nécessaire.

En revanche l'ordre juridique ne peut s'accommoder durablement de contradictions internes. De telles contradictions le travaillent de l'intérieur, et conduisent lentement, mais sûrement, à sa transformation. Cela d'autant plus inéluctablement que cet ordre se présente comme une axiomatique rigoureuse, où les règles positives doivent être rattachées au respect de quelques principes de base. Or en droit français, la théorie des contrats possède bien cette tournure axiomatique. Elle s'y présente avec deux corollaires principaux. Le premier est le principe de liberté contractuelle. Quant au fond, la liberté contractuelle signifie qu'en concluant le contrat les parties fixent librement le contenu de leurs obligations respectives. Ce n'est pas dire que le contrat soit nécessairement précédé d'une négociation de ses termes. Mais c'est dire que l'objet de leurs obligations respectives doit être déterminé ou déterminable. Si cette détermination est laissée à la libre appréciation de l'une des parties, manque alors cet « objet certain qui forme la matière de l'engagement » requis par l'article 1108 du code civil, et le contrat n'est pas valablement formé. Quant à la forme, la liberté contractuelle implique le principe du consensualisme qui non seulement libère l'expression de la volonté du carcan de formes préétablies, mais encore conduit à interdire que le respect d'une certaine forme puisse se substituer à l'exigence d'un consentement explicite.

L'autonomie de la volonté a pour second corollaire le principe de la force obligatoire des contrats, ainsi que l'exprime la célèbre formule de l'article 1134 du code civil : « Les conventions légalement formées

tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. » On retrouve ici l'adage *Pacta sunt servanda* tel qu'il fut compris par les canonistes médiévaux, puis repris par l'École du droit naturel [22]. Qu'on fasse prévaloir son fondement moral (le respect de la parole donnée), philosophique (la force créatrice de la volonté individuelle), ou économique (les besoins du crédit), ce principe de la force obligatoire du contrat implique à son tour l'immutabilité des prévisions contractuelles, lesquelles ne peuvent être remises en cause que d'un commun accord des parties initiales [23].

C - La subordination de la volonté

Peut-on fonder sur l'autonomie de la volonté la force obligatoire d'un rapport hiérarchique comme le lien de subordination ? Le droit du travail est le seul qui conduise à poser cette difficile question. Sans doute l'enfant ou le fonctionnaire, se trouvent-ils eux aussi inscrits dans une hiérarchie instituée par le droit. Mais cette hiérarchie ne fait qu'en reproduire une autre : celle de l'ordre des générations, ou celle de l'intérêt public et de l'intérêt privé. En revanche le contrat de travail institue une hiérarchie entre égaux [24]. La clé de ce montage juridique paradoxal serait l'autonomie de la volonté de ceux qui se placent ainsi librement dans un rapport de subordination vis-à-vis d'autrui. Encore faut-il que ce montage soit respectueux des implications du principe d'autonomie de la volonté. Or tel n'est pas le cas.

Le lien de subordination est tout d'abord incompatible avec l'exigence d'une *détermination précise de l'obligation* du salarié. Comme le remarquait Paul Durand, « le droit de direction permet à l'employeur d'utiliser la force de travail du salarié au mieux des intérêts de l'entreprise. Le contrat de travail se borne en effet à mettre le salarié à la disposition de l'employeur : l'obligation du salarié comporte en

général une large indétermination. Ce droit imprime aux rapports de travail leur marque distinctive. Dans les autres contrats, le créancier fixe seulement, d'accord avec le débiteur, l'objet de l'obligation. Dans le contrat de travail, l'employeur acquiert un droit de direction continue sur l'activité du salarié pendant le cours du contrat » [25]. L'idée de mise à disposition par laquelle se trouve ainsi caractérisé le contrat du travail a connu depuis une fortune singulière, avec la diversification juridique du pôle patronal dans les relations de travail nationales et internationales [26]. Si le salarié se met à disposition d'un employeur, ou si cet employeur peut ensuite le mettre à disposition d'un autre, c'est parce que son engagement ne porte pas sur une ou plusieurs prestations convenues à l'avance. Si l'ensemble des tâches que le salarié doit accomplir se trouvaient précisément définies *ab initio* par le contrat, il ne resterait aucune place pour l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Le lien de subordination ne pourrait se nouer entre les parties, et l'on se trouverait en face d'une relation de travail indépendant. L'objet de l'engagement du travailleur salarié est de renoncer à sa volonté autonome, de la soumettre à celle de l'autre partie, ce qui implique une large indétermination des obligations concrètes qui pèseront sur lui pendant l'exécution du contrat.

Le pouvoir patronal est d'autant plus grand que cette marge d'indétermination des obligations du salarié est grande. En deçà même des bornes que la loi lui fixe, cette marge ne saurait affranchir l'employeur du respect de ses propres engagements, c'est-à-dire qu'elle n'est pas sans limite. Mais cette limite se trouve altérée par une antinomie latente entre le lien de subordination et la *force obligatoire du contrat*. C'est particulièrement manifeste dans les fluctuations de la jurisprudence relative à la révision du contrat de travail. En droit commun des contrats, toute modification se trouve soumise à l'accord des deux parties, puisque seule la réunion de leurs volontés est créatrice d'obligations réciproques (c'est la règle d'immutabilité déjà évoquée). Au contraire, s'agissant du contrat de travail, la question est

dominée par la distinction qu'on y opère entre modifications essentielles et secondaires [27]. La règle d'immutabilité ne s'applique qu'aux premières, tandis que les secondes relèvent de l'exercice normal du pouvoir du chef d'entreprise. Et dans le cas d'une modification substantielle l'incidence du lien de subordination sur le principe de la force obligatoire du contrat a été assez fort pour que la jurisprudence dispense, jusqu'à une date récente, l'employeur de recueillir le consentement explicite du salarié [28]. Ces solutions ne sont évidemment pas bilatérales, et le salarié ne dispose quant à lui d'aucun droit de modification unilatérale des dispositions secondaires du contrat. Ce qui suffit à montrer que le droit de modification secondaire ainsi reconnu à l'employeur dérive directement de son pouvoir de direction.

Parmi les dispositions substantielles du contrat qui bornent le pouvoir de direction, l'une mérite de retenir spécialement l'attention. Il s'agit de la qualification professionnelle [29]. Cette notion de qualification professionnelle est ambiguë car elle sert aussi bien à désigner une qualité de la personne — *i.e.* sa compétence professionnelle — que la nature des prestations dont cette personne est débitrice dans le contrat de travail. Or ces deux aspects, subjectif et objectif, de la qualification professionnelle ne coïncident pas forcément. C'est seulement dans son sens objectif, de détermination du type d'emploi auquel le salarié se trouve lié par le contrat, que la qualification professionnelle délimite l'aire d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Sous ce sens, la qualification se substitue alors à l'« objet certain qui fait la matière de l'engagement » dans les autres contrats, c'est-à-dire qu'elle constitue l'objet de l'obligation du salarié. L'employeur ne peut donc la méconnaître sans excéder les pouvoirs qu'il tire du contrat. En pratique c'est le poste de travail auquel se trouve réellement affecté le salarié qui joue aujourd'hui le rôle déterminant en jurisprudence. C'est à partir des exigences requises par ce poste qu'à l'aide de critères abstraits se trouve déduite la qualification correspondante [30], qualification qui pourra être comparée par le juge avec celle convenue

au contrat. Cette limite au pouvoir de direction n'est pas négligeable : l'employeur ne peut en principe ordonner au salarié l'exécution de tâches qui ne ressortiraient pas à la qualification convenue ; il ne peut pas non plus modifier unilatéralement cette qualification. Mais il s'agit de ce qu'on a pu appeler une « protection minimum » contre le déclassement [31]. Une observation attentive de la jurisprudence montre comment les pouvoirs reconnus à l'employeur en matière d'appréciation de l'aptitude professionnelle, de promotion ou de mutation conduisent celle-ci à laisser « l'état professionnel du salarié pratiquement sans défense face à l'exercice du pouvoir patronal » [32]. De la sorte, la notion de qualification professionnelle traduit la nécessité où l'on se trouve en matière de contrat de travail tout à la fois d'échapper à l'exigence d'une détermination précise de l'objet de l'obligation, et d'atténuer le principe de la force obligatoire du contrat. C'est-à-dire à la nécessité d'échapper aux implications les plus rigoureuses du principe d'autonomie de la volonté.

La même démonstration pourrait être administrée s'agissant du principe du consensualisme, longtemps mis à mal par la jurisprudence relative au règlement intérieur ou aux primes d'assiduité. Cette jurisprudence présumait l'acceptation du salarié dès lors que l'employeur avait publié dans les formes les dispositions constituant ce règlement ou instituant ces primes [33]. Elle faisait ainsi bon marché du principe du consensualisme, qui conduit à interdire que le respect d'une certaine forme puisse se substituer à l'exigence d'un consentement explicite. Le même type d'anomalie se retrouve dans la jurisprudence la plus récente sur la révocation des usages ou des accords atypiques [34]. La seule possibilité d'échapper à ces anomalies est de voir dans ces dispositions l'expression d'un pouvoir réglementaire conféré par la loi à l'employeur, c'est-à-dire de sortir de l'analyse contractuelle, ce qui a été fait par la loi du 4 août 1982 dans le cas du règlement intérieur [35].

Dans le contrat civil, la volonté s'engage ; dans le contrat de travail, elle se soumet. L'engagement manifeste la liberté, la soumission la nie.

Cette contradiction entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté aboutit à ce que le salarié est à la fois appréhendé dans l'entreprise comme sujet et comme objet du contrat [36]. Dès lors on ne peut espérer retrouver intacts en droit du travail les principes juridiques qu'implique l'autonomie de la volonté. Ces principes sont défigurés par le lien de subordination, et par l'altération de la qualité de sujet de droit qu'elle implique [37]. L'objet de l'obligation, qui forme la matière de l'engagement, étant l'obéissance aux ordres, y prend les contours imprécis de la qualification professionnelle et du poste de travail. La force obligatoire du contrat s'estompe au profit de l'employeur, le droit du salarié au respect de ses clauses dégénérant en devoir d'accepter les modifications secondaires que l'employeur entend y apporter. L'exigence d'un consentement libre et éclairé fait parfois place à un consentement fictif, voire au formalisme comme source d'obligations. Ces solutions hybrides sont autant de manifestations de la tension latente entre autonomie de la volonté individuelle et lien de subordination, qui parcourt le contrat de travail. Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être de faire resurgir le salarié en tant que sujet de droit dans l'entreprise, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique d'exercice. Cet encadrement a signifié dans le même temps — irréductible ambivalence du droit — une légalisation et une limitation de ce pouvoir.

II - Les voies du collectif

C'est l'invention du collectif, et de ses corrélats — les droits collectifs, les libertés collectives, la négociation et les conventions collectives — qui a permis de sortir des impasses de la soumission volontaire, et de définir un droit où la subordination et la liberté pouvaient faire bon ménage. La dimension collective des relations de travail n'a de sens en droit français que dans cette perspective de dépassement des apories

de la subordination de la volonté. La reconnaissance des libertés collectives des salariés prend racine, comme nous allons le voir, dans la privation de liberté inhérente au contrat individuel de travail. L'autonomisation de la dimension collective des relations de travail dans la pensée juridique, et l'attribution aux salariés d'aires d'autonomie collective, participent d'un même mouvement, d'une même consécration de l'autonomie du collectif, qui imprègne profondément l'ensemble du droit du travail. Toute la spécificité technique de ce droit réside dans l'invention de cette dimension collective, comme seconde dimension de l'analyse juridique de la relation de travail. La distinction de l'individuel et du collectif est devenue à bien des égards la *summa divisio* de ce droit, celle qui préside à la rédaction des traités et à l'organisation des enseignements. Cette référence au collectif fera immédiatement penser aux notions juridiques propres au droit du travail, telles celles d'entreprise (et dans sa gravitation, ceux d'établissement, de groupe, d'unité économique et sociale, etc.), ou de branche, de négociation ou de représentation collective, de grève ou de syndicat. Mais en réalité le collectif est presque toujours présent en filigrane, même dans la définition des droits individuels conférés aux salariés. S'agit-il de présenter des réclamations individuelles, ou de comparaître à l'entretien individuel préalable au licenciement ? Le salarié peut se faire assister de son délégué. S'agit-il de savoir à quel salaire minimum il peut prétendre, ou quelle durée maximum de travail peut lui être imposée ? Le salarié pourra exciper de règles collectives, légales ou conventionnelles. S'agit-il d'exercer une action individuelle en justice ? Le salarié pourra s'y faire assister et représenter par le syndicat qui même, dans un nombre de plus en plus grand de cas, est habilité à agir à sa place. Et cette ombre du collectif s'étend jusque sur la juridiction compétente pour les litiges individuels, puisque l'institution prud'homale est élective et paritaire. La constitution du droit du travail comme branche autonome du droit s'est ainsi opérée par la reconnaissance de droits définis collectivement (droits collectifs, ou réglementation

collective) qui fondent ou confortent des droits individuels, c'est-à-dire des droits que chaque salarié peut opposer à son employeur. C'est la construction de cette dimension collective en droit français qu'il s'agit de retracer ici.

A - La fraternité perdue

Introduire la dimension collective suppose une détermination des collectivités susceptibles d'être consacrées par le droit. Autrement dit il faut identifier la nature des liens sociaux susceptibles de faire accéder un groupe à la vie juridique. Hormis le contrat, le droit ne connaissait jusqu'au XIX^e siècle que des liens inspirés de l'institution familiale : la filiation et l'alliance. C'est avec cette tradition que renoue la devise de la République en 1848. C'est en effet la Constitution du 4 novembre 1848 qui a fait de la fraternité l'un des principes de la République (art. IV) et proclamé que les citoyens « doivent concourir au bien commun en s'entraidant fraternellement les uns les autres » (art. VIII). A côté de la liberté et de l'égalité, principes fondateurs de la théorie du contrat, la fraternité faisait resurgir un autre type de lien, un moment estompé par l'idéologie révolutionnaire [38]. La notion de fraternité a ainsi servi de trait d'union entre les idiomes corporatifs et révolutionnaires, entre les confréries d'Ancien Régime et le syndicalisme de lutte des classes. W. H. Sewell observe que le nom de *fraternité* « octroyait une respectabilité révolutionnaire à la solidarité morale qui s'exprimait au sein des métiers corporatifs, tout en offrant un contenu plus spécifique au terme révolutionnaire abstrait qu'il était par ailleurs. "Fraternité", qui avait été jusqu'ici le terme atone de la trinité révolutionnaire dans la version libérale de l'idiome révolutionnaire, devint prédominant dans la version ouvrière » [39]. C'est pourquoi « fraternité », dans la devise de la République, tire son sens de la révolution de 1848 plutôt que de celle de 1789 [40]. Mais alors, pourquoi la fraternité n'a-t-elle pas réussi à se hisser, à l'instar de la liberté et de l'égalité, au rang de

principe général du droit, auquel aurait pu être référée la dimension collective du droit du travail [41] ?

Le concept de fraternité a d'abord désigné le lien unissant ceux qui, par un acte de foi ou de volonté, se reconnaissent un ascendant commun, qu'il s'agisse de Dieu le Père pour les chrétiens, des constructeurs du Temple de Salomon (le Père Soubise, Maître Jacques, etc.) pour les confréries de compagnons et pour les francs-maçons, du saint patron pour les corporations de métier, etc. Ainsi définie, la fraternité a indéniablement un fort contenu juridique [42]. Elle implique les idées d'héritage et de partage. L'héritage que ces « frères » se transmettent de génération en génération prend le plus souvent la forme d'un ensemble de règles de conduite (règle monastique, règles d'initiation, règles de conduite entre membres d'une même corporation, etc.), c'est-à-dire d'une loi commune, qui tout à la fois cimente et définit la communauté ainsi instituée [43]. Et cette loi commune comporte toujours l'idée d'un partage entre frères. La fraternité implique ainsi toujours un ensemble de droits et de devoirs d'aide et d'assistance entre ceux qu'elle unit. Mais le contenu juridique de la fraternité est indissociable de son contenu mythique. Elle doit être ressentie pour produire des effets de droit. Ainsi en droit civil, l'obligation alimentaire entre frères est une simple obligation naturelle, qui n'acquiert de force juridique qu'à partir du moment où le sentiment de cette obligation a été clairement exprimé par le débiteur [44].

Ainsi entendue, la fraternité recèle une double ambivalence. En premier lieu, elle peut aussi bien légitimer l'égalité (nous sommes frères, donc égaux) que la hiérarchie (nous sommes frères, donc soumis à un ordre commun qui assigne à chacun une place particulière). En second lieu la fraternité est à la fois source d'insertion et d'exclusion sociale. Définissant le cercle de ceux qui se réclament d'un auteur commun, elle en exclut par là même tous les autres. Pour reprendre la terminologie de Richard Hoggart, la fraternité fonde une opposition entre « eux » et « nous » [45]. « Eux » sont exclus des

devoirs, mais aussi des droits à l'aide, à l'assistance et au partage, qui caractérisent le cercle familial. Cette ambivalence permet de comprendre que la fraternité puisse être entendue sous deux sens opposés. Soit comme fraternité de douceur et de conciliation, soit comme fraternité de combat et d'exclusion. Ces différents emplois se retrouvent tous en matière de relations de travail. La fraternité de conciliation dans la doctrine sociale de l'Eglise qui entend traiter le patron et l'ouvrier comme des frères. La fraternité de combat dans le vocabulaire des luttes syndicales. Et la fraternité d'exclusion, par exemple chez ceux qui l'invoquent de nos jours pour réclamer des mesures de préférence nationale en matière d'emploi ou de droits sociaux (exclusion de ceux qui ne descendent pas de nos pères : étrangers, faux frères et apatrides).

Dans son sens le plus large, la fraternité pourrait donc être définie comme le lien à la fois juridique et affectif unissant ceux qui se reconnaissent une parenté mythique. Pour générale qu'elle soit, une telle définition signifie que les liens de la fraternité sont fondés sur un sentiment communautaire, et non pas sur un groupement rationnel ; avec elle, le groupe s'enracine dans une tradition, et non pas dans la raison. Autrement dit, la fraternité relève d'une socialisation de type traditionnel et affectif — fondée sur le sentiment subjectif d'appartenance à une même communauté (*Vergemeinschaftung*) — et non pas d'une socialisation de type rationnel et objectif — fondée sur un libre compromis, ou une coordination délibérée d'intérêts (*Vergesellschaftung*) [46]. Cette caractéristique permet de comprendre pourquoi la fraternité n'a pas pu servir à fonder la dimension collective du droit du travail. L'un des apports du capitalisme réside dans la tendance à fonder le droit sur des considérations rationnelles, le privant ainsi de tout contenu affectif et sacré [47].

La nécessité de faire une place au collectif dans le système juridique, nécessité qu'exprime la fraternité dans la devise républicaine, ne disparaît évidemment pas dans cette conception rationnelle et instrumentale du droit [48]. La nouveauté est plutôt qu'elle y apparaît

comme un objectif explicite auquel le droit, entre autres instruments, doit concourir, et non plus comme le produit spontané d'une parenté mythique. Tandis que dans la fraternité le sentiment communautaire précède et conditionne le droit, c'est l'inverse qui se produit dans une conception instrumentale : le droit social est censé précéder le sentiment communautaire, qui n'en est qu'une conséquence éventuelle, mais non nécessaire. Le droit du travail est un bon révélateur de cette transformation et de ses effets juridiques. L'intérêt y remplace le sentiment comme principe d'union des individus. Cette objectivation du lien social revient en somme à faire l'économie du père mythique que supposait la fraternité. Dans un pareil système, le collectif n'a de place que dans un cadre juridiquement « rationnel », c'est-à-dire qu'il doit correspondre à la constatation objective d'une communauté d'intérêts. Et de fait, en droit du travail, l'intérêt est le seul ciment utilisé pour lier les individus entre eux [49]. Le terme de « groupements professionnels », qu'emploie l'intitulé du livre IV du code du travail de préférence à celui de « communauté professionnelle », suffirait à lui seul à marquer la rupture avec l'idée de fraternité. Il évoque l'idée d'une taxinomie objective, dépouillée de toute référence mythique [50]. Cette observation a une portée générale, et tous les groupements reconnus par le droit du travail se laissent réduire à une structure commune : celle d'un groupement objectif d'intérêts, que vient animer le libre arbitre des participants. C'est cette manière nouvelle de penser le collectif qui s'exprime dans la substitution progressive de la notion de solidarité à celle de fraternité dans le vocabulaire politique, juridique et syndical contemporain.

Cette substitution s'est véritablement opérée au tournant du siècle, lorsque la solidarité devient en France le maître mot du vocabulaire sociologique (avec Durkheim) [51] et politique (le solidarisme devenant la doctrine officielle du parti radical) [52]. C'est donc véritablement au berceau que notre droit social, né à la même époque, a été nourri de l'idée de solidarité. Mais du fait même de l'universalité

de son objet, cette idée de solidarité ne pouvait prospérer dans les limites étroites du droit du travail, et ne s'est véritablement épanouie qu'au sein de la sécurité sociale. C'est en droit de la sécurité sociale qu'elle se révèle à l'état pur, comme projet d'organisation rationnelle de l'interdépendance des différents groupes sociaux face aux risques de l'existence, projet purgé de toute référence au sentiment communautaire. Le droit du travail n'embrasse pas quant à lui la totalité des groupes sociaux. Il n'est donc pas surprenant que l'expression même de solidarité n'y occupe qu'une place discrète (grève de solidarité), et parfois fugitive (cas des « contrats de solidarité »), mais l'idée, sinon le mot, s'y trouve aussi dans les formes de « groupements professionnels » qu'il légitime.

Le premier de ces groupements est le *syndicat*, dont la définition la plus générale se trouve au détour de l'alinéa 2 de l'article L. 411-2 du code du travail, qui confère aux personnes employant des salariés sans but lucratif le droit de « se grouper en syndicat pour la défense des intérêts qu'elles ont en commun ». Dans le cas des syndicats professionnels, visé par l'alinéa 1 du même article, ces intérêts communs sont définis plus précisément, comme étant ceux qui résultent de l'exercice de la même profession, de métiers similaires ou connexes, concourant à l'établissement de produits déterminés. La défense de ces intérêts matériels et moraux constitue, aux termes de l'article L. 411-1, l'objet exclusif du groupement syndical. On ne saurait mieux dire que le principe fondateur du groupement syndical réside dans une similitude d'intérêts, qui se laisse directement observer dans la vie économique. A partir du moment où cette similitude d'intérêts existe, le syndicat peut « se constituer *librement* » [53]. Le lien objectif qui unit les salariés ou les employeurs entre eux leur ouvre par là même le droit de se regrouper en syndicats, l'exercice effectif de ce droit étant abandonné au libre arbitre des individus [54]. Tels qu'ils se présentent dans le code du travail, les syndicats ne sont rien d'autre que l'exercice d'une liberté dans un cadre dicté par des faits économiques objectifs.

Cette analyse peut être transposée sans difficulté aux autres formes de groupement que légalise le droit du travail. Ainsi la notion de *branche d'activité* se présente elle aussi comme un lien économique objectif, qui s'institue juridiquement par la libre volonté de ceux qu'il unit. Cette notion de branche est particulièrement intéressante [55], car l'idée selon laquelle le groupement professionnel pourrait être purement et simplement déduit de l'observation des faits économiques s'y présente avec une force particulière. Et nulle part ailleurs cette idée ne se trouve autant déçue ! On sait qu'en ce domaine la tentation et même la tentative a été d'imposer une nomenclature officielle [56]. Sans aller jusque-là, notre droit positif donne aux classifications de l'INSEE, c'est-à-dire d'un organisme de type scientifique, une certaine force juridique puisqu'elles valent, sauf preuve contraire, pour trancher les difficultés de rattachement d'une entreprise à une branche ou à une autre. Cette référence à l'objectivité supposée des sciences économiques et statistiques n'a pas permis cependant de parvenir à des solutions indiscutables, et la jurisprudence reconnaît aux parties signataires des conventions collectives le pouvoir de définir elles-mêmes les contours de la branche, sous réserve que les regroupements ainsi opérés ne dénaturent pas la réalité économique [57]. La construction juridique à laquelle on aboutit ainsi est très proche de celle du syndicat : le groupement est fondé sur une communauté objective d'intérêts, et scellé par l'exercice du libre arbitre de ses participants. Par-delà la diversité des emplois de la notion d'*entreprise* en droit du travail, il est possible d'y voir à l'œuvre la même technique juridique de regroupement professionnel. S'y retrouvent d'une part l'idée de libre arbitre (liberté d'entreprise et ses corollaires) et d'autre part l'idée d'un lien économique objectif qui limite l'exercice de cette liberté (notion d'unité économique et sociale, continuation du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise, etc.). Mais les choses y sont rendues plus compliquées par la diversité des intérêts en jeu ; le lien économique d'entreprise est tissé de plusieurs fils, et le droit du travail

a dû tenir compte de cette diversité. D'un côté l'entreprise est appréhendée comme un groupe d'intérêts hétérogènes. Cette hétérogénéité résulte non seulement de l'opposition des intérêts des salariés et de ceux de l'employeur, mais aussi de la diversité des intérêts des salariés eux-mêmes. C'est de cette diversité que procèdent les techniques juridiques de représentation. En adoptant une définition fonctionnelle des circonscriptions de chaque institution représentative (l'établissement, le site, l'entreprise, le groupe), le droit du travail témoigne d'un effort d'adaptation étroite aux divisions objectives de la collectivité des salariés, autrement dit d'une indexation de ces institutions sur les différents « groupes d'intérêts » qui se mêlent dans l'entreprise. Mais d'un autre côté l'entreprise est appréhendée par le droit du travail comme un groupe d'intérêts homogène. La notion d'intérêt de l'entreprise, entendu comme intérêt supérieur aux intérêts individuels de ses membres, s'exprime non seulement dans la jurisprudence (par exemple en matière de grève ou de lock-out), mais aussi dans la loi elle-même (par exemple dans le droit du redressement judiciaire) [58]. Cela contribue à expliquer le caractère extrêmement fluctuant de la notion juridique d'entreprise, qui doit ses dimensions variables au fait qu'on cherche à l'asseoir sur la réalité objective des intérêts économiques et sociaux qui s'y entrecroisent.

Cette structure du collectif en droit du travail n'aurait pu être conçue à partir d'un principe de fraternité, car la fraternité ne pouvait être intégrée dans un système juridique « rationnel », au même titre que la liberté ou l'égalité. Elle est trop liée à une conception mythique du lien social, et elle ne laisse pas une place suffisante aux idées de liberté et d'égalité formelle pour pouvoir être accueillie comme principe général du droit dans un système qui ne reconnaît que les communautés objectives d'intérêts. La fraternité se trouvant ainsi récusée, la dimension collective du droit du travail en France ne pouvait que se développer à partir du principe d'égalité.

B - L'égalité concrète [59]

C'est à l'anthropologue Louis Dumont que l'on doit sans doute l'analyse la plus fine de l'émergence de ce qu'il appelle l'*Homo œqualis* [60] dans la société occidentale. Il montre comment cette idée d'égalité a partie liée avec l'idéologie économique caractéristique de la modernité. Affirmant la primauté de l'individu (individualisme) sur le groupe (holisme), et la primauté de la relation des hommes aux choses sur la relation entre les hommes, cette idéologie tend à substituer partout (et notamment dans nos modes de pensée) le principe d'égalité au principe hiérarchique qui dominait les sociétés traditionnelles. Il montre aussi comment cette idéologie n'a pu subsister qu'en assimilant, sous des formes diverses selon les époques et les cultures, les valeurs « holistes » qui lui sont contraires. Le propos n'est évidemment pas de livrer ici un résumé de cette analyse anthropologique, mais de souligner à quel point elle se révèle pertinente et éclairante lorsqu'on la confronte avec les avatars du principe d'égalité en droit du travail.

Le droit du travail est un observatoire privilégié des progrès de cette idéologie individualiste et égalitaire, des résistances qu'elle rencontre, et de la manière dont elle s'incorpore ce qui lui résiste, c'est-à-dire l'idéologie communautaire et hiérarchique. Dans une perspective individualiste, la relation de travail salarié est juridiquement analysée comme un rapport contractuel entre égaux : le travail y est traité comme une chose, et le rapport de travail est saisi comme un rapport d'obligations portant sur cette chose, et non pas comme un rapport hiérarchique entre personnes. Cette analyse a prévalu dans toute l'Europe occidentale jusqu'à la fin du XIX^e siècle [61]. Elle visait à imposer l'égalité formelle entre opérateurs économiques sur le marché du travail et à rompre ainsi avec l'ancienne organisation corporatiste du travail. La critique de cette manière de voir a procédé dans certains pays d'une réhabilitation des valeurs du groupe (holistes

dirait Dumont) contre les valeurs individualistes. Cette critique se trouve d'abord chez Gierke et plus généralement dans toute la doctrine allemande qui s'est efforcée, à compter de la fin du XIX^e siècle, de réintroduire dans le moule contractuel une analyse juridique personnelle, communautaire, et hiérarchique, bref, toutes les valeurs de la *Gemeinschaft* par opposition à celles de la *Gesellschaft*.

En France, pays où depuis la philosophie des Lumières l'idéologie égalitaire a toujours eu le tour le plus systématique, les choses ne se sont pas passées de cette manière. C'est au nom même de l'égalité que l'analyse contractuelle de la relation de travail a été critiquée. Cette relation prétendument égalitaire entre employeur et salarié, ont dit en substance les premiers juristes français à s'intéresser au « droit ouvrier », est manifestement inégalitaire : elle l'est économiquement, puisque l'argent est à un pôle, et le besoin à l'autre ; et elle l'est aussi juridiquement, puisque ce contrat fait naître un lien de subordination entre ces prétendus égaux. Le droit du travail français s'est donc développé sur cette perspective d'un approfondissement de l'idée d'égalité dans le contrat, et non pas sur celle de la restauration d'une relation personnelle, communautaire et hiérarchique. La question centrale y a été : comment établir dans les faits l'égalité proclamée dans le code ? Il y a d'ailleurs là une parenté évidente avec le socialisme français, qui se donnait lui-même à la même époque pour objectif d'achever l'œuvre égalisatrice entamée par la Révolution de 1789, en passant de l'égalité formelle à l'égalité concrète. Cette lecture linéaire et volontariste de l'Histoire a certainement animé ceux qui ont œuvré au développement du droit du travail ; mais on pourrait aussi bien voir dans leur revendication de l'égalité concrète une réapparition des valeurs communautaires et préindustrielles, qui auraient seulement emprunté à l'idéologie individualiste son vocabulaire égalitariste, pour retrouver une place à l'intérieur de celle-ci.

Mais, quelle que soit la bonne lecture historique, il suffit de retenir que l'édification du droit du travail français peut se lire tout entière comme

une tentative d'englobement du principe d'égalité concrète dans un cadre juridique dominé par le principe d'égalité formelle. En première analyse, l'égalité formelle conduit à régler le travail salarié sur l'idée de contrat. Mais à un niveau plus fin l'égalité concrète règle sur l'idée de statut — de statut du travailleur — la correction des inégalités entre le faible et le fort [62]. Si bien que l'analyse contractuelle n'a pu survivre qu'en incorporant cette idée de statut qui lui est contraire [63]. Cela permet de comprendre le raffinement de concepts auquel donne lieu aujourd'hui ce principe d'égalité en droit du travail, raffinement qu'a si bien analysé Antoine Lyon-Caen [64] : non-discrimination, corrections, compensations, « égalité inégalitaire », etc., ces concepts sont autant de mesures et de contrepoids qui visent à faire rentrer l'égalité concrète dans l'égalité formelle des parties au contrat de travail. Et il est de ce point de vue inexact de parler d'une recherche d'équilibre entre ces deux pôles, car ils ne s'équivalent pas : l'un (l'égalité concrète) est subordonné à l'autre (l'égalité formelle). Cette thématique de l'équilibre, qui est à l'honneur en France dès qu'il s'agit de droit travail [65], participe sans doute elle-même de l'idéologie de l'égalité, qui empêche de penser sur un mode hiérarchique les valeurs autour desquelles s'est construite cette branche du droit.

Il faut retenir de tout cela que dans la culture juridique française ce n'est pas, à la différence de l'Allemagne, la référence à la communauté qui a constitué la pierre angulaire de l'édification du droit du travail, mais plutôt la recherche d'une égalité concrète qui permette de sauvegarder les cadres de l'analyse contractuelle. Or cette recherche a tout naturellement emprunté en France la voie d'une intervention régaliennne de l'Etat. C'est donc par un détour que le collectif y a acquis une consistance juridique : le détour de l'ordre public.

C - L'ordre public social

A partir du moment où elle ne procédait pas d'une consécration juridique des communautés de travail, l'émergence du collectif à la surface du droit a pu emprunter deux voies, d'inégale importance selon les pays : la voie de la réglementation publique, et la voie de l'autonomie collective. La voie publique consiste à soumettre les contrats de travail à un ordre public de protection, dont la caractéristique essentielle est de compenser la subordination par l'attribution de droits attachés à la seule qualité de salarié. Au lieu que la définition des droits et devoirs respectifs des parties soit réglée individuellement dans le cadre de chaque contrat de travail, ceux-ci font l'objet d'une définition collective imposée par l'Etat. Ces dispositions d'ordre public insèrent un statut dans chaque contrat de travail [66], et contribuent ainsi à forger une identité collective des travailleurs salariés [67]. Mais si l'ordre public introduit nécessairement la dimension collective dans le droit du travail, il ne s'accompagne pas nécessairement de la reconnaissance d'une autonomie collective au profit des salariés. Dans la culture juridique britannique, ces deux notions apparaissent même à bien des égards antinomiques : comment concevoir en effet que l'autonomie puisse aller de pair avec l'hétéronomie ? Au Royaume-Uni l'autonomie collective s'est donc logiquement (il faut toujours souligner la grande logique de la pensée anglaise) affirmée par opposition à l'interventionnisme des pouvoirs publics. Avec cette conséquence remarquable que le droit conventionnel du travail s'y est développé de manière « volontariste », en dehors du système de sources du droit reconnues par les tribunaux [68].

Le public et le collectif se trouvent au contraire étroitement liés dans la culture juridique française. L'autonomie collective ne s'y est pas développée contre, ou en dehors de l'hétéronomie, mais bien au contraire en son sein, dans une aire garantie par l'Etat. Il en résulte deux conséquences remarquables. La première est une ambivalence du collectif, qui renvoie à la fois à l'idée de statut collectif des salariés imposé unilatéralement par l'Etat, et à l'idée d'une sphère d'autonomie

collective garantie par l'Etat aux employeurs et aux salariés. D'un côté le spectre de la « collectivisation », de l'autre le fantôme de la « société civile » [69] ! Avec, dans la pratique patronale et syndicale, un curieux mélange d'affirmation sourcilleuse de son indépendance vis-à-vis de l'Etat et d'appel récurrent à ce même Etat pour intervenir dans le jeu des rapports collectifs de travail. La seconde conséquence de cette imbrication du public et du collectif réside dans le fait que les libertés collectives étant toujours des libertés publiques visant à compenser la subordination individuelle, elles ont toujours une face individuelle garantie par l'Etat : la liberté syndicale inclut la liberté individuelle de ne pas se syndiquer ou de choisir son syndicat ; le droit de grève implique la protection de la liberté individuelle de ne pas faire grève (liberté du travail), etc. Une telle conséquence ne se retrouve pas nécessairement dans un système où l'autonomie collective est conçue davantage en termes d'organisation communautaire qu'en termes de libertés publiques : il est alors possible — c'est à certains égards le cas de l'Allemagne — de retenir une conception organique du syndicat ou de la grève [70], qui soit exclusive de toute référence à la liberté individuelle.

C'est donc la notion d'ordre public qui a servi en France à reconnaître l'autonomie collective en matière de relations de travail. Encore fallait-il que cette notion soit infléchie dans un sens qui ouvre un espace où puisse s'exercer cette autonomie. Cet infléchissement résulte de la consécration du « principe de faveur » sur lequel repose la hiérarchie des sources du droit du travail [71]. Selon le Conseil constitutionnel, « constitue un principe fondamental du droit du travail le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements » [72]. Ce principe, à l'évidence unilatéral et discriminatoire, est la réplique des prérogatives unilatérales et discriminatoires qui sont conférées aux employeurs par le contrat individuel de travail. La position hiérarchiquement supérieure conférée collectivement par la loi aux droits des salariés répond à la

position hiérarchiquement inférieure que le contrat de travail confère individuellement à ces derniers. Un principe d'égalité concrète se trouve ainsi logé par l'effet de la loi dans l'égalité formelle qui continue de présider au contrat de travail. Mais ce principe de faveur imprime nécessairement un tour particulier à la notion d'ordre public. Impliquant une possibilité de dérogation unilatérale au profit des salariés, il ouvre le champ d'une négociation des termes de la relation de travail. Tel est le sens de l'ordre public social, qui fait figure de clé de voûte du droit du travail français.

On mesure ainsi la complexité des constructions juridiques nées de la tension entre subordination et liberté individuelle dans la relation de travail : un statut (collectif) se trouve logé dans le contrat de travail (autonome et individuel) par la soumission de ce contrat à un ordre public (hétéronome et collectif) qui laisse place à un droit conventionnel (autonome et collectif). L'individuel et le collectif ne sont donc pas séparables l'un de l'autre, car il s'agit des deux dimensions d'une même relation juridique. L'invention de la dimension collective a permis de sortir du dilemme de la subordination volontaire, en restituant au salarié sa qualité de sujet libre, sans remettre en cause sa situation subordonnée : on lui rend au plan collectif l'autonomie dont il est privé au plan individuel [73]. Cette restitution s'est opérée par strates successives, qui témoignent de la dynamique de l'analyse collective en droit du travail. Elle a d'abord permis de reconnaître aux travailleurs la qualité de sujets libres : la liberté qui leur est déniée au plan individuel leur est rendue au plan collectif sous la forme de *libertés collectives*. En principe la liberté n'est qu'un pouvoir d'autodétermination, un pouvoir que l'homme exerce sur lui-même, et elle n'entraîne pas de créance positive sur autrui [74]. Mais de la liberté au droit, la frontière est mince, et souvent insaisissable. Une fois reconnue la dimension collective, il n'est donc pas surprenant qu'y aient prospéré des droits, avec, ou à côté, des libertés. Ces *droits collectifs* ne peuvent s'exercer sans le secours d'institutions, d'*institutions collectives*, qui sont venues peupler cette

scène juridique nouvelle ouverte par l'invention du collectif. Mais cet essor de l'autonomie collective ne signifie nullement une autonomie de la dimension collective dans l'analyse de la relation de travail. Cette dimension n'a de sens que dans le rapport qu'elle entretient avec la dimension individuelle, dont elle est indissociable. C'est ce que montre l'analyse des grandes libertés collectives consacrées par le droit du travail. Qu'il s'agisse de la liberté syndicale, du droit de grève ou du droit à la négociation collective, leur structure juridique est toujours la même, il s'agit de libertés individuelles d'agir collectivement.

D - La liberté individuelle d'agir collectivement

La notion de liberté individuelle d'agir collectivement — désignée le plus souvent sous le terme de « liberté collective » — est une notion à la fois originale et centrale du droit du travail français. Elle rend compte aussi bien de la liberté des salariés de s'unir (liberté syndicale), de combattre (droit de grève) et de négocier ensemble (droit à la négociation collective).

1 / La première de toutes ces libertés collectives, c'est la *liberté syndicale* entendue comme liberté de défendre ensemble ses intérêts communs. La loi Le Chapelier déniait l'existence de ces « prétendus intérêts communs », et c'est leur reconnaissance qui a servi de base au développement des libertés collectives du travail. Consacrée par l'article 6 du Préambule de la Constitution de 1946, la liberté syndicale signifie que : « Tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Le Conseil constitutionnel distingue la liberté syndicale ainsi définie du droit syndical évoqué par l'article 34 de la Constitution [75] : la liberté syndicale vise « tout homme » et constitue donc une prérogative conférée aux individus, tandis que le droit syndical vise les organisations syndicales [76]. Prérogative individuelle ne pouvant

s'exercer que de façon collective, la liberté syndicale incorpore une tension entre l'individuel et le collectif, ce dont témoigne la nécessité où l'on se trouve de la concilier avec le droit syndical [77]. Sa dimension individuelle implique la liberté de ne pas se syndiquer. Elle implique aussi la liberté de choix du syndicat auquel on adhère, et par là le pluralisme syndical [78] et le principe d'égalité de traitement entre syndicats. Cette face individuelle — certains disent « négative » — de la liberté syndicale est très privilégiée en France, et l'on peut se demander s'il n'y a pas là l'une des raisons de la faiblesse exceptionnelle du syndicalisme dans ce pays [79]. La dimension collective de la liberté syndicale implique quant à elle la reconnaissance de droits aux organisations que les individus forment ainsi entre eux, et à ceux qui représentent ces organisations (spécialement les délégués syndicaux dans les entreprises). Le passage est donc inéluctable de la *liberté* individuelle aux *droits* et *institutions* collectives : cette liberté, ne pouvant s'exercer que sur un plan collectif, les contient en quelque sorte en germe. Mais à l'inverse ces droits et institutions tirent toute leur légitimité de cette liberté individuelle, et non pas de l'existence a priori d'une collectivité dont ils seraient les organes. Cela éclaire d'un jour très particulier la notion de représentation en droit du travail.

2 / Le concept de *représentation collective* ne recouvre pas seulement la représentation de type syndical, mais aussi la représentation de type électoral. La première est fondée sur l'adhésion des salariés à une organisation chargée de la défense de leurs droits et de leurs intérêts, et son cadre privilégié est la profession (branche d'activité ou métier), et non pas l'entreprise. La représentation de type électoral, au contraire, est fondée sur l'élection de représentants élus des salariés, et son cadre privilégié est l'entreprise [80]. Mais, comme l'ont bien montré les travaux de Georges Borenfreund, ces deux formes de représentation ont en commun d'« instituer » véritablement des collectivités de travailleurs (les salariés de la branche professionnelle, le « personnel » de l'entreprise, etc.) qui n'ont pas d'existence juridique

en dehors d'elles [81]. La représentation n'a donc pas ici pour objet de procéder à des actes juridiques au nom d'un sujet de droit déjà existant. Elle se voit attribuer les fonctions les plus diverses (représentation organique dans des organismes mixtes, représentation en justice, revendication, concertation, contrôle, etc.). D'où une grande spécificité du concept de représentation en droit du travail, qui ne peut être subsumé ni sous celui du droit privé [82] (en particulier la représentation légale qui se trouve dans le contrat de mandat, ou la représentation légale en droit des personnes), ni sous celui du droit public (en particulier celui de représentation politique [83]). Une manifestation de cette spécificité est la notion de représentativité, qu'il a fallu forger en droit du travail pour tempérer le pluralisme qu'implique la liberté syndicale. Cette notion permet de réserver aux syndicats dits « représentatifs » l'essentiel des prérogatives juridiques conférées par le droit syndical. Mais cette exigence de représentativité est à son tour tempérée par le jeu de présomptions légales, qui confèrent dans un grand nombre de cas la représentativité aux syndicats affiliés à une confédération nationalement représentative. La notion de représentativité donne ainsi qualité à une organisation syndicale pour exprimer la volonté d'une collectivité professionnelle dont elle ne regroupe cependant pas tous les membres [84]. Toutes ces particularités de la théorie de la représentation en droit du travail demeurent incompréhensibles si on ne les rapporte pas au caractère individuel de la liberté qui fonde cette représentation, qu'il s'agisse de la liberté syndicale, ou — dans le cas de la représentation élue — du principe selon lequel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » [85].

3 / La *grève* a elle aussi été conçue en France comme une liberté individuelle d'agir collectivement [86]. En tant que liberté, la grève se présente comme un choix ouvert aux individus, choix qui implique la liberté de ne pas faire grève, c'est-à-dire la liberté du travail. Cet aspect individuel et « négatif » est présent dès la première « reconnaissance »

du droit de grève par la loi des 25-27 mai 1864, qui a substitué au délit de coalition (*i.e.* le délit de grève) le délit d'atteinte à la liberté du travail, lequel permet d'incriminer la violation de la liberté de ne pas faire grève [87]. On peut douter du bien-fondé d'une telle incrimination dans notre code pénal [88], mais son maintien témoigne de la force d'une conception individualiste du droit de grève qui connaît bien d'autres manifestations. La plus remarquable est la licéité de principe des grèves dites « sauvages », c'est-à-dire des grèves conduites en dehors de tout mot d'ordre syndical. Cet individualisme foncier du droit français des relations collectives s'est manifesté dès les origines du droit du travail, la grève ayant été admise à la vie juridique quarante ans avant les syndicats. Cela témoigne du fait que le collectif ne renvoie pas en France, contrairement à l'Allemagne, à l'idée d'une communauté organisée, mais plutôt à celle d'un libre regroupement dont personne ne peut prétendre avoir le monopole. L'exigence de la dimension collective se réduit alors à sa plus simple expression arithmétique : le collectif s'identifie au pluriel, sans même que soit posée une exigence de majorité. Est collectif, et donc susceptible d'être couvert par la liberté de grève, l'arrêt de travail concerté de plusieurs salariés [89].

Cela éclaire la faiblesse de la dimension institutionnelle du droit de grève en France. Comme dans le domaine syndical, il faut distinguer la liberté individuelle de grève, du droit de grève qui encadre l'exercice collectif de cette liberté. Bien que la Constitution l'invite à le faire [90], le législateur s'est avéré incapable d'élaborer un tel droit, abandonnant l'essentiel de cette responsabilité à la jurisprudence. Quant aux institutions de règlement des conflits collectifs, elles sont, comme la Belle au bois dormant, endormies depuis longtemps dans le livre V du code du travail, embaumées dans le souvenir de la fugitive expérience de l'arbitrage obligatoire de la fin des années trente [91]. Le revers de cette médaille individualiste de la liberté de grève est la faiblesse et l'incertitude du droit de grève. Livré à la jurisprudence, il est tout le contraire d'un havre de sécurité juridique, et les grévistes

sont les principales victimes de cette insécurité [92]. Et surtout, le droit français du travail s'est montré incapable de forger un système de concepts opératoires sur le plan collectif. L'essentiel de la méthode dont a usé la jurisprudence consiste à revenir sur le terrain des rapports individuels du travail, pour qualifier les grèves ou pour sanctionner la participation à des grèves illicites. La grève illicite est ainsi métamorphosée en exécution anormale du contrat individuel de travail [93], ce qui permet de qualifier la participation à une telle grève de faute dans l'exécution du contrat. Pareille méthode a pour vice rédhibitoire de restituer à l'employeur le pouvoir de choisir parmi les fautifs ceux qu'il sanctionnera, c'est-à-dire le pouvoir de se faire juge sur le plan individuel d'une action conduite sur un plan collectif, en individualisant les sanctions appliquées aux salariés qui ont participé à cette action [94]. Mais on voit bien la difficulté qu'il y a à conceptualiser la dimension collective de la grève dans un système qui demeure fondamentalement individualiste. L'évolution de la jurisprudence relative aux demandes d'expulsion des grévistes occupant les lieux de travail donne un bon aperçu de cette difficulté. Ces demandes ont posé crûment au juge la question de la représentation en justice d'une collectivité de grévistes aussi insaisissable en fait qu'en droit. Cette représentation au sens de la procédure civile ne pouvant être identifiée à la représentation au sens du droit du travail, la Cour de cassation a dû forger de toutes pièces une procédure combinant la technique de la requête non contradictoire visant la collectivité des grévistes occupant les lieux de travail et du référé contradictoire visant les représentants présumés de cette collectivité [95].

4 / Le droit à la *négociation collective* possède la même structure juridique que la liberté syndicale et la liberté de grève. Mise en œuvre du principe — posé par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution — de la participation de « tout travailleur à la détermination collective de l'ensemble de ses conditions de travail », ce droit est en effet reconnu à tout salarié, qu'il travaille ou non dans une entreprise [96]. C'est l'une

des raisons (ce n'est pas la seule) pour lesquelles il est permis d'y voir un droit individuel s'exerçant collectivement, à l'instar du droit de grève ou de la liberté syndicale [97].

Cette analyse a été critiquée, il est vrai, par plusieurs auteurs [98], qui ont donc été logiquement conduits à rechercher ailleurs les titulaires de ce droit à la négociation collective. Comme il est clair qu'il ne peut s'agir des syndicats (pareille interprétation est exclue par les termes mêmes de l'article L. 131-1), il ne reste plus qu'une issue, qui consiste à attribuer ce droit à « la collectivité du personnel organiquement considérée » [99]. On imagine les difficultés que peut soulever une telle analyse, qui intercale des « collectifs de travailleurs » entre les salariés et les syndicats ; il y a d'abord le cas des salariés isolés (par exemple les employés de maison), pour lesquels cette collectivité est une pure fiction, et à qui pourtant le droit à la négociation collective est expressément reconnu [100] ; et il y a à l'autre extrême le cas des salariés qui appartiennent à des entreprises à structure complexe, et donc à une pluralité de collectivités (de métier, d'établissement, d'entreprise, de groupe, de branche, etc.) qui constitueraient autant de titulaires possibles du droit à la négociation collective. Pareille conception correspond il est vrai au projet de « contrat collectif d'entreprise » qui fait lui aussi disparaître l'individu au profit de la collectivité des salariés de l'entreprise, collectivité appelée à la vie juridique indépendamment de toute représentation syndicale [101]. Mais ce n'est pas l'appartenance à telle ou telle collectivité de travail qui fonde le droit à la négociation collective, c'est le lien de subordination. Défini par l'article L. 131-1 du code du travail comme le droit « des salariés à la négociation de l'ensemble de leurs conditions de travail et d'emploi et de leurs garanties sociales », ce droit signifie seulement que les conditions de travail de tout salarié doivent pouvoir être négociées collectivement, à un niveau ou à un autre, par au moins un syndicat représentatif. Le droit à la négociation collective transpose sur le plan collectif le principe de liberté contractuelle qui ne peut s'exercer pleinement sur le plan individuel. Il ne peut donc en aucune

manière être limité aux salariés qui appartiennent à une collectivité de travail. Ce sont même les salariés étrangers à toute collectivité – comme les travailleurs à domicile, expressément visés par l'article L. 131-2 – qui ont le plus grand besoin de se voir garantir ce droit. Autrement dit, le caractère collectif est une condition d'exercice, et non pas de reconnaissance de ce droit, droit dont tout salarié est titulaire du seul fait de son état de subordination [102]. Le droit à la négociation est une liberté individuelle s'exerçant collectivement dans le cadre du droit *de* la négociation.

Seule cette analyse permet de comprendre pourquoi le droit français ne retient pas la solution américaine conférant le monopole de la négociation collective à l'organisation syndicale majoritaire dans l'entreprise [103]. Tout d'abord parce que le caractère individuel du droit à la négociation collective exclut de cantonner cette dernière au niveau de l'entreprise [104]. Seule l'existence d'une négociation à des niveaux professionnels ou territoriaux garantit l'exercice de ce droit pour tout salarié, fût-il isolé ou membre d'une entreprise dépourvue de syndicat (on sait que le droit américain laisse ces salariés sans aucune protection conventionnelle). D'autre part dans les systèmes où c'est la collectivité des salariés qui est titulaire du droit à la négociation collective, il est logique d'accorder à l'organisation syndicale représentant la majorité de cette collectivité le monopole de la négociation collective. C'est le cas du droit américain [105], mais pas du droit français, qui ouvre au contraire largement la table des négociations à toutes les organisations représentatives ou présumées telles. Cette ouverture vise à préserver autant que faire se peut l'expression sur le plan collectif de la diversité des aspirations existant au plan individuel. On retrouve ici une conséquence déjà observée à propos de la liberté syndicale : l'individualisme extrême qui caractérise la conception française des libertés collectives conduit à favoriser l'émiettement de la représentation des travailleurs. Cette structure particulière du droit à la négociation collective conduit enfin à interdire que le salarié soit soumis à des dispositions

conventionnelles moins favorables que celles de son contrat individuel de travail. Le droit à la négociation collective, étant le droit pour chaque salarié de voir ses conditions de travail débattues dans un contexte plus favorable que celui d'une négociation individuelle, ne peut en effet aboutir en aucun cas à lui imposer des dispositions moins favorables que celles de son contrat individuel de travail [106].

Cette notion de liberté individuelle d'agir collectivement révèle la manière dont a été forgée la dimension collective du droit du travail français : non pas à partir d'une affirmation a priori de communautés ou de solidarités « naturelles », mais par un approfondissement des principes d'égalité et de liberté individuelle qui président à la théorie du contrat. Dans une telle conception, l'entreprise, ou son personnel, ne font pas figure de cellules de base de l'organisation des rapports collectifs de travail, à la différence par exemple du rôle joué par la famille dans le droit civil des personnes. Les efforts conduits en doctrine pour acclimater en France une théorie institutionnelle de l'entreprise venue d'Allemagne [107] ne pouvaient qu'échouer face à une telle conception. Car l'entreprise n'apparaît pas dans le modèle français comme le paradigme communautaire sur lequel édifier la dimension collective des relations de travail, mais bien au contraire comme un lieu où le jeu de la subordination met en échec les principes de liberté et d'égalité du droit civil, et qu'il convient donc de forcer au respect de ces principes sur un plan collectif. Autrement dit comme un lieu que la dimension collective doit permettre de « civiliser ».

Notes du chapitre

[1] † Sur ce développement, v. déjà : *Le juge et le droit du travail*, th., Bordeaux-I, 1979, p. 43 s.

[2] † V., pour une synthèse récente du droit français, Th. Aubert-Montpeyssen, *Subordination juridique et relation de travail*, th., Toulouse, Ed. du CNRS, 1988, 337 p.

[3] † P. Cuche, « La définition du salarié et le critère de la dépendance économique », *DH*, 1932, Chr., 101 ; v. déjà du même auteur : « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. crit.*, 1913, 412.

[4] † *Ibid.*, p. 104.

[5] † Cass. civ. 6 juil. 1931, *DP*, 1931, 1, 121, note Pic ; 22 juin 1932 (3 arrêts), 30 juin 1932 et 1^{er} août 1932 (5 arrêts), *DP*, 1933, 1, 45, note Pic. Ces solutions ont été généralement approuvées en doctrine : v. Planiol et Ripert, t. XI, n° 772, p. 13 s. ; P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 2, 1950, n° 636, p. 240 ; G.-H. Camerlynck, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, *Contrat de travail*, 2^e éd. 1982, n° 50, p. 63.

[6] † G.-H. Camerlynck, *op. cit.*, n° 43, p. 52.

[7] † Soc. 14 déc. 1949, *JCP*, 1950, II, 5354.

[8] † CJCE 21 nov. 1991, *URSSAF de la Savoie c./SARL Hostellerie le Manoir*, Aff. C-27-91.

[9] † Cf. not. sur le principe d'égalité les Actes des journées H. Capitant sur les *Notions d'égalité et de discrimination en droit interne et international* (Tvx. H. Capitant, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965 ; v. spéc. les rapports de G. Cornu, p. 87-133 et de J. Rivero, p. 343-360) ; sur son application en droit du travail, v. le numéro spécial de *Droit social*, « Liberté, égalité, fraternité et droit du travail », janvier 1990, 146 p.

[10] † *Théorie pure du droit*, trad. fr., 2^e éd. Paris, Dalloz, 1962, p. 190.

[11] † C. const. 21 janv. 1981, *RDP*, 1981, p. 649, Rapp. C. const., 12 juillet 1979 (Ponts à péage), *AJDA*, 1979, 46.

[12] † Cf. D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.*, 1987, 778. Sur la nécessaire distinction des deux notions, v. A. Lyon-Caen, *L'égalité et la loi en droit du travail*, *Dr. Soc.*, 1990, p. 68 s., spéc. n° 15, p. 73.

[13] † La hiérarchie, au sens occidental et moderne du mot, est « une échelle de commandement, où les instances inférieures sont, en succession régulière, englobées dans les supérieures », et le modèle en est la hiérarchie militaire. Cf. Louis Dumont, *Homo hierarchicus. Le système des castes et ses implications* Paris, Gallimard, 1966, p. 91.

[14] † La paternité en est généralement attribuée à Kant, mais ses racines sont plus anciennes : v. M. Villey, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, t. 2, 1979, n° 182, p. 90 s. Plus généralement, v. Ranouilh, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

[15] † V. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th., Dijon, 1912.

[16] † On connaît la célèbre formule de Fouillée : « Toute justice est contractuelle ; qui dit contractuel dit juste. » Plus généralement sur cette idéologie du contrat, y. H. Battifol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 361.

[17] † V. sur cette analogie du droit et du jeu M. Van De Kerchove et F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, 268 p.

[18] † A. Tissier, « Le Code civil et les classes ouvrières », in *Livre du Centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, t. 1, p. 71 s.

[19] † Cf. J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.*, 1990, Chr. 147 ; L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, PUF, 1987.

[20] † Cf. G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion* Paris, LGDJ, 2^e éd. 1976.

[21] † « Ce qui est essentiel, écrit J. Ghestin, c'est que finalement la règle naît d'un accord des volontés, et non de la décision unilatérale de l'une des parties, même si dans cet accord le poids des volontés de l'un a pesé particulièrement lourd et que le consentement de l'autre ait été fait de beaucoup de résignation » (in « La notion de contrat », art. cité, p. 152).

[22] † V. H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, L'Hermès, 1979, t. II, p. 225.

[23] † V. une application récente de ce principe à la révision des conventions collectives, dans la jurisprudence *Basirico* : Cass. Ass. plén. 20 mars 1992, *Dr. Soc.*, 1992, 360, rapp. Tricot.

[24] † Sur le tour particulier que cette idée a imprimé aux relations de domesticité, v. Tocqueville, « Comment la démocratie modifie les rapports du serviteur et du maître », in *De la Démocratie en Amérique II* (1840), III, chap. V.

[25] † P. Durand et R. Joussaud, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 1, 1947, n° 352, p. 430.

[26] † V. A. Lyon-Caen et J. De Maillard, « La mise à disposition de personnel », *Dr. Soc.*, 1981, 320 ; A. Lyon-Caen, « La mise à disposition internationale de salarié », *ibid.*, 747.

[27] † V. G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, *op. cit.*, n° 379 s. ; J. Savatier, « La modification unilatérale du contrat de travail », *Dr. Soc.*, 1981, 219 ; B. Teyssié, « La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1986, 852.

[28] † Obligation qui résulte aujourd'hui de la jurisprudence *Raquin* : Soc. 8 oct. 1987, *Dr. Soc.*, 1988, 140, ss. obs. J. Savatier.

[29] † V. J. Young Hing, *Aspects juridiques de la qualification professionnelle*, Toulouse, Ed. du CNRS, 1986, 295 p.

[30] † Cf. Ph. Langlois, « La hiérarchie des salariés », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G. H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1978, p. 185 s.

[31] † J. Young Hing, *op. cit.*, p. 285.

[32] † *Op. cit.*, *loc. cit.*

[33] † V. G. Lyon-Caen, « Une anomalie juridique : le règlement intérieur », *D.*, 1969, Chr. 247.

[34] † Soc. 25 fév. 1988 *Deschamps* B. civ. V, n° 139, p. 92, *D.*, 1988, Som. 320, note A. Lyon-Caen.

[35] † Cf. « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1992, 215.

[36] † V. *supra*, chap. 1.

[37] † L'analyse juridique suffit donc à caractériser cette altération de la qualité de sujet de droit, qui n'est pas — en l'occurrence — une simple question de fait (contra : v. J. Carbonnier, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Arch.*, t. 34, Paris, Sirey, 1989, 197-207, spéc. p. 201-202).

[38] † V. G. Antoine, *Liberté, Egalité, Fraternité, ou les fluctuations d'une devise*, Paris, UNESCO, 1981, 2^e éd. 1989, p. 136 s. M. David, *Fraternité et Révolution française*, Paris, Aubier, 1987, 350 p. v. p. 44. et p. 143 s. ; pour une approche plus générale et documentée de la notion de fraternité, v. W. C. Mc Williams, *The idea of fraternity in America*, Berkeley et Los Angeles, Univ. of California Press, 1973, 695 p., spéc., p. 9-94. ; et pour une approche propre au droit social, v. *Liberté, égalité, fraternité et droit du travail...*, *Droit Social*, n° spéc. janv. 1990. ; *Liberté, égalité, fraternité. Actualités en droit social*, Univ. de Bordeaux-I, Centre de droit comparé du travail, éd. LCF, 1990, 257 p.

[39] † Cf. W. H. Sewell, *Work and revolution in France. The language of labour from the Old Regime to 1848*, Cambridge University Press, 1980, trad. fr. *Gens de métier et révolutions*, Paris, Aubier Montaigne, 1983, 423 p., spéc. p. 279-280. Sur cette continuité, v. aussi J.-N. Chopart, *Le fil rouge du corporatisme. Solidarités et corporations ouvrières au XIX^e siècle*, Paris, Mutualité française, 1991, 178 p. ; F. Soubiran-Paillet, *Droit, ordre social et personne morale au XIX^e siècle : la genèse des syndicats ouvriers*, Paris, CFSDP, 1992, 291 p.

[40] † Cf. G. Antoine, *op. cit.*, p. 134 s. Malgré les rapports évidents qu'elles entretiennent, les notions de famille et de fraternité sont donc autonomes (cf. E. Benveniste, *Le vocabulaire des*

institutions indo-européennes, Paris, éd. Minuit, t. 1, 1969, p. 212 s.). Le mot grec *phrater* (φρατηρ) ne désigne pas le frère de sang (désigné par le terme *adelphos* (αδελφός), littéralement : né de la même matrice), mais l'appartenance à une même phratrie, autrement dit à une parenté mystique d'où les liens du sang sont absents. Cette distinction entre une fraternité de sang et une fraternité mystique se retrouve de nos jours dans les langues européennes qui, comme l'espagnol et le portugais, n'utilisent pas la racine *phrater* pour désigner les frères de sang : esp. *hermano* ; port. *irmao*, qui dérivent du latin *germanus* : consanguin ; si l'italien recourt dans les deux cas à la même racine : *frater*, il distingue cependant le frère de sang : *fratello*, et le frère en religion : *frate*.

[41] † Le passage qui suit résume certains développements de « La fraternité et la loi », *Dr. Soc.*, 1990, 118.

[42] † Sur la place nodale de la figure du Père dans le système juridique occidental, v. P. Legendre, *Le désir politique de Dieu. Etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, Paris, Fayard, 1988 ; et du même auteur, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Paris, Fayard, 1989.

[43] † L'amour des lois ne sera pas du reste le moindre trait de la fraternité révolutionnaire.

[44] † C. civ., art 1235 ; Req. 7 mars 1911, *D.*, 1913, 1, 404. Add. G. Cornu, « La fraternité. Des frères et sœurs par le sang dans la loi civile », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Etudes J. Savatier, Paris, PUF, 1992.

[45] † R. Hoggard, *La culture du pauvre*, 1957, trad. fr. : Paris, éd. de Minuit, 1970, p. 115 s.

[46] † M. Weber, *Economie et société* (1916), trad. fr. Paris, Plon, 1971, p. 41. Sur cette distinction de la *Gemeinschaft* et de la *Gesellschaft* (reprise de Toennies), v. L. Dumont, « La communauté anthropologique et l'idéologie », in *L'Homme*, 1978, 83 s., repris in *Essais sur l'individualisme*, *op. cit.*, 215 s.

[47] † C'est le sens de la conclusion de la *Rechtssoziologie* de Max Weber : « Est inévitable la conception selon laquelle le droit est un appareil technique rationnel qui se transforme sous l'influence de considérations rationnelles en finalité et qui est dépourvu de tout contenu sacré » (M. Weber, *Sociologie du droit*, trad. fr., J. Grosclaude, Paris, PUF, 1986, p. 234-235).

[48] † V. not. la conception défendue par A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, Chr. XXXIV, 199.

[49] † Rapp. F. Ost, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.

[50] † Cette notion de « groupement professionnel » vient de la sociologie ; v. E. Durkheim, « Quelques remarques sur les groupements professionnels », Préface à la 2^e édition de *De la division du travail social*, Paris, 1893, 10^e éd. PUF, 1978.

[51] † V. *De la division du travail social*, Paris, Alcan, 1893 ; PUF, 10^e éd. 1978, *passim*.

Durkheim y recourt également aux notions de cohésion et d'harmonie sociale : v. p. 27.

[52] † G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, Paris, Sirey, 1932, reprint : Darmstadt, Scientia Verlag, 1972, p. 581 s. ; F. Ewald, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 349 s. ; M. David, *Les fondements du social. De la III^e République à l'heure actuelle*, Paris, Anthropos, 1993, p. 85 s. ; Léon Bourgeois, qui fut à la fois le père du solidarisme et le premier radical à accéder à la présidence du Conseil, pouvait ainsi écrire que le parti radical « veut organiser politiquement et socialement la société selon les lois de la raison » et que sa méthode « est celle de la nature elle-même » (in préface à *La politique radicale* de F. Buisson, 1908). Cette aspiration se retrouve chez Edouard Herriot, écrivant : « notre ambition est de voir la politique adopter les méthodes de travail de la science » (in préface à *Le radicalisme* d'A. Bayet, 1932).

[53] † C. trav., art. L. 411-2.

[54] † C. trav., art. L. 411-5 et L. 411-8.

[55] † Pour une approche comparative de la notion de branche professionnelle, v. les travaux dirigés par A. Lyon-Caen, dont les premiers résultats ont été publiés in *Les relations sociales*

en Europe, Paris, Ministère du Travail, SES, 1990, 172 p., v. p. 75-115.

[56] † Cf. M. Despax, « Négociations, conventions et accords collectifs », in *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, t. 7, 2^e éd. 1989, n° 254, p. 473 s.

[57] † C.E. 4 mars 1960 (Fédération Nationale des industries chimiques), *Dr. Soc.*, 1960, p. 349, concl. Nicolay ; C.E. 2 mars 1962 (Union de chambres syndicales de Miroitiers), *Dr. Soc.*, 1962, p. 604.

[58] † Sur cette notion, v. G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », in *Etudes J. Savatier, op. cit.*, Paris, PUF, 1992, 143.

[59] † Ce passage reprend certaines analyses d'abord publiées in « Principio di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica », *Lavoro e diritto*, 1992, 2180.

[60] † L. Dumont, *Homo aequalis I Genèse et épanouissement de l'idéologie économique.*, Paris, Gallimard, 1977, publié simultanément en anglais sous le titre *From Mandeville to Marx. The genesis and triumph of economic ideology*, University of Chicago Press. V. aussi du même auteur *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Le Seuil, 1983.

[61] † V. *supra*, chap. préliminaire.

[62] † Rapp. la forte formule de la Cour de cassation, selon laquelle « la seule volonté des parties [au contrat] est impuissante à soustraire [le salarié] au statut social qui provient nécessairement des conditions d'exécution de son travail » (Ass. plén., 4 mars 1983, *D.*, 1983, J, 381, concl. Cabannes).

[63] † V. *supra*, chap. préliminaire.

[64] † A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit Social*, 1990, 68.

[65] † V. G. Scelle, *Droit ouvrier*, Paris, A. Colin, 1928 p. 13 ; F. Ewald, « Le droit du travail : une légalité sans droit », *Droit Social*, 1985, p. 723-728, et du même auteur, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, spéc. p. 468 s.

[66] † V. *supra*, chap. préliminaire.

[67] † V. *supra*, chap. 2.

[68] † V. O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, London, Stevens, 1977, p. 140 s. Pour une approche comparative de cette question, v. B. Veneziani, *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale italiano e comparativo*, Bari, Cacucci, 1992, 501 p.

[69] † Sur le « mythe » de la société civile, v. J. Chevallier et al., *La société civile*, Paris, PUF, 1986.

[70] † Cf. H. Sinay, « Les conflits collectifs en France et en RFA », in *Etudes en mémoire de L.-J. Constantinesco*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 721 s.

[71] † V. Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973, *Dr. Soc.*, 1973, 514 ; v. L. Rozes, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. Soc.*, 1977, 311 ; Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, 243. Sur le droit italien, pionnier dans la réflexion sur l'articulation des sources, v. L. Mariucci, *Le fonti del diritto del lavoro*, Turin, Giappichelli, 1988, 124 p.

[72] † C. const., 25 juillet 1989, *JO* du 28.

[73] † Cette dimension des rapports de travail n'a donc aucun sens en soi ; elle n'a de sens que dans la relation qu'elle entretient avec la dimension individuelle. En revanche, la dimension individuelle, qui a historiquement précédé l'invention du collectif, peut survivre à la disparition de ce dernier. Ce point est très important à saisir si l'on veut comprendre la signification des discours actuels sur la crise du collectif, et plus spécialement sur la crise du syndicalisme. Nous y reviendrons.

[74] † Cf. J. Rivero, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, t. 1, *Les droits de l'Homme*, 6^e éd. 1991, p. 21 ; et du même auteur, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1982, 421.

[75] † *Const.*, art. 34 : « la loi fixe les règles concernant... le droit du travail, le droit syndical et

de la sécurité sociale »,

[76] † C. const., décision du 25 juillet 1989 ; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 6^e éd. 1991, p. 401-402.

[77] † V. B. Mathieu et S. Dion-Loye, « Le syndicat, le travailleur et l'individu : trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini », *Dr. Soc.*, 1990, 525.

[78] † Cf. J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1987, vol. 1, n° 47, p. 150, et n° 140 s., p. 395 s.

[79] † V. M. Cointepas, « Les règles de droit et le déclin syndical en France », *Dr. Soc.*, 1992, 250 ; et sur l'incidence de la liberté syndicale sur les accords d'incitation syndicale : G. Borenfreund, « La licéité des accords collectifs relatif au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. Soc.*, 1992, 893.

[80] † Bien que la représentation de type électoral se rencontre en dehors du cadre de l'entreprise (notamment par l'élection des conseillers prud'hommes ou des administrateurs des caisses de sécurité sociale), c'est dans ce cadre qu'elle joue le rôle le plus important avec l'institution obligatoire de délégués du personnel et du comité d'entreprise.

[81] † G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. Soc.*, 1991, 685.

[82] † G. Borenfreund, *L'action revendicative au niveau de l'entreprise*, th., Paris-X-Nanterre, 1987, et du même auteur « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. Soc.*, 1988, p. 476 s.

[83] † V. F. d'Arcy (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, 1985, 250 p.

[84] † Cf. J. Savatier, « La notion de représentativité des syndicats en droit français », *Mélanges Beaulieu*, Québec, 1968, p. 437-452.

[85] † Préambule de la Constitution de 1946, al. 8.

[86] † Cf. H. Sinay et J.-C. Javillier, *La grève*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1984, v. n° 64 s., p. 100 s.

[87] † C. pén., art. 414 et 415 toujours en vigueur ; v. G. Lyon-Caen, « La liberté du travail et le droit français du travail », in *La liberté du travail*, Ed. Univ. de Liège, 1969, collec. Congrès et colloques de l'Université, vol. 53, p. 19-37 ; J. Pélissier, « La liberté du travail », *Dr. Soc.*, 1990, 19 ; J. Pradel, « Au confluent du droit pénal et du droit du travail : l'exemple du délit d'entrave à la liberté du travail », *Dr. Soc.*, 1990, 37.

[88] † Cf. H. Sinay et J.-C. Javillier, *op. cit.*, n° 202 s., p. 274 s.

[89] † Arrêt de principe : Soc. 3 oct. 1963, *D.*, 1964, J., 3, note G. Lyon-Caen.

[90] † Dans sa décision du 22 octobre 1982 relative à la responsabilité civile en cas de grève, le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de rappeler le devoir qui incombe au législateur de « tracer avec précision la limite séparant les actes et comportements licites des actes et comportements fautifs » dans l'exercice du droit de grève. (V. cette décision reproduite sous les observations de L. Hamon in, *Dr. Soc.*, 1983, 162.)

[91] † V. R. Savatier, « Les rayons et les ombres d'une expérience sociale. L'arbitrage obligatoire des conflits collectifs », *D.*, 1938, Chr., 9.

[92] † Cf. H. Sinay, « Les méandres du droit de grève », in *Convergences*, Etudes offertes à Marcel David, Quimper, Calligrammes, 1991, p. 407.

[93] † V. M. Vericel, « L'exercice normal du droit de grève », *Dr. Soc.*, 1988, 672.

[94] † Cf. J.-E. Ray, *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève*, th., Paris, Libr. tech., 1985, n° 50, p. 63. Du même auteur sous le même titre v. « L'évolution jurisprudentielle et légale de cette question de 1988 à 1991 », in *Dr. Soc.*, 1990, p. 768 s. ; J. Pélissier, « Faute des grévistes et sanctions patronales », *Dr. Soc.*, 1988, 650.

[95] † Soc. 17 mai 1977 (Férodo), *Dr. Soc.*, 1978, 119, obs. J. Savatier ; *D.*, 1977, J., 645, note A. Jeammaud ; *JCP* 1978, II, 18992 obs. Y. Desdevises ; plus généralement sur les problèmes de procédure soulevés par la dimension collective des relations de travail, v. *Les juridictions du travail*, Paris, Dalloz, 1987, n° 519 s., p. 481 s.

[96] † C. trav., art. L. 131-2.

[97] † V. « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. Soc.*, 1983, 63.

[98] † V. la fine argumentation de M.-A. Rothschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. d'Etat, Univ. de Paris-I, 1986, dactyl. 1795 p., p. 113 s.

[99] † M.-A. Rothschild-Souriac, th. préc., p. 114 ; v. dans le même sens : M.-L. Maurin, « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. Soc.*, 1988, 24.

[100] † C. trav., art. L. 131-2.

[101] † V. *infra*, chap. 4.

[102] † La plupart des critiques adressées à cette analyse procèdent justement du refus de rendre opératoire cette distinction entre conditions de reconnaissance et conditions d'exercice. Cette distinction, qui a une portée beaucoup plus générale, est cependant indispensable pour comprendre les rapports qui se nouent entre l'individuel et le collectif en droit du travail.

[103] † V. R. A. Gorman, *Basic text on labor law. Unionization and collective bargaining*, St Paul, Minn., West Publishing Co., 1976, p. 374 s. ; M. Rothstein, A. Knapp et L. Liebman, *Employment law*, New York, The Foundation Press inc., 1991 ; v. aussi X. Blanc-Jouvan, *Les rapports collectifs de travail aux Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 1957, p. 107 s. ; et du même auteur : « La négociation d'entreprise en droit comparé », *Dr. Soc.*, 1982, 718.

[104] † Cf. en ce sens la hiérarchie des articles L. 131-1 (lequel pose le principe général du droit à la négociation collective) et L. 132-18 (qui annonce les conditions d'exercice de ce droit dans l'entreprise).

[105] † « One of the cardinal principles of American labour law is that of exclusive representation by the majority union », R. A. Gorman, *op. cit.*, *loc. cit.*

[106] † C. trav., art. L. 135-2 ; V. G. Borenfreund, « La résistance du salarié à l'accord dérogatoire », *Dr. Soc.*, 1990, 626 ; et l'analyse toujours actuelle de G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. de philo, du droit*, t. 13, 1968, p. 56-69.

[107] † Cf. *supra*, chap. préliminaire.

Chapitre IV. La civilisation de l'entreprise

Le droit civil et le droit du travail ont finalement la même raison d'être, qui est de « civiliser » les relations sociales [1], c'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force, et d'assurer à tous le statut de sujets de droit libres et égaux. Mais tandis que le droit civil des obligations évolue sur un terrain solide — celui du sujet de droit, maître de son corps et de sa volonté — la subordination prive le salarié de sa liberté et le place dans une relation juridiquement inégalitaire avec l'employeur. Elle fait disparaître le salarié, en tant que sujet de droit, de l'horizon du droit civil lorsqu'il rentre dans l'entreprise, pour laisser place à un sujet tout court, soumis au pouvoir de direction du chef d'entreprise. Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être, de pallier ce manque, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique là où il s'exerce, c'est-à-dire dans l'entreprise.

Cette « civilisation » de l'entreprise ne signifie donc évidemment pas qu'on puisse se borner à l'application du droit civil pour faire respecter dans l'entreprise les principes de liberté et d'égalité qui caractérisent la société civile, mais désigne au contraire l'invention de voies originales permettant d'introduire ces principes dans une société — l'entreprise — organisée sur un principe de hiérarchie et de soumission aux ordres. Cette démarche civilisatrice a certes pu emprunter des techniques venues du droit civil, mais en les adaptant aux exigences de la subordination (tels ceux de contrat ou de convention, de personne morale, de représentation, etc.). Et elle a aussi emprunté aux branches du droit qui, à l'instar du droit du travail, ont affaire à des relations de pouvoir : au droit public [2] (détournement de pouvoir), au droit pénal ou au droit judiciaire (droits de la défense [3]). La transposition ainsi opérée des principes de la société civile dans

l'entreprise donne à cette dernière une légitimité nouvelle tout en lui conférant une irréductible autonomie dans cette société. Engagée comme processus de transposition des libertés individuelles en son sein, la civilisation de l'entreprise conduit à faire de celle-ci un espace normatif autonome. Autrement dit l'introduction des libertés dans l'entreprise (section 1) autorise un développement des droits de l'entreprise (section 2).

I - Les libertés dans l'entreprise

L'invention du collectif donne à la question des libertés publiques dans l'entreprise [4] deux facettes. Sous leur aspect collectif, les libertés publiques conduisent à dessiner au sein de l'entreprise des aires d'autonomie qui échappent au pouvoir de direction de l'employeur. Sous leur aspect individuel, elles visent à sauvegarder les libertés du salarié des excès du lien de subordination.

A - Les aires d'autonomie collective [5]

Le temps et le lieu du travail sont d'abord le temps et lieu de la subordination. Le territoire de l'entreprise forme ainsi ce que la Cour de cassation a pu appeler l'aire d'autorité de l'employeur [6]. L'affirmation de libertés collectives dans l'entreprise a donc pris la forme de lieux et de moments qui échappent en tout ou partie au pouvoir de direction de l'employeur, et constituent autant de franchises concédées à la collectivité des salariés. Ces aires d'autonomie confèrent aux salariés sur un plan collectif la qualité de sujets libres dont ils sont dépouillés au plan individuel en raison de leur état de subordination [7].

1 / L'histoire des *lieux de l'autonomie collective* des salariés est celle d'une lente pénétration de l'entreprise par le principe de liberté. A l'aube de la civilisation industrielle, le droit réprimait pénalement toute tentative d'organisation collective, qu'elle se situe à l'intérieur ou à l'extérieur des lieux de travail. Puis, la reconnaissance de la liberté syndicale en 1884 a permis à l'autonomie collective de s'exercer hors de l'entreprise. Enfin c'est à l'intérieur même de l'entreprise que la loi a situé l'exercice de certaines libertés. Si bien que la géographie de l'autonomie collective tantôt s'arrête au territoire de l'entreprise, tantôt dessine des territoires dans l'entreprise [8].

Le territoire de l'entreprise demeure un espace à l'intérieur duquel les

salariés perdent certaines de leurs libertés fondamentales : liberté d'expression individuelle, liberté d'aller et de venir, etc. Selon l'éclairante formule de l'article L. 122-35 du code du travail, les droits des personnes et les libertés individuelles ou collectives peuvent y subir toutes les restrictions que justifie l'exécution du travail. L'autonomie collective elle-même continue donc de s'arrêter dans certains cas aux murs de l'entreprise. Ainsi en va-t-il tout d'abord de l'exercice du droit de grève. La Cour de cassation décide en effet que « le droit de grève n'emporte pas celui de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise » [9]. Certes cette formule demeure nuancée, et n'exclut pas qu'une occupation des lieux par les grévistes puisse ne pas être arbitraire. Mais elle ne va pas dans le sens d'une reconnaissance générale de la liberté de faire grève dans l'entreprise. Comme la jurisprudence estime par ailleurs que la grève ne se réduit pas à une pure abstention, mais qu'elle requiert une concertation entre salariés [10], il faut déduire de cette jurisprudence que cette face positive du droit de grève ne peut se déployer qu'à l'extérieur de l'entreprise : dans les locaux des syndicats, ou dans la rue [11] ... C'est ensuite le territoire des petites entreprises qui demeure exempt du respect de certaines formes de l'autonomie collective. Certes, les réformes « Auroux » ont donné une portée générale à l'exercice de la liberté syndicale dans l'entreprise, en supprimant le seuil de cinquante salariés, en deçà duquel les syndicats ne pouvaient auparavant constituer de sections d'entreprise, et en permettant que les délégués du personnel puissent suppléer l'absence de délégués syndicaux [12]. Mais derrière la généralité du principe d'exercice du droit syndical, les petites entreprises continuent d'être dispensées du respect des moyens concrets de cet exercice [13]. Plus généralement la technique des seuils d'effectif n'a rien perdu de son importance en droit du travail, et met les petites entreprises à l'abri du droit à la représentation collective des salariés [14]. Les entreprises employant moins de cinquante salariés sont dispensées de comité d'entreprise et celles de moins de onze salariés de toute forme de représentation des

travailleurs. Le chef d'une entreprise de moins de onze salariés dispose donc dans l'enceinte de celle-ci d'une autorité sans partage et sans discussion possible. Le nombre de salariés pour lesquels les libertés collectives s'arrêtent ainsi aux portes de l'entreprise est très important, puisque environ la moitié des travailleurs français sont employés dans une entreprise employant moins de cinquante personnes, et près du quart dans une entreprise comptant moins de dix salariés [15].

A chaque fois que l'exercice de certaines libertés collectives est autorisé au sein même de l'entreprise, ce sont des *territoires dans l'entreprise* qui se trouvent circonscrits par le droit du travail. En effet, il faut délimiter en pareil cas ces aires d'autonomie collective vis-à-vis de l'aire d'exercice de l'autorité patronale. Trois situations peuvent se présenter à cet égard, qui correspondent à trois types de lieux dans l'entreprise.

Tout d'abord des *lieux de franchise*, c'est-à-dire des enclaves strictement délimitées, que la loi soustrait à l'autorité patronale pour les affecter à l'exercice des libertés collectives. Il s'agit essentiellement de panneaux d'affichage [16] et de locaux attribués aux représentants du personnel [17]. Ces lieux échappent au pouvoir du chef d'entreprise, qui n'a d'autre ressource, pour en contester l'usage, que de s'adresser au juge. Ce retour aux règles de la société civile se manifeste par exemple dans la référence aux « dispositions relatives à la presse » à laquelle procède le code du travail pour fixer les limites du droit d'expression écrite des syndicats dans l'entreprise [18], ou encore dans le droit reconnu aux sections syndicales d'inviter librement des syndicalistes extérieurs à l'entreprise dans leurs locaux [19].

La loi définit ensuite ce qu'on peut appeler des *lieux de transition* dans l'entreprise, c'est-à-dire des espaces qui, à l'intérieur de l'entreprise, ne sont pas affectés au travail proprement dit, tels que les halls, les couloirs, les vestiaires, les parkings ou les réfectoires. L'autorité patronale peut y souffrir plus facilement un certain relâchement, ce

qui permet au législateur d'y situer l'exercice d'un certain nombre de libertés collectives. Ainsi les adhérents de chaque section syndicale peuvent-ils se réunir une fois par mois « dans l'enceinte de l'entreprise », mais « en dehors des locaux de travail », et « suivant des modalités fixées par accord avec le chef d'entreprise » [20]. Ces lieux de transition ont en effet un statut ambigu dans la mesure où les libertés collectives et l'autorité patronale sont appelées à y composer. Par nature, les vestiaires, le parking ou le réfectoire appartiennent autant au monde du dehors qu'au monde du dedans de l'entreprise. Par nature ce sont aussi des espaces de rencontres informelles qui échappent à la prévision et à la direction. Cela explique le contentieux auquel leur libre utilisation par les salariés a toujours donné lieu [21]. Un sort particulier est enfin réservé aux *lieux de production*, c'est-à-dire aux espaces où s'effectue le travail proprement dit (bureaux, ateliers, chantiers, etc.). Ils constituent le véritable sanctuaire de l'autorité de l'employeur. Ce sont, par excellence, les lieux de la subordination, ceux où le salarié perd sa liberté de mouvement et son autonomie individuelle pour devenir l'un des rouages de l'entreprise. On comprend donc que la loi les ait pendant longtemps maintenus hors du champ d'exercice des libertés collectives. C'est encore le cas du droit de réunion syndicale, qui s'exerce « en dehors des locaux de travail ». Les tracts et les publications syndicaux peuvent être librement diffusés dans l'enceinte de l'entreprise [22], mais la jurisprudence décide que cette distribution ne doit pas être « de nature à apporter un trouble injustifié à l'exécution normale du travail ou à la marche de l'entreprise » [23]. Cette jurisprudence participe d'une tendance à substituer des limites fonctionnelles aux limites géographiques quant à l'exercice des libertés collectives sur les lieux de production. Ainsi la loi du 28 octobre 1982 (deuxième loi « Auroux ») a-t-elle supprimé l'interdiction de procéder à la collecte des cotisations sur les lieux de travail [24]. Cette idée de limitation fonctionnelle règle également la question hautement litigieuse de la liberté de circulation des représentants du personnel à l'intérieur de

l'entreprise, cette liberté s'exerçant « sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés » [25]. Le droit du travail est ainsi amené à dire comment des libertés peuvent s'exercer dans un espace qui reste dominé par le principe de l'autorité souveraine de l'employeur. Ce dernier aura souvent tendance à rejeter l'exercice de ces libertés hors de l'entreprise, ou à le cantonner sur les marges de celle-ci [26]. Ainsi l'abandon relatif des limites de l'entreprise comme sanctuaire de l'autorité patronale a conduit à un découpage complexe de territoires, aux frontières desquels resurgit sans cesse l'antinomie entre le principe de subordination et le principe de liberté.

2 / Le même problème se pose s'agissant de définir le *temps de l'autonomie collective* dans l'entreprise. En ce domaine tout a reposé pendant longtemps sur un critère unique : celui du temps de travail, entendu dans son sens strict de temps de la prestation de travail. Ce critère a joué jusqu'aux réformes Auroux un rôle exclusif dans la définition des moments où les salariés étaient admis à s'affranchir de l'autorité patronale. Qu'il s'agisse d'activités syndicales ou de grève, ces libertés collectives étaient toutes situées à la marge du temps d'exécution du travail. Cela demeure vrai pour certaines d'entre elles. La jurisprudence continue de refuser le qualificatif de grève à des formes de refus du travail qui ne se manifestent pas par un arrêt franc de celui-ci : grève du zèle, grèves perlées, etc. [27]. L'information syndicale doit toujours s'exercer « aux heures d'entrée et de sortie du travail » [28]. Les réunions syndicales doivent être organisées « en dehors du temps de travail » [29]. Et s'agissant des représentants du personnel, la technique des crédits d'heures est là pour comptabiliser soigneusement et distinguer rigoureusement le temps d'exécution de leur contrat et celui de l'exécution de leur mandat, qui pour le reste doit s'exercer « en dehors de leurs heures habituelles de travail » [30]. Mais, comme en matière de définition des lieux de l'autonomie collective, la tendance est ici aussi de substituer des limites fonctionnelles aux anciennes limites spatio-temporelles de

l'autonomie collective. Cette tendance répond au moins pour partie au phénomène d'individualisation des relations de travail, et notamment à l'individualisation des horaires. Le travail répondant de moins en moins à des rythmes collectifs et uniformes, les libertés collectives ne peuvent plus être commodément fixées aux heures d'entrée et de sortie des lieux de travail. Ainsi le droit syndical n'interdit plus — et donc autorise : c'est la règle du régime de liberté — la collecte des cotisations pendant le temps de travail [31], et permet expressément aux délégués syndicaux de « prendre tous contacts nécessaires (...) auprès d'un salarié à son poste de travail » [32]. De manière plus significative encore, la création du droit d'expression directe et collective des salariés par la première loi Auroux a ouvert une brèche dans la dévolution exclusive du temps de travail à l'exercice de l'autorité patronale, puisque ce droit « s'exerce sur les lieux et pendant le temps de travail » et que « le temps consacré à l'expression est payé comme temps de travail » [33]. Dans toutes ces hypothèses, l'idée se fait jour qu'une parcelle d'autonomie collective peut être concédée aux salariés pendant le temps de travail, pourvu que cette autonomie s'exerce dans le respect de l'intérêt de l'entreprise. C'est dans la mesure en effet où ils n'apportent pas de « gêne importante à l'accomplissement du travail » que les contacts entre délégués et salarié sont autorisés [34]. Et le droit d'expression directe et collective a « pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer [les] conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail » [35]. La liberté concédée aux salariés dans l'un et l'autre cas n'a donc pas vocation à fonder une opposition à l'autorité patronale, mais doit bien au contraire contribuer à un exercice plus mesuré, et donc plus pertinent, de cette dernière.

Tandis que le contrat individuel de travail légitime l'exercice du pouvoir patronal par la seule adhésion individuelle à la contrainte, la pénétration des libertés collectives dans l'entreprise confère à ce pouvoir une légitimité plus « démocratique » : la légitimité inhérente à

tout système de domination qui permet aux dominés de s'exprimer, et renforce ainsi leur adhésion à ce système. Le droit d'expression répond exactement à cette définition. Arrimant la liberté qu'il organise aux fonctions économiques et sociales de l'entreprise, il postule que cette liberté ne saurait mettre en cause la définition même de ces fonctions. Mais ce faisant il ne se distingue plus guère des libertés que les employeurs éclairés ont pu concéder spontanément à leurs salariés (cercles de qualité), si ce n'est par son caractère réglementaire et contraignant. Ce qui explique les déconvenues de sa mise en œuvre [36], et peut-être, plus généralement, la désaffection des salariés pour l'exercice des libertés collectives ainsi assujetties aux valeurs de l'entreprise.

On voit sur cet exemple comment le mouvement de « civilisation » de l'entreprise lie de manière indissoluble la pénétration de certaines libertés civiles dans l'entreprise (ici la liberté d'expression) avec la constitution de l'entreprise comme société unie par le respect de valeurs communes. Le partage des sphères de pouvoir patronal et des aires d'autonomie collective n'a plus alors besoin de s'opérer sous la forme rustique d'une affectation de lieux et d'espaces distincts et distants aux unes et aux autres. Il se réalise de manière plus fine par une intrication aux temps et aux lieux mêmes du travail, des valeurs de subordination et de liberté. Cela se paie d'un certain affadissement des libertés collectives, qui se trouvent ainsi elles-mêmes subordonnées au respect des valeurs de l'entreprise, et perdent la radicalité que leur a longtemps prêtée le syndicalisme français.

B - Les aires d'autonomie individuelle

Par le contrat de travail, le salarié abdique une partie de sa liberté pour se mettre sous la subordination d'autrui. Une partie seulement puisqu'en toute hypothèse cette subordination est cantonnée aux temps et au lieu de l'exécution de la prestation de travail. Sujet soumis

dans l'entreprise, le salarié recouvre son entière liberté hors de celle-ci. De ce point de vue l'analyse contractuelle diffère d'une analyse institutionnelle ou statutaire de la relation de travail [37]. Lorsque la relation de travail est conçue comme un lien personnel, la dépendance qu'elle engendre ne peut être située dans le temps et dans l'espace, elle marque la personne même du salarié qui est tenu toujours et partout d'un devoir de loyauté et de fidélité vis-à-vis de son employeur. Mais cette dépendance de la personne trouve alors ses limites dans les devoirs statutaires de l'employeur : ce sont ces devoirs qui, bornant le pouvoir patronal, dessinent en creux l'aire d'autonomie individuelle du salarié. Au contraire, dans une conception purement contractuelle, la distribution de la subordination et de la liberté s'identifie avec les portes de l'entreprise, sur lesquelles pourrait s'inscrire à peine modifié le vers de Dante : « Lasciate ogne libertà, voi ch'intrate... ».

L'exercice des libertés individuelles hors de l'entreprise n'a donc pas eu — c'est une différence notable avec les libertés collectives — à être consacré par le droit du travail, car elles l'étaient déjà par le droit civil et le droit public. En revanche, c'est le droit du travail qui a fait reconnaître ces libertés dans l'enceinte de l'entreprise. Cette reconnaissance a d'abord consisté à éviter que l'autorité patronale n'empiète sur ces libertés du dehors, à en borner le champ au domaine contractuel, c'est-à-dire à l'exécution du contrat de travail. Une première sphère de libertés individuelles dans l'entreprise correspond à cette obligation faite aux employeurs de ne pas étendre leur pouvoir de direction sur la vie extraprofessionnelle du salarié, qu'il s'agisse de sa vie privée ou de sa vie publique. Elle introduit par là même une limitation fonctionnelle de la subordination, qui se trouve cantonnée aux nécessités du travail. Mais on voit poindre dans le droit contemporain une seconde sphère de libertés individuelles dans l'entreprise, qui ne sont plus liées à la considération du salarié comme personne libre hors du travail, mais qui sont au contraire inhérentes à sa qualité de travailleur. Il est ainsi possible de distinguer deux sortes de libertés individuelles dans l'entreprise : les libertés hors du travail,

et les libertés dans le travail.

1 / Les *libertés hors du travail* sont ces libertés du dehors de l'entreprise sur lesquelles l'employeur n'a aucun titre pour empiéter car elles n'intéressent pas l'exécution du contrat de travail. Elles peuvent être situées soit sur le terrain des libertés publiques [38], soit sur celui des libertés civiles ou des droits de la personnalité [39]. Le problème des rapports entre vie professionnelle et extraprofessionnelle se pose dans des termes sensiblement différents selon l'approche que l'on privilégie. Raisonner en termes de libertés publiques conduit à s'interroger sur la façon dont on peut transposer dans l'entreprise le statut de citoyen. C'était l'orientation du rapport Auroux sur les droits des travailleurs, selon lequel « les libertés publiques applicables à tout citoyen doivent entrer dans l'entreprise dans les limites compatibles avec les contraintes de la production » [40]. Raisonner en termes de libertés civiles conduit à s'interroger sur la façon dont on peut organiser la protection de la personne du salarié dans le cadre du contrat de travail. Autrement dit les concepts clés sont dans un cas l'Etat, garant des libertés des citoyens, et dans l'autre la personne, titulaire de droits inaliénables. Mais ces deux approches sont les deux faces d'une même médaille, puisque la protection de la personne du salarié se trouve indissolublement liée, dans le système français, à la tutelle publique : les libertés civiles n'ont pas de contenu sans recours possible aux organes de l'Etat (autorités judiciaires ou administratives [41]), et inversement cette immixtion de l'Etat dans l'entreprise n'a pas d'autre justification que la protection des droits de la personne. Et la véritable difficulté est toujours la même, qui consiste à délimiter précisément la part de liberté individuelle qui n'entre pas dans le champ du contrat de travail. Pour procéder à cette délimitation, la loi du 4 août 1982 s'est référée à un critère fonctionnel, en décidant que l'employeur ne peut apporter aux droits de la personne et aux libertés individuelles « des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but

recherché » [42]. Mais on voit la latitude que cette formule laisse à l'appréciation du juge. Celui-ci a pu considérer par exemple que la liberté matrimoniale pouvait être restreinte par le jeu du contrat de travail « dans les cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement » ; formule qui permettait aux établissements catholiques d'enseignement de dénier à leurs salariés la liberté de remariage après divorce, et de faire ainsi prévaloir le droit canon sur le droit civil dans l'entreprise [43].

Aussi la loi du 4 août ne s'est-elle pas bornée à cette limitation fonctionnelle. Elle a aussi énuméré un certain nombre d'attributs du sujet de droit qui échappent par nature à l'emprise de l'employeur, car ils relèvent exclusivement de la vie civile. L'article L. 122-45 du code du travail frappe ainsi de nullité toute sanction ou tout licenciement d'un salarié pris « en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de l'exercice normal du droit de grève ou de ses convictions religieuses, ou, sauf inaptitude constatée par la médecine du travail (...), en raison de son état de santé ou de son handicap ». Si l'employeur n'a pas le droit de prendre en considération (principe de non discrimination) les libertés individuelles visées par ce texte, c'est parce qu'elles n'intéressent pas la prestation de travail. Cela explique la différence de traitement observable entre d'une part les libertés collectives liées au travail, qui sont protégées dans l'entreprise sous leur face active (*activités* syndicales ou mutualistes, *exercice* du droit de grève) et d'autre part les droits de la personne et les libertés individuelles, qui ne sont protégés que sous leur forme passive, qu'il s'agisse des attributs de la personne (sexe, origine, ethnie, « race ») [44], de la vie privée (mœurs, *situation* de famille, *état* de santé [45]), ou de la vie publique (*convictions* religieuses, *opinions* politiques). Ces derniers ne jouissent d'une protection absolue que dans la mesure où ils ne s'exercent pas dans l'entreprise. Dès lors qu'elles s'exercent à l'intérieur de celle-ci, on en revient au critère

fonctionnel, c'est-à-dire à l'idée selon laquelle ces libertés peuvent être limitées par l'employeur dans la mesure nécessaire à l'accomplissement du travail [46]. Ce subtil balancement entre une protection absolue du for intérieur du salarié et une protection seulement relative de son for extérieur dans l'entreprise est au principe de la jurisprudence actuelle. Admettant la licéité du « licenciement dont la cause *objective* est fondée sur le *comportement* du salarié qui, compte tenu de la nature de ses *fonctions* et de la *finalité* propre de l'entreprise, a créé un trouble *caractérisé* au sein de cette dernière » [47], cette jurisprudence soumet clairement au critère fonctionnel toute manifestation positive dans l'entreprise des libertés individuelles inhérentes à la personne.

2 / Les *libertés dans le travail* sont au contraire des libertés individuelles inhérentes à la qualité de travailleur, et ont donc vocation à s'exercer dans le cadre du contrat de travail. Cette notion de liberté individuelle dans le travail salarié est paradoxale, puisque c'est la subordination qui sert à caractériser le salariat. Et de fait la liberté des salariés dans le travail n'a pendant longtemps eu de sens que sur le plan des rapports collectifs de travail, désignant alors des libertés individuelles s'exerçant collectivement [48]. Deux évolutions majeures du droit du travail contemporain conduisent pourtant à faire une place à la liberté individuelle dans le travail.

a / Il s'agit tout d'abord de la *dilution progressive du concept de subordination* [49], qui a servi à intégrer ou à maintenir dans les rangs du salariat des travailleurs qui jouissent d'une réelle liberté dans l'exécution de leur travail. L'insuffisance de ce critère de la subordination s'est manifestée sur deux plans. D'une part sur le plan de la technique juridique : malgré son apparente simplicité, l'idée de subordination ne suffit pas à caractériser la situation des salariés qualifiés qui jouissent dans l'exécution de leur travail d'une indépendance objective due à leur compétence professionnelle. Dès lors, le pouvoir de direction ne s'exerce plus dans le cœur même de la prestation, mais seulement sur sa périphérie, sur les conditions

d'exécution de cette prestation. Le lien de subordination s'exprime alors de manière plus diffuse, et devient plus difficile à mettre en évidence. L'insuffisance du critère de la subordination se situe d'autre part sur le plan social : la notion de subordination conduit à exclure du champ d'application du droit du travail des travailleurs qui requièrent pourtant — objectivement ou subjectivement — une protection. Ces deux faiblesses, qui parfois se rejoignent, expliquent l'apparition de deux techniques qui peuvent vider la notion de subordination d'une partie de son contenu.

La première est la technique du faisceau d'indices, qui consiste pour le juge à procéder à une évaluation d'ensemble de la relation de travail qu'il doit qualifier (modes de rémunération, propriété des moyens de production, organisation du temps de travail, types et intensité des contrôles exercés, etc.) et à rechercher s'il existe un nombre suffisant d'indices d'un rapport d'autorité. Le propre de cette technique est qu'aucun de ces indices ne peut être tenu à lui seul pour déterminant. Cette technique a servi en France et plus généralement dans les pays continentaux (par opposition au Royaume-Uni) à étendre la qualité de travailleur salarié à des personnes qui jouissent d'une réelle liberté dans l'exécution de leur travail. L'idée directrice de cet élargissement consiste à se demander si le travailleur exerce sa liberté d'entreprendre ou bien seulement sa liberté du travail [50]. Cette idée générale se donne à voir dans deux notions que la jurisprudence utilise aujourd'hui pour caractériser la dépendance du travailleur. La première est celle d'*intégration à un service organisé*, qui implique la direction, non de l'exécution du travail, mais des conditions de cette exécution, par le bénéficiaire de la prestation. Ces conditions peuvent concerner le temps (existence de contraintes horaires, obligation de répondre à des convocations, etc.), le lieu (le bénéficiaire définit-il ce lieu, qu'il s'agisse d'un établissement, d'un trajet ou d'un secteur d'activités ?) ou les moyens de travail (qui fournit, possède les outils, la documentation, le local nécessaire à la prestation ? etc.). Cette notion d'intégration à un service organisé a d'abord été utilisée en matière de

sécurité sociale [51], avant d'être étendue au droit du travail. Elle a permis de reconnaître la qualité de salarié à des travailleurs jouissant d'une réelle indépendance dans l'exécution de leur tâche, tels les professeurs [52], les médecins [53], les démonstrateurs commerciaux [54], etc. L'autre notion développée par la jurisprudence française est celle de *participation à l'entreprise d'autrui*. Cette notion est un test négatif, qui consiste à vérifier d'une part que le travailleur n'a ni salariés, ni clientèle propre [55], et d'autre part qu'il ne court pas les risques de l'entreprise [56].

La seconde technique de dilution de la notion de subordination est celle de l'assimilation légale de certaines catégories de travailleurs à des salariés [57]. Cette technique de qualification légale des professions a pu viser deux objectifs. Soit remédier à des situations d'exploitation manifeste de certaines catégories de travailleur (ce fut le cas en particulier du travail à domicile), soit satisfaire les revendications de catégories professionnelles qui souhaitaient accéder aux sécurités du salariat, tout en conservant le bénéfice d'une certaine indépendance. Ici les candidats furent nombreux (mandataires commerciaux, artistes, journalistes, etc.) et le succès de cette revendication a varié selon l'intensité du *lobbying*. A chaque fois qu'a été ainsi créée une catégorie de salariés par détermination de la loi, on a été conduit à substituer à la subordination juridique d'autres critères qui conditionnent pour cette catégorie la reconnaissance d'un contrat de travail.

b / L'autre signe remarquable de cette émergence d'une liberté individuelle dans le travail salarié réside dans l'attribution de *facultés de choix* attachées à la qualité de salarié, et qui confèrent à celui-ci une certaine maîtrise de sa vie de travail. L'évolution du temps et de l'organisation de travail va en ce sens. Le premier a été massivement réduit, notamment par le développement du droit à congés payés, tandis que la seconde s'individualise de plus en plus. La vie de travail ouvre ainsi accès à une vie de loisirs (auquel le sans-travail n'a pas accès faute de ressources), dont l'emploi est laissé à la discrétion du

travailleur, réserve faite de l'intense conditionnement marchand auquel il est soumis. L'organisation du temps de travail va aussi dans le sens de la disparition de tous les rythmes collectifs qui scandaient la vie des salariés, pour laisser place à une individualisation de ces rythmes, qui place chacun devant une marge de choix plus ou moins grande quant à l'organisation de son temps [58]. Dans la même perspective, la floraison des congés spéciaux [59] ouvre au salarié la possibilité de suspendre son travail pour se consacrer momentanément à sa famille [60], à sa formation professionnelle [61] ou syndicale [62], à des activités politiques, associatives ou mutualistes [63], à l'enseignement ou à la recherche [64], à la création d'une entreprise [65], ou pour aider les victimes d'une catastrophe naturelle [66], pour siéger dans des tribunaux [67], pour prendre une période sabbatique [68], etc. Au-delà de la diversité de leur régime juridique, ces différents congés ont en commun de permettre au salarié d'échapper momentanément et de son propre chef au lien de subordination, sans perdre pour autant sa qualité de travailleur. La plupart de ces libertés ne sont reconnues qu'aux salariés qui justifient d'une certaine ancienneté dans l'entreprise : leur exercice n'est donc pas indépendant du travail, mais se présente bien au contraire comme un élément du statut du salarié implanté dans son entreprise. Cette tendance à la reconnaissance d'une sphère de liberté individuelle dans le travail rejoint évidemment l'affirmation de l'identité professionnelle du salarié qui a été caractérisée par ailleurs [69]. Les deux phénomènes se conjuguent pour rapprocher le statut du salarié de celui du travailleur indépendant : comme le travailleur indépendant, le salarié a le droit d'arbitrer entre les périodes qu'il consacre à sa vie de travail, et celles qu'il consacre à sa formation ou à sa vie sociale, il est juge du danger que présente une situation de travail, il peut jouir d'une réelle liberté dans l'accomplissement de la tâche pour laquelle on le paie, il n'a de compte à rendre à personne sur sa vie extraprofessionnelle, etc. Et il exerce seul les facultés de choix qui lui sont ainsi reconnues.

Il faut bien sûr se garder d'exagérer la portée pratique des évolutions ainsi observées sur le plan juridique. La subordination qui demeure en droit le critère du salariat, demeure aussi en fait la caractéristique massive de la vie de travail des salariés. Son altération ne joue qu'à la marge. Mais cette marge est sans doute révélatrice de mouvements profonds de recomposition au sein du monde du travail. La fiction, encore entretenue par le syndicalisme français, d'une unité sociologique du salariat devra éclater pour laisser place à l'invention de nouvelles figures de la solidarité. Car les libertés individuelles ainsi conférées aux salariés ne sont pas également partagées, et n'ont quasiment aucun sens sur le « second marché du travail ». La place reconnue par le droit à la liberté individuelle du salarié éclaire déjà la désaffection actuelle vis-à-vis du collectif, et notamment vis-à-vis des syndicats. Le collectif a été conçu en France, au moins sur un plan juridique, comme un *moyen* d'expression de la liberté individuelle dont le contrat de travail prive le salarié, et non pas comme une *donnée* des relations de travail. Il ne peut donc qu'être affecté par une évolution qui introduit une marge de liberté individuelle au sein même du contrat de travail.

II - Les droits de l'entreprise

La pénétration de l'état de droit dans l'entreprise, telle qu'elle se manifeste dans les libertés individuelles et collectives qui y sont conférées aux salariés, opère un changement de son statut dans la société civile. Ce statut n'est plus celui d'un espace privatif où l'employeur exerce un pouvoir sans limites, mais celui d'une entité juridiquement organisée. Loin de faire disparaître le pouvoir de l'employeur, cette évolution lui donne une légitimité nouvelle : celle d'un pouvoir fondé par la loi. Cette légitimation de l'entreprise se manifeste par les droits qui lui sont aujourd'hui reconnus. Droits de l'entreprise peut s'entendre ici sous deux sens différents. Il y a d'une part le droit qui émane de l'entreprise, et d'autre part celui qui s'applique à elle. La légitimation de l'entreprise se vérifie sur chacun de ces deux plans : elle est aujourd'hui considérée comme une source de droit, et elle est elle-même devenue un objet de droit.

A - L'entreprise, source de droit [70]

Le mouvement dit de déréglementation [71], ou de flexibilisation, qui a saisi la plupart des pays occidentaux durant les années quatre-vingt [72], s'est identifié en France à une volonté de rupture avec l'interventionnisme étatique. Visant à diminuer le poids des lois et des règlements, au profit des règles que les opérateurs économiques se fixent à eux-mêmes, la flexibilisation s'est identifiée à un déplacement du droit du travail, de l'hétéronomie vers l'autonomie. Or c'est l'entreprise qui a été la principale bénéficiaire de ce mouvement. En même temps qu'elles prétendaient y faire pénétrer des libertés nouvelles pour les travailleurs, les réformes Auroux ont reconnu à l'entreprise la liberté de se réglementer elle-même. Une telle décentralisation des sources du droit du travail vers l'entreprise a été justifiée par un argumentaire maintenant bien

connu, pour ne pas dire rabâché. *Argumentaire économique* tout d'abord : la nécessité d'une adaptation fine des entreprises aux changements techniques et aux besoins de plus en plus changeants et diversifiés qui s'expriment sur le marché se traduit sur le plan juridique par une demande de « flexibilité » des règles d'emploi de la main-d'œuvre, c'est-à-dire d'ajustement de ces règles aux impératifs de la compétitivité. Parallèlement le discours économique tend à réintroduire l'idée que les salariés constituent l'un des éléments les plus précieux du capital de l'entreprise : ses « ressources humaines », et que la valorisation de ces ressources requiert d'élaborer les règles du travail au plus près des travailleurs eux-mêmes. Cette analyse rejoint l'*argumentaire social* qui met en avant l'élévation du niveau culturel des salariés [73], la diversification de leurs aspirations individuelles, et leur désaffection (corrélative ?) vis-à-vis des formes traditionnelles de l'organisation syndicale, pour privilégier une négociation d'entreprise censée tenir compte de cette diversité et propre à raffermir l'implantation syndicale. L'*argumentaire politique* enfin n'est pas en reste, qui plaide pour l'« Etat modeste » [74], et justifie tout ce qui peut apparaître comme une restitution à la société civile [75] des attributions qui sont naturellement les siennes. Tout cela concourt à faire admettre l'idée que la réglementation de l'entreprise par l'Etat doit céder le pas à la réglementation de l'entreprise par elle-même ; qu'aujourd'hui encore objet de droit, l'entreprise doit devenir demain sujet et source de droit. Une telle promotion peut intervenir soit au profit du pouvoir normatif des employeurs, soit au profit des conventions collectives. Dans un cadre qui reste défini par l'Etat, se développe alors, selon le cas, une autoréglementation conventionnelle ou une autoréglementation unilatérale.

1 / L'*autoréglementation conventionnelle* a bien sûr été mise plus volontiers en avant. Elle résulte de la liberté de négocier dans l'entreprise des accords qui s'ajoutent ou se substituent à la réglementation étatique (loi et règlement au sens strict) ou

professionnelle (conventions et accords de branche) [76]. L'essor de cette autoréglementation se manifeste à la fois par la promotion de la négociation dans l'entreprise, et par l'émancipation des accords d'entreprise.

La *promotion* de la négociation dans l'entreprise n'est pas un phénomène radicalement nouveau en droit français, ou existaient déjà un certain nombre d'incitations, voire d'obligations, à la négociation dans l'entreprise [77]. Cette promotion diffuse s'est trouvée véritablement systématisée par la loi du 13 novembre 1982 instituant une négociation annuelle obligatoire. Comme le droit à la négociation collective, dont elle est le corollaire logique (sinon juridique, puisque leurs champs d'application respectifs ne coïncident pas exactement), l'obligation de négocier mise à la charge des employeurs n'implique pas nécessairement que cette négociation soit conduite dans les entreprises, et il aurait été parfaitement concevable de la situer au niveau des branches professionnelles. Cette solution paraissait d'autant plus s'imposer dans un pays comme la France, que la majorité des salariés y sont employés par des entreprises de petite taille, où les syndicats sont assez faiblement implantés, et que la négociation de branche s'y trouvait déjà enracinée dans l'histoire des relations professionnelles [78]. Désireux de privilégier le niveau de l'entreprise, et ne pouvant abandonner celui de la branche, le législateur a institué un double niveau de négociation obligatoire. Ce système, qui a soulevé de très vifs débats, témoigne incontestablement d'une volonté de déplacer vers l'entreprise le centre de gravité de la négociation collective. La promotion de l'entreprise ne résulte pas seulement ici du fait que la négociation y soit devenue obligatoire, mais encore de la répartition des objets de négociation entre les entreprises et les branches. L'entreprise est devenue en effet le seul lieu de négociation obligatoire de la durée effective et de l'organisation du temps de travail, et partage avec la branche l'obligation de négocier annuellement les salaires. Seule la révision éventuelle, et quinquennale, des classifications professionnelles constitue un

attribut exclusif de la négociation obligatoire de branche [79]. L'*émancipation* des accords d'entreprise résulte de l'introduction d'accords dérogatoires, qui échappent à la hiérarchie habituelle des sources du droit du travail français [80]. Ces accords comportent des clauses « qui dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires lorsque lesdites dispositions l'autorisent, soit, conformément à l'article L. 132-24, à des dispositions salariales conclues au niveau professionnel ou interprofessionnel » [81]. Introduit pour la première fois en France de manière extrêmement limitée, en 1967 [82], et véritablement systématisé par l'ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail [83], ce type d'accords ouvre une brèche dans l'ordre public social, puisqu'il postule l'existence en droit du travail de lois supplétives auxquelles il est possible de déroger dans un sens défavorable aux salariés (dérogation *in pejus*). Le champ ouvert à ce type de dérogation n'a cessé de s'élargir depuis 1982. Il concerne principalement la question de l'aménagement du temps de travail [84], mais touche aussi, directement ou indirectement, celle des salaires [85]. Tout concourt à faire ainsi de l'accord dérogatoire d'entreprise l'instrument privilégié d'une autoréglementation de l'entreprise qui touche aussi bien le prix que la durée du travail. Cette vocation se trouve en quelque sorte légitimée par le régime propre de ces accords, dont la négociation est ouverte à tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise, mais dont l'application est suspendue au droit de veto que la loi reconnaît aux syndicats majoritaires [86]. Cette idée, selon laquelle un consensus dans l'entreprise serait une condition nécessaire et suffisante à l'émancipation juridique de l'entreprise, s'exprime aussi dans le développement des conventions « donnant-donnant » [87]. Version française du « concession bargaining » américain [88], ces nouveaux types d'accords tendent à affirmer l'autonomie normative de l'entreprise. Et c'est en somme à une systématisation du « donnant-donnant dérogatoire » que tendent les projets d'origine patronale [89] d'institution d'un contrat collectif d'entreprise, visant à rendre

supplétives toutes les normes extérieures à l'entreprise, à la seule exception d'un « noyau dur » d'ordre public strict [90]. Mais compte tenu de la faiblesse de l'implantation syndicale dans la plupart des entreprises françaises, de tels projets s'apparenteraient plutôt, s'ils devaient voir le jour, à l'autoréglementation patronale.

2 / L'autoréglementation patronale se présente tout d'abord sous la forme ancienne du règlement intérieur. Cette réglementation patronale *impérative* a reçu une base légale avec la loi du 4 août 1982 [91]. Le pouvoir de l'employeur est alors réglementaire au sens le plus précis que le droit constitutionnel donne à ce terme : celui d'un pouvoir d'édicter des règles qui complètent les dispositions générales arrêtées par une autorité normative de niveau supérieur, et qui s'intègrent ainsi dans l'ordre juridique étatique [92]. Cette analyse, qui résulte explicitement de la loi pour les questions d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise [93], peut être étendue à l'autre bloc de compétences réglementaires patronales, celui des « règles générales et permanentes relatives à la discipline ». En ce domaine également l'employeur reçoit de la loi le mandat de définir des règles de droit, règles générales et permanentes, qui donneront un contenu précis aux prescriptions de la loi relatives à l'établissement d'une échelle de sanctions et à l'exercice des droits de la défense. L'employeur, personne privée, est donc titulaire d'une parcelle de pouvoir réglementaire qui lui est reconnue par l'Etat, ce qui a conduit la Cour de cassation à qualifier le règlement intérieur d'acte réglementaire de droit privé [94].

Mais ces dernières années ont vu également prospérer une autre forme de réglementation patronale de l'entreprise, une réglementation *supplétive* [95], qui pallie l'absence d'un droit conventionnel de l'entreprise. La faiblesse du syndicalisme en France entrave en effet souvent le développement des accords d'entreprise. La question se pose alors de savoir comment faire du droit conventionnel là où le partenaire syndical est défaillant. Cette défaillance a conduit au foisonnement de normes d'entreprises

« atypiques », qui ne répondent pas à une claire distinction des normes unilatérales et des normes conventionnelles : accords atypiques, usages, codes d'éthiques, notes de service, etc. [96]. Ces normes participent toutes d'une réglementation supplétive de la volonté des parties. Empruntée à un récent arrêt de la Cour de cassation, aux termes duquel l'usage est « par nature supplétif de la volonté des parties » [97], cette notion de réglementation patronale supplétive se laisse transposer à toutes les autres normes patronales « atypiques » dans l'entreprise. Elle est le corollaire nécessaire du droit à la négociation collective, dans un système juridique qui ne peut éliminer ni l'impossibilité (absence de négociateurs syndicaux), ni l'échec (absence d'obligation de conclure) de cette négociation. Il est donc permis d'y voir une forme d'engagement unilatéral [98], mais une forme propre au droit du travail, qui a toujours pour fondement la nécessité de suppléer l'absence de règle conventionnelle, et qui appelle donc un régime juridique particulier, calqué sur celui des conventions collectives. Normative, cette réglementation s'applique à tous, employeur et salariés, sans que soit requis le consentement individuel de ces derniers. Supplétive, elle ne peut être adoptée ou révoquée sans un minimum de concertation ou de négociation ; elle a le même domaine, les mêmes effets, et les mêmes limites qu'un accord d'entreprise ordinaire [99], et a vocation à s'éclipser dès qu'apparaît un tel accord [100].

B - L'entreprise, objet de droit

La notion d'entreprise acquiert ainsi une consistance juridique sensiblement différente de celle qui lui est généralement prêtée. Le débat juridique sur cette notion d'entreprise a été dominé par l'opposition de deux thèses. Selon la thèse individualiste, l'entreprise est la mise en œuvre combinée de la propriété de moyens de production et de la liberté contractuelle. Les détenteurs du capital ont

la maîtrise des formes juridiques de sa mise en valeur. Le réseau de contrats dans lequel se résout juridiquement l'entreprise n'a pas pour objet l'organisation d'une quelconque communauté, mais la fixation des rapports de ses propriétaires avec les autres opérateurs économiques, dont les salariés. Cette thèse plonge ses racines aussi bien du côté du libéralisme économique (elle consacre l'abstraction de l'*homo œconomicus*) que du côté du marxisme (elle correspond à l'idée de l'antagonisme des intérêts du Capital et du Travail) [101]. Dans la thèse communautaire au contraire, l'entreprise est analysée comme une institution, réunissant dans une même communauté les détenteurs du capital, les salariés, et, un peu plus récemment, ce que J. K. Galbraith appelle la « technostructure » [102], et ce que Ripert appelait plus simplement la direction [103]. Non plus laciis d'opérations juridiques et économiques agencé par et pour les détenteurs du capital, mais au contraire institution unissant autour d'un intérêt commun — l'intérêt de l'entreprise — le Capital et le Travail. Introduite en France par Ripert [104] et Paul Durand [105], cette théorie y a connu un grand succès, tant en droit du travail qu'en droit commercial [106]. Elle plonge ses racines aussi bien du côté de la doctrine sociale de l'Eglise [107], que de la doctrine juridique allemande [108].

Les tenants de la théorie institutionnelle voyaient dans l'entreprise une donnée naturelle sur laquelle il serait possible d'enraciner le droit du travail. C'était donner à l'entreprise la force d'un fait : celui de la réunion d'une collectivité de travail sous une autorité unique. Cette force, l'entreprise souvent ne l'a plus : la concentration et la mobilité du capital [109], l'extériorisation de l'emploi, le développement des groupes de sociétés, ne permettent plus de la penser comme une institution réunissant le Capital et le Travail. L'unité et la permanence du groupe formé par un employeur et « ses » salariés cèdent aujourd'hui devant la pluralité et la discontinuité des formes juridiques de l'entreprise, devant la diversification des formes d'emploi [110] et l'insaisissabilité du centre de pouvoir et de

décision [111]. L'entreprise ne se laisse donc pas réduire à l'idée de communauté naturelle de travail.

Mais elle ne se laisse pas réduire non plus à cette aire d'exercice souverain du droit de propriété et de la liberté contractuelle à quoi la résume la théorie individualiste. Les aires d'autonomie individuelle et collective que le droit y garantit aux salariés lui donnent une physionomie beaucoup plus complexe et beaucoup plus policée. Et surtout l'entreprise a acquis la valeur d'un paradigme en droit du travail [112], c'est-à-dire d'une référence constante et nécessaire au juriste qui applique ou interprète ce droit [113]. Notion dont l'emploi demeurait rare jusqu'à une date récente, l'« entreprise » est devenue aujourd'hui omniprésente en droit positif, aussi bien en matière de représentation, de négociation ou de conflits collectifs que d'organisation des relations individuelles de travail (discipline, licenciement, etc.). Ce paradigme désigne la situation de référence que constitue une collectivité de salariés dirigés par un employeur, sans définir la nature juridique de cette collectivité. Indispensable aux montages du droit du travail, ce paradigme y est affirmé au-delà des formes juridiques de l'entreprise arrêtées par l'employeur et au morcellement objectif qui peut en résulter (extériorisation de l'emploi, groupes de sociétés, etc.). Deux méthodes servent à cette affirmation de l'entreprise. La première consiste à écarter la diversité et la mobilité des formes juridiques décidées par l'employeur pour restituer à l'entreprise unité et continuité. Son unité lui est rendue par des opérations de requalification institutionnelle (notion d'unité économique et sociale [114]) ou contractuelle (notion d'intégration aux services d'une entreprise [115]). Sa continuité par des techniques comme celle du maintien du contrat de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'entreprise [116], ou du statut des salariés mis à disposition [117]. La seconde méthode consiste au contraire à prendre acte des formes juridiques arrêtées par l'employeur, mais pour organiser entre elles des liaisons et des transitions qui assurent le maintien sous des formes nouvelles du

paradigme de l'entreprise. Ces liaisons peuvent intéresser aussi bien les relations individuelles (par ex. l'obligation de reclassement au sein du groupe en cas de réduction d'effectifs [118], ou le concours de lois applicables au salarié détaché à l'étranger [119]), que des relations collectives de travail (comme le comité de groupe [120]). Et ces transitions se donnent à voir dans le droit de la restructuration des entreprises [121], qu'il s'agisse d'associer les salariés aux changements en cours, ou d'atténuer les effets de ce changement sur leurs droits individuels et collectifs [122].

Dès lors la référence à l'entreprise change de sens. Elle n'est plus référence à un fait, mais référence aux exigences du droit. L'entreprise désigne aujourd'hui un ensemble de constructions juridiques qui ont pour objet d'encadrer la liberté des entrepreneurs. On pourrait dire des libertés accordées à l'entreprise ce que Montesquieu disait de la liberté du commerce : « La liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux négociants de faire ce qu'ils veulent ; ce serait bien plutôt sa servitude. Ce qui gêne le commerçant ne gêne pas pour cela le commerce. C'est dans les pays de la liberté que le négociant trouve des contradictions sans nombre ; et il n'est jamais moins croisé par les lois que dans les pays de la servitude » [123]. De même, la liberté de l'entreprise ne se confond pas avec la liberté des employeurs de faire ce qu'ils veulent. A la différence de la personne humaine, l'entreprise n'est pas juridiquement appréhendée comme une valeur en soi, mais comme un moyen de soumettre certains faits à l'emprise du droit. Cela explique le caractère disparate de l'usage qui en est fait : la notion d'entreprise recouvre tantôt un ensemble (par exemple l'unité économique et sociale, ou le groupe de sociétés), tantôt une parcelle, voire quelques emplois (par exemple l'« entité économique conservant une certaine identité » qui justifie la continuation du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise [124]). Elle permet d'organiser aussi bien des rapports individuels que des rapports collectifs. Elle se prête donc aussi bien à la quête des faits derrière les constructions du droit, qu'à l'affirmation du droit en dépit de certains

faits.

Cette reconnaissance juridique de l'entreprise signifie à la fois des libertés et des responsabilités pour les entrepreneurs. Ainsi, la loi a donné récemment aux entreprises la liberté de réduire leurs effectifs sans contrôle administratif préalable. Mais cette liberté nouvelle s'accompagne de l'obligation de pourvoir à la conversion professionnelle des salariés licenciés [125], et de prendre en considération les chances objectives de réinsertion dans le choix de ces salariés [126]. La jurisprudence a de son côté décidé que l'employeur, « tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois » [127]. C'est dire que si les hommes sont une ressource pour l'entreprise, l'entreprise doit aussi être une ressource pour les hommes. La liberté qui lui est reconnue dans la Cité oblige à ne pas ignorer les liens qui l'unissent à elle, et à ne pas rejeter sur la Cité toute la charge des ressources humaines et naturelles dont l'entreprise a besoin. Ici comme ailleurs, la liberté implique une responsabilité, responsabilité sociale et écologique, et la méconnaissance de cette responsabilité entraînerait inéluctablement une remise en cause de cette liberté. Cette mise en évidence des liens qui unissent l'entreprise et la Cité doit-elle conduire à reconnaître une véritable citoyenneté de l'entreprise ? La manière très instrumentale dont le droit appréhende l'entreprise conduit à répondre à cette question par la négative. Du point de vue juridique, l'entreprise n'est qu'un outil, pas un citoyen. En revanche cet outil peut servir à définir la citoyenneté des entrepreneurs, comme il a déjà servi à conforter celle des travailleurs.

Notes du chapitre

- [1] † Sur le sens juridique originel de cette notion de civilisation, v. *supra*, chap. 2.
- [2] † J.-L. Crozafon, *L'emprunt de techniques de droit administratif par le droit du travail*, th., Paris-I, 1984.
- [3] † V. les actes du colloque *Les droits de la défense et le droit du travail* reproduits in *La Semaine sociale* du 24 mai 1988, Supt au n° 410 ; et spéc. le rapport J.-M. Verdier relatif aux droits de la défense à l'intérieur de l'entreprise.
- [4] † Sur cette question v. les Actes du colloque de Nanterre *Les entreprises et les libertés publiques*, *Droit Social*, 1982, p. 417-450.
- [5] † Sur ce développement, v. déjà *Le juge et le droit du travail*, th. Bordeaux-I, 1979, p. 158 s.
- [6] † Soc. 20 janv. 1977, *B. civ.*, n° 51, p. 40.
- [7] † La notion d'« aire d'action » ou de « sphère d'activité » a pu être utilisée pour définir les droits subjectifs : V. J. Carbonnier, *Droit civil — Introduction*, Paris, PUF, 17^e éd. 1988, n° 161, p. 271.
- [8] † Sur ce concept de territoire, entendu ici comme espace d'exercice du pouvoir patronal ou de l'autonomie des salariés, v. G. Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, t. 2, 2^e éd. 1967, p. 84 s. Sur le rapport ouvrier à l'espace, v. M. Verret, *L'espace ouvrier*, Paris, A. Colin, 1979, 232 p., et la belle thèse d'Olivier Schwartz, *Le monde privé des ouvriers*, Paris, PUF, 1990, spéc. p. 287 s.
- [9] † Soc. 21 juin 1984 (Sté La Générale sucrière), *Dr. Soc.*, 1985, 18, ss. obs. J. Savatier.
- [10] † « La grève est une cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles déjà déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction » (jurisprudence constante : v. Soc. 6 nov. 1985, *Dr. Soc.*, 1986, 615, ss. obs. J. Déprez ; Soc. 20 mai 1992, *Dr. Soc.*, 1992, 717.
- [11] † Les inconvénients de ce rejet des grévistes hors de l'entreprise ont été parfaitement résumés par Léon Blum dans ses déclarations au procès de Riom : « Au point de vue de l'ordre public, cette forme de grève [avec occupation] a d'incontestables avantages. Les ouvriers occupent l'usine, mais il est vrai aussi que l'usine occupait les ouvriers : les ouvriers étaient là et pas ailleurs. Ils n'étaient pas dans la rue. Au moment où ils étaient tous groupés dans l'usine, ils ne formaient pas ces cortèges avec des chants, des drapeaux rouges, qui viennent se heurter aux barrages de police, ce qui provoque les incidents violents et quelquefois sanglants de toutes les grèves connues. Pas de contact direct sur la voie publique avec la force publique » (cité par G. Lefranc in *Histoire du Front populaire*, Paris, Payot, 1965, p. 175). Les difficultés toujours rencontrées pour obtenir des préfets l'exécution des ordonnances d'expulsion ne s'expliquent pas autrement.
- [12] † *C. trav.*, art. L. 412-1, L. 412-4 et L. 412-11, al. 4 ; v. J.-P. Murcier, « L'application du droit syndical et des institutions représentatives dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. Soc.*, 1984, 107.
- [13] † Cf. J.-M. Verdier, *Le droit syndical dans l'entreprise*, *op. cit.*, n° 41, p. 74 s., et n° 54, p. 92 s.
- [14] † V. C. Sachs, *Les seuils d'effectifs en droit du travail*, th., Strasbourg, 1982, et du même auteur, « Les seuils d'effectifs : une problématique en évolution ? », *Dr. Soc.*, 1983, 472.
- [15] † V. G. Bélier, *Les conditions de l'amélioration de la représentation des salariés dans les petites et moyennes entreprises*, Rapport au Ministre du Travail, 1990, reproduit in *Bull. soc. F. Lefebvre*, 4/90, p. 185 s.
- [16] † *C. trav.*, art. L. 412-8 (communications syndicales), L. 424-2 (délégués du personnel), L. 434-4 (comité d'entreprise), R. 236-7 (comité d'hygiène et de sécurité).

[17] † *C. trav.*, art. L. 412-9 (section syndicale), L. 424-2 (délégués du personnel), L. 431-7 (comité d'entreprise).

[18] † *C. trav.*, art. L. 412-8, al. 5.

[19] † *C. trav.*, art. L. 412-10, al. 2.

[20] † *C. trav.*, art. L. 412-10, al. 1.

[21] † V. déjà sur les réfectoires F. Saramito, « Les sanctions pour prise de parole dans les cantines », *Dr. ouv.*, 1951, 55 ; M. Despax, « La vie extraprofessionnelle du salarié », *JCP*, 1963, I, 1776, n° 7. Sur l'illégalité d'un système d'écoute dans un réfectoire, v. TGI Saint-Etienne, 19 avr. 1977, *D.*, 1978, J., 123, note R. Lindon.

[22] † *C. trav.*, art. L. 412-8, al. 4.

[23] † Crim. 27 nov. 1973 (Cassagnol), *B. crim.*, n° 437, p. 1087.

[24] † *Comp. C. trav.*, art. L. 412-6 ancien, et l'actuel art. L. 412-7.

[25] † *C. trav.*, art. L. 412-17.

[26] † Ainsi, la diffusion des publications et tracts de nature syndicale ayant été autorisée dans l'entreprise par la loi du 27 décembre 1968, certaines entreprises prétendirent en cantonner la pratique aux approches des portes de l'entreprise, amenant la Chambre criminelle de la Cour de cassation à préciser que la loi autorisant cette diffusion dans l'enceinte de l'entreprise n'imposait pas qu'elle « ne se fasse qu'à proximité immédiate du point de franchissement de cette enceinte » (Crim. 30 janv. 1973, *B. crim.*, n° 64, p. 132).

[27] † V. l'analyse critique de cette jurisprudence par H. Sinay et J.-C. Javillier, *La grève*, *op. cit.*, n° 105 s., p. 170 s.

[28] † *C. trav.*, art. L. 412-8, al. 4.

[29] † *C. trav.*, art. L. 412-10, al. 4.

[30] † *V. C. trav.*, art. L. 412-17, al. 3. et J.-M. Verdier, *op. cit.*, n° 206 s.

[31] † *C. trav.*, art. L. 412-7.

[32] † *C. trav.*, art. L. 412-17, al. 3. Il s'agit bien sur de contacts verbaux, cette disposition visant à mettre fin à la jurisprudence dite du « delegate muet » (v. Crim. 9 nov. 1971 (Lacquemanne), *D.*, 1972, J., 334, obs. J.-M. Verdier ; *JCP*, 1972, II, 16970, obs. J. Pélissier).

[33] † *C. trav.*, art. L. 461-2.

[34] † *C. trav.*, art. L. 412-17 préc.

[35] † *C. trav.*, art. L. 461-1, al. 1.

[36] † V. J. Bué, « L'expression des salariés avant la loi du 4 août 1982 : les expériences d'initiative patronale », *Travail et Emploi*, 1985, n° 23, p. 55 ; S. Séchaud, « Les pratiques relatives à l'expression des salariés », *Travail et Emploi*, 1988, n° 38, p. 96.

[37] † *V. supra*, chap. préliminaire et chap. 1.

[38] † J. Rivero, « Les libertés publiques dans l'entreprise », art. cité, p. 421 s. Cet auteur définit les libertés publiques comme « des pouvoirs d'autodétermination consacrés par le droit positif ». J.-M. Verdier, « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.*, 1988, Chr. p. 63 ; G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport au Min. du Trav., Paris, La Doc. fr., 1992.

[39] † V. J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. Soc.*, 1990, p. 49 s. Rapp. B. Teyssié, « Personnes, entreprises et relations de travail », *Dr. Soc.*, 1988, p. 374 s.

[40] † Rapport au Président de la République, Paris, La Doc. fr., 1981.

[41] † Le problème particulier de la protection des libertés en matière d'informatique est un bel exemple de cette nécessité du principe Tiers (ici le tiers est la CNIL) pour assurer la protection de la personne dans l'entreprise. Sur cette question v. C. Lenoir et B. Wallon, « Informatique, travail et libertés », *Dr. Soc.*, 1988, p. 214-241 ; A. Mole, « Informatique et libertés du travail », *Dr. Soc.*, 1990, 59, et du même auteur, « Au delà de la loi informatique et libertés », *Dr. Soc.*, 1992, 603 ; J. Frayssinet, « Nouvelles technologies et protection des libertés

dans l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1992, 596.

[42] † *C. trav.*, art. L. 122-35. Cette formule s'inspire de la jurisprudence du Conseil d'Etat : C.E. 1^{er} fév. 1980 (Peintures Corona), *Dr. Soc.*, 1980, 310, concl. A. Bacquet.

[43] † Cass. Ch. mixte, 17 oct. 1975, *D.*, 1976, J., 511, note Guiho, *JCP*, 1976, II, 18238, obs. Lindon ; Cass. Ass. plén. 19 mai 1978, *D.*, 1978, concl. R. Schmelk, *JCP*, 1979, II, 19009 rapp. Sauvageot, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, 665, obs. G. Cornu.

[44] † Le travailleur, tel qu'il peut être pris en considération par l'employeur, est un être biologiquement et sociologiquement neutre, qui n'a ni sexe, ni racines. C'est ce refoulement du sexe ou des origines hors de l'entreprise que protège ici la liberté individuelle, ce qui ne signifie nullement que le salarié recevrait licence d'y affirmer par exemple activement son identité sexuelle (cf. l'interdiction du harcèlement sexuel, *C. trav.*, art. L. 122-46 s.).

[45] † Sur les problèmes soulevés par le SIDA, v. l'arrêt rendu dans l'affaire du sacristain du Chardonnet Soc., 17 avr. 1991, *Dr. Soc.*, 1991, 485, ss. obs. J. Savatier ; *D.*, Berra, *Aspects juridiques des problèmes posés par le sida dans les relations de travail* ; Lamy, *Semaine Sociale* supt au n° 416, du 4/7/1988 ; Ph. Auvergnon (dir.), *Le droit social à l'épreuve du sida*, Bordeaux, Ed. de la MSH d'Aquitaine, 1992.

[46] † V. sur les discussions politiques et religieuses dans l'entreprise : Soc. 14 oct. 1970, Epoux Bondu, *D.*, 1971, J., 53 ; C.E. 25 janv. 1989, Société Industrielle teintures et Apprêts, *RJS*, 5/1989, n° 423.

[47] † Soc. 17 avr. 1991, Association fraternité Saint Pie X, *Dr. Soc.*, 1991, 489, ss. art. J. Savatier. Dans cette affaire fameuse, la Cour de cassation entérine la condamnation d'une association catholique intégriste qui avait licencié un sacristain en apprenant son homosexualité, motif pris que l'employeur « s'était borné à mettre en cause les mœurs du salarié, sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association ».

[48] † *V. supra*, chap. 3.

[49] † Pour une vue comparative de cette tendance, v. M. Pedrazzoli, *Lavoro subordinato e dintorni Comparazioni e prospettive*, Bologne, il Mulino, 1989, 329 p.

[50] † H. Groutel, « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Mélanges G.-H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1978, p. 57-58.

[51] † Jurisprudence *Hebdo-presse* : Cass. Ass. plén. 18 juin 1976, *D.*, 1977, J., 1973.

[52] † Cass. Ass. plén. 4 mars 1983, *D.*, 1984, IR, 164.

[53] † Soc. 6 juil. 1981, *Bull. civ.*, V, n° 91, p. 64.

[54] † Soc. 24 fév. 1977, *Bull. civ.*, V, n° 149, p. 116.

[55] † Soc. 7 déc. 1983, *Bull. civ.*, V, n° 592, p. 423.

[56] † Soc. 14 nov. 1984, *Bull. civ.*, V, n° 428, p. 319.

[57] † Comp. les notions italienne de « parasubordination » (M.-V. Ballestrero, « L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato », *Lavoro e diritto*, 1987, p. 41 s.) et allemande de « quasi-salariés » (« *arbeitnehmerähnliche Personen* ») définis par la section 12a de la loi de 1974 sur les conventions collectives « *Tarifsvertragsgesetz* » comme des « *Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen)* ».

[58] † Sur l'évolution de cette question, v. A. Jeammaud, « Le nouveau régime du temps de travail », *Dr. Soc.*, 1982, 305, J. Péliissier et al., *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ?*, Lyon, Ed. légis. et adm., 1986, spéc. p. 127 s. ; F. Favennec-Héry, « La durée et l'aménagement du temps de travail », *ALD*, 1987, 157 ; J.-E. Ray, « La flexibilité du temps de travail », in *Le droit du travail : hier et demain*, Actes du Congr. eur. de dr. du trav., Paris, Soc. de légis. comp., 1990, p. 183-200.

[59] † V. P. Dessen, *Les congés dans l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1988 ; M.-A. Bousiges, *Rep. trav.*,

Dalloz, v° « Congés », 1989.

[60] † Aux congés maternité et congés d'adoption (*C. trav.*, art. L. 122-26), sont venus s'ajouter ces dernières années le congé post-natal (*C. trav.*, art. L. 122-28), le congé parental d'éducation, et la période d'activité à temps partiel (*C. trav.*, art. L. 122-28-1 ; loi du 12 juil. 1977, modif.).

[61] † *C. trav.*, art. L. 931-1 (loi du 16 juil. 1971 modif.) ; v. J.-M. Luttringer, *Le droit de la formation continue*, Paris, Dalloz, 1986, n° 231 s., p. 259 s. ; et du même auteur, « Le crédit formation — loi du 12 juillet 1990 », *Dr. Soc.*, 1991, 326. Les dispositions les plus récentes ouvrent la voie à la participation du salarié au financement de périodes de formation dont il est bénéficiaire : v. J.-M. Luttringer, « L'accord national interprofessionnel du 3 juillet 1991 relatif à la formation et au perfectionnement professionnels », *Dr. Soc.*, 1991, 800.

[62] † *C. trav.*, art. L. 451-1 s. (loi du 23 juillet 1957 sur l'éducation ouvrière modif. par la loi du 30 décembre 1985) ; v. J.-M. Verdier, *op. cit.*, t. 5, vol. 1, n° 163, p. 464 ; V. l'histoire de l'adoption de ce texte in M. David et al., *L'individuel et le collectif dans la formation des travailleurs*, Paris, Economica, 1976, t. 1, p. 50 s. Add. les congés de formation ouverts aux élus au comité d'entreprise, *C. trav.*, art. L. 434-10, loi du 28 oct. 1982), au CHSCT (*C. trav.*, art. L. 236-10 ; loi du 23 déc. 1982 modif.) ou au conseil de prud'hommes (*C. trav.*, art. L. 514-3 ; loi du 18 janv. 1979).

[63] † *C. trav.*, art. L. 225-7 (loi du 25 juil. 1985) et L. 225-8 (loi du 7 août 1991) ; v. aussi les congés pour représentation des associations familiales (*C. fam. et aide soc.*, art. 16 ; loi du 17 janv. 1986) ; v. aussi les dispositions relatives aux candidats à un mandat parlementaire (*C. trav.*, art. L. 122-24-1), aux élus locaux (*C. communes*, art. L. 121-24), aux administrateurs de la sécurité sociale (*C. séc. soc.*, art. L. 231-9), etc.

[64] † *C. trav.*, art. L. 931-13 (loi du 23 déc. 1985) ; v. O. Guillemonat, « La participation des salariés à des missions d'enseignement », *Savoir*, 1991, 643 ; v. aussi les congés de formation de cadres et d'animateurs de la jeunesse, *C. trav.*, art. L. 225-1 (loi du 29 déc. 1961), les congés pour participation à un jury d'examen (*C. trav.*, art. L. 991-8).

[65] † *C. trav.*, art. L. 122-32-12 (loi du 3 janv. 1984).

[66] † Loi n° 82-600 du 13 juil. 1982, *D.*, 1982, 329.

[67] † *C. trav.*, art. L. 514-1 (conseillers prud'hommes) ; *C. séc. soc.*, art. L. 142-5 (tribunaux des aff. de la séc. soc). Sur l'importance de cette fonction, v. N. Marseau-Le Corre, *Les juges non professionnels en droit judiciaire privé*, th., Nantes, 1992.

[68] † *C. trav.*, art. L. 122-32-17 (loi du 3 janv. 1984).

[69] † *V. supra*, chap. 2.

[70] † Ce paragraphe est une brève synthèse d'analyses développées in « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise » (*Dr. Soc.*, 1989, 195 s.) et « La réglementation patronale de l'entreprise » (*Dr. Soc.*, 1992, 215 s.).

[71] † Sur cette notion de « déréglementation » v. *infra*, chap. 5.

[72] † A. Lyon-Caen et A. Jeammaud (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Arles, Actes Sud, 1986 ; G. Lyon-Caen « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. Soc.*, 1985, 801 ; J.-C. Javillier, « Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales », *Dr. Soc.*, 1986, 56 ; A. Jeammaud, « Flexibilité : le procès du droit du travail », in J. Péliissier et al., *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 23-54.

[73] † V. C. Baudelot et R. Establet, *Le niveau monte*, Paris, Seuil, 1988, 198 p.

[74] † V. M. Crozier, *Etat modeste, Etat moderne*, Paris, Fayard, 1987, 317 p.

[75] † Sur ce concept, et sa dilution actuelle dans le vocabulaire politique, v. J. Chevalier et al., *La société civile*, Paris, PUF, 1986, 260 p.

[76] † V., outre l'ouvrage de référence de M.-A. Rothschild-Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th., Univ. de Paris-I, 1986, 1795 p., Y. Chalaron, *Négociations et accords*

collectifs d'entreprise, Paris, Litec, 1990, 429 p. ; M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1989, 586 p. ; pour une approche comparative, v. *Pratique et perspectives de la négociation européenne*, Paris, Min. du Trav., La Doc. fr. 1989, 131 p. ; F. Kessler, *Le droit des conventions collectives de travail en Allemagne*, Francfort, Peter Lang, 1988, 666 p.

[77] † Cf. M.-A. Rothschild-Souriac, th. citée, p. 122 s.

[78] † V. J.-P. Chauchard, *La conception française de la négociation et de la convention collective de travail*, th., Univ. de Paris-I, 1984, dactyl. 609 + LXI p.

[79] † C. trav., art. L. 132-12 et L. 132-27.

[80] † V. N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, th., Strasbourg, 1979, Paris, LGDJ, 1980, p. 52 s.

[81] † C. trav., art. L. 132-26.

[82] † Ord. du 23 septembre 1967 : C. trav., anc. art. L. 133-5 v. « La réduction conventionnelle de la durée du travail », *Dr. Soc.*, 1981, 448, n° 27.

[83] † V. A. Jemmaud, « Le nouveau régime du temps de travail », *Dr. Soc.*, 1982, 305, spéc. n° 32 s.

[84] † V. F. Favennec-Héry, « La durée et l'aménagement du temps de travail », art. cité, 1987 ; J.-E. Ray, « Les accords sur le temps de travail », *Dr. Soc.*, 1988, 99.

[85] † Les techniques d'annualisation du temps de travail adoptées depuis la loi Delebarre évincent le principe de la majoration des heures supplémentaires.

[86] † C. trav., art. L. 132-26 ; v. J.-E. Ray, art. cité, p. 106 s. ; sur les faiblesses de ce système, dues notamment à la compétence juridique qu'il requiert des délégués syndicaux, v. M.-A. Rothschild, th. citée, p. 639 s.

[87] † V. R. Soubie, « Quelques observations sur les accords "donnant-donnant" », *Dr. Soc.*, 1985, 614 ; J.-C. Javillier, « Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération », *Dr. Soc.*, 1988, 68, spéc. n° 22 s. Sur ce caractère synallagmatique des conventions collectives, et ses limites, comp. les analyses de J.-P. Chauchard, th. citée, p. 292 s., et de M.-A. Rothschild-Souriac, th. citée, p. 972 s.

[88] † Cf. J.-C. Javillier, art. cité, *Dr. Soc.*, 1986, 56.

[89] † Notamment les associations « Entreprise et Progrès » (*Le contrat collectif d'entreprise*, fév. 1985, v. *Liaisons sociales* 1985, Doct. v. n° 27/85), et « Echanges et Projets » (*Pour une reprise du dialogue social*, n° 41, mars 1985) et l'ETHIC, etc. V. dans le même sens les Actes du colloque *Faut-il brûler le code du travail ?* Fac. Droit Montpellier, 25 avr. 1986, reproduits in *Droit Social*, 1986, p. 549 s. et spéc. les contributions de J. Barthélémy (p. 597 s.), et de J.-C. Guibal (p. 602 s.) ; et pour une critique de cette idée : G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », art. cité, spéc. n° 29, p. 810 ; G. Bélier, « Les dérogations au droit du travail dans de nouveaux contrats d'entreprise : réflexions critiques sur certains projets », *Dr. Soc.*, 1986, 49 ; R. Pascré, « Le "contrat collectif d'entreprise" dévastateur », *Dr. Ouvr.*, 1986, 266.

[90] † L'économie d'un tel contrat collectif a pu être résumée de la manière suivante :

« Négocié et signé par deux partenaires responsables, la direction d'une part et les représentants élus des salariés d'autre part, il établit une relation synallagmatique entre les deux parties (...) Optionnel, c'est-à-dire laissé, quant à sa négociation, à la libre initiative des parties, et quant à sa signature, à leur appréciation des avantages qu'il présente pour chacune d'elles, il peut déroger aux dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles de branche. En son absence, direction et salariés restent sous l'empire de celles-ci. Ainsi, chaque entreprise peut convenir, à l'issue d'une négociation globale et équilibrée, d'instituer pour une durée déterminée, en matière d'organisation et de conditions de travail, des règles qui lui soient spécifiques et qui concilient, au plus près des réalités, ses contraintes économiques et les aspirations sociales de ses salariés (J.-C. Guibal, « Point de vue : Plaidoyer pour un contrat

collectif d'entreprise », art. cité, p. 602-603).

[91] † C. trav., art. L. 122-33 s. V. B. Soinnie, « Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur », *Dr. Soc.*, 1983, p. 509-519, et sur la situation antérieure, du même auteur *L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise*, Paris, LGDJ, 1970, 207 p.

[92] † Cf. « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1992, 215.

[93] † C. trav., art. L. 122-34 ; sur l'effet impératif du règlement à l'égard des non-salariés de l'entreprise, v. CE 4 mai 1988 (S.A. Bopp, Dintzer, Wagner et Cie), *Rec.*, Tables, p. 1044 ; *D.*, 1990, som. 134, obs. D. Chelle et X. Prétot ; CE 12 nov. 1990 (Sté Atochem), *RJS*, 2/91, n° 174.

[94] † Soc. 25 sept. 1991, Sté Unigrain, *Dr. Soc.*, 1992, 27, ss. obs. J. Savatier.

[95] † Sur ces normes, v. *infra*, chap. 6.

[96] † Les réformes elles-mêmes, par un louable souci de réalisme, n'excluaient pas des chevauchements du négociable et du décidable. Et la loi a eu recours à des notions hybrides pour pallier un éventuel échec de la négociation (procès-verbal de désaccord), pour organiser le choix des salariés licenciés pour motif économique (critère de fixation de l'ordre des licenciements), ou pour encourager une gestion prévisionnelle dans l'entreprise (recours à la notion de plan : plan social, plan de formation, plan d'égalité professionnelle, plan d'hygiène et de sécurité, etc.).

[97] † Soc. 19 déc. 1990 (GIE Lafarge Coppee Recherche), *RJS*, 2/91, n° 224.

[98] † V. Soc. 23 oct. 1991 (S.A. Hôtel de France), *Dr. Soc.*, 1991, 960, qui donne force à un accord atypique en ce qu'il contenait « un engagement de l'employeur envers ses salariés ». Sur le renouveau actuel de cette notion, v. M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th., Univ. d'Aix-Marseille, 1989, dactyl. 512 p. Et sur son application en droit du travail, M. Vericel, « Sur le pouvoir normateur de l'entreprise », *Dr. Soc.*, 1991, p. 120-125.

[99] † Sur l'impossibilité de suppléer un accord dérogatoire par un accord atypique, v. Crim. 5 déc. 1989 (Le Merrer), *B. crim.*, n° 466, p. 1138 ; et Crim. 22 janv. 1991 (Boutet), *RJS*, 4/91, n° 473.

[100] † Soc. 19 déc. 1990 (GIE Lafarge Coppee Recherche), cité.

[101] † Cf. G. et A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Lib. tech., 1978, 599.

[102] † J. K. Galbraith, *Economics and the public purpose*, Boston, Houghton Mifflin, 1973, trad. fr. *La science économique et l'intérêt général*, Paris, Gallimard, 1974, spec. p. 107 s.

[103] † G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1951, n° 135.

[104] † *Ibid.*, n° 119 s.

[105] † P. Durand, « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1948, 45.

[106] † V. M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957 ; A. Brun, « Le lien d'entreprise », *JCP*, 1962, II, 1719 ; C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962 ; J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967.

[107] † Cf. « A propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Eglise », *Dr. Soc.*, 1991, 916 ; V. le recueil des encycliques sociales (hormis *Centesimus Annus* publiée aux éditions Médiaspaul, Cité du Vatican, 1991, 95 p.) établi et présenté par D. Maugenest, *Le discours social de l'Eglise catholique, de Léon XIII à Jean-Paul II*, Paris, Centurion, 1985, 806 p.

[108] † V. *supra*, chap. préliminaire.

[109] † Cf. G. Lyon-Caen, « La concentration du capital et le droit du travail », *Dr. Soc.*, 1983, 287.

[110] † Cf., pour une vue comparative, *L'évolution des formes d'emploi*, Paris, Min. du Trav., La Doc. fr., 1988, 585 p.

- [111] † Cf. I. Vacarie, *L'employeur*, Paris, Sirey, 1979, 275 p.
- [112] † V. « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *Rev. trim. dr. com.*, 1985, 621. ; A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Dr. Soc.*, 1988, 583, spéc. n° 24 s.
- [113] † Sur la notion de paradigme dans le sens où elle est employée ici, v. T. S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, Chicago, 1962 ; trad. fr. *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983, 284 p. Kuhn définissant lui-même cette notion par analogie avec la jurisprudence comprise comme « objet destiné à être ajusté et précisé dans des conditions nouvelles ou plus strictes » (*op. cit.*, p. 45), il est permis de présumer de sa fécondité dans le domaine juridique.
- [114] † Cf. R. De Lestang, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. Soc.*, n° spéc., avr. 1979, 5 ; J. Savatier, « L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes », *Dr. Soc.*, 1986, 11.
- [115] † Sur cette notion, v. *supra*, et Th. Aubert-Montpeyssen, *Subordination juridique et relation de travail*, th. cité, p. 240 s.
- [116] † *C. trav.*, art. L. 122-12 ; *Dir. eur.*, n° 87-187 du 14 fév. 1977.
- [117] † *C. trav.*, art. L. 122-14-8 ; cf. A. Lyon-Caen, « La mise à disposition internationale de salarié », *Dr. Soc.*, 1981, 747 ; I. Vacarie, « La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés », *Dr. Soc.*, 1989, 462 ; F. Gaudu, « Le retour du salarié », *Dr. Soc.*, 1991, 906.
- [118] † Soc. 20 fév. 1991, *B. civ.*, V, n° 86, p. 53 ; Soc. 25 juin 1992, *RJS*, 1992, n° 980, p. 547.
- [119] † Cf. M.-A. Moreau-Bourlès « L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés », *Dr. Soc.*, 1986, 23 ; J. Déprez, « La loi applicable au contrat de travail international », *Dr. Soc.*, 1991, 21 ; et les contributions de H. Synvet et de G. Couturier au colloque de Montpellier sur l'expatriation des salariés à l'étranger, *Dr. Soc.*, 1991, p. 836 s. et p. 843 s. Add. Ph. Coursier, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, th., Montpellier, LGDJ, 1993, 338 p.
- [120] † *C. trav.*, art. L. 439-1 s. ; v. M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1991.
- [121] † V. *Les restructurations, Droit Social*, n° spéc. janv. 1989.
- [122] † Cf. Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, *op. cit.*, p. 640 s.
- [123] † Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, liv. XX, chap. 12.
- [124] † CJCE 10 fév. 1988, Tellerup, *Dr. Soc.*, 1988, 455, concl. Darmon, note Couturier ; Ass. plén. 16 mars 1990, *Dr. Soc.*, 1990, 399, concl. Dontenwille, note Couturier.
- [125] † *C. trav.*, art. L. 321-5 ; v. A. Lyon-Caen, « La conversion : nouvelles orientations », *Dr. Soc.*, 1987, 241.
- [126] † *C. trav.*, art. L. 321-1-1 ; v. plus généralement sur la prise en considération des salariés « fragilisés » F. Favennec-Héry « Le droit et la gestion des départs », *Dr. Soc.*, 1992, 581.
- [127] † Soc. 25 fév. 1992, Expovit, *Dr. Soc.*, 1992, 379 ; v. A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.*, 1992, 573.

Troisième partie : Le légal et le normal

Présentation

La définition de la règle de droit se présente sous un jour renouvelé dans des sociétés mues par le progrès scientifique et technique. Car ce progrès conduit inexorablement à une profusion de « normes », que le système juridique ne peut ni ignorer, ni reconnaître pour siennes [1]. La question du rapport des règles juridiques et des normes véhiculées par les sciences exactes ou les sciences sociales se trouve ainsi posée depuis deux siècles. Sa réponse a été dominée par l'utopie saint-simonienne d'une substitution de l'administration des choses au gouvernement des hommes [2]. Comme l'a montré Georges Canguilhem, il n'y a pas de ce point de vue de différence entre la naissance de la grammaire en France au xvii^e siècle, l'institution du système métrique à la fin du xviii^e siècle et la création des organismes de normalisation dans la première moitié du xx^e siècle : car, dans un système donné, les normes techniques, économiques et juridiques sont relatives les unes aux autres [3]. Il n'y a donc pas de solution de continuité entre le projet de maîtriser la nature au moyen de normes techniques et celui d'organiser les relations humaines sur la base de la connaissance scientifique des lois de l'économie et de la société. Depuis Saint-Simon, du positivisme comtien et du marxisme jusqu'aux idéaux gestionnaires contemporains (ceux de la gestion des ressources humaines notamment), court la même idée de soumission de la règle juridique à la rationalité scientifique et technique. Cette soumission s'exprime dans l'incorporation à l'ordre juridique d'un nombre toujours croissant de normes ou de concepts issus de la technologie ou des sciences économiques et sociales. Et elle explique le règne du positivisme et du fonctionnalisme dans la pensée juridique contemporaine. En bornant leur horizon au domaine des règles positives, et en rapportant l'analyse de ces règles aux fonctions économiques et sociales qu'elles sont censées remplir, les juristes n'ont fait qu'acclimater à leur objet le modèle scientifique et

technique. Dans cette perspective instrumentale du droit, la règle juridique est perçue comme la simple mise en forme d'une « régulation » économique et sociale, qui tire sa légitimité d'un savoir objectif sur la nature et la société.

La définition des règles applicables à la relation de travail se trouve concernée au premier chef par cette perspective normalisatrice, puisque le travail implique à la fois un rapport social et un rapport à la nature. On pourrait s'en réjouir si l'on parvenait à se convaincre que le travail humain, cessant d'être un lieu d'affrontement entre les hommes, était devenu un objet paisible d'administration des choses. Car c'est alors de la nature des choses, scientifiquement révélée, que se déduiraient les règles. Cette tendance est déjà bien présente dans notre droit, que l'on adosse par exemple volontiers sur le discours économique. Non seulement ce discours repose sur des catégories de pensée — par exemple les catégories de chômeur [4], ou d'entreprise [5] — qui sont en elles-mêmes normatives, mais il promulgue plus généralement, au nom de la Science, des lois — les lois du Marché — d'où l'on prétend déduire des lois positives. Les juristes peuvent donc être tentés de fonder le droit du travail sur cette Normativité économique et de faire ainsi l'économie d'une réflexion propre sur les valeurs fondatrices du Droit.

Mais ils auront du mal à trouver durablement le sommeil sur le mol oreiller de la pensée économique. La normativité économique n'est pas en effet la seule à régir le travail humain. Il faut aussi compter avec les normes de la nature : celles de la biologie ou de la physique qui imposent par exemple la succession du repos et de l'effort, du jour et de la nuit (ne peut-on soutenir que le droit au repos nocturne est en ce sens un droit naturel ?), de la croissance, de la reproduction et du vieillissement (qui affectent la capacité de travail), des saisons (qui affectent nombre d'activités non agricoles : habillement, loisirs, transports), etc. Et il faut aussi tenir compte des mœurs et de la morale qui, dans une société ou une profession donnée, définissent par exemple les rapports entre vie privée et vie professionnelle,

impriment fortement la manière de travailler ensemble, et rendent compréhensibles les différences qui séparent les droits du travail de pays pourtant voisins sur les plans géographique et économique. Bref, le Droit a affaire à une multitude de normes non juridiques qu'il ne peut ni ignorer ni reconnaître pour siennes.

Se trouve ainsi posée la question des rapports entre le légal et le normal dans la définition de la relation de travail. Le légal est entendu ici dans son sens le plus large : est légal ce qui est conforme au système juridique. Et le normal est entendu sous le sens équivoque que souligne Canguilhem : le terme désigne dans son emploi scientifique ou technique à la fois un fait et une valeur attribuée à ce fait, un constat et un impératif [6]. Cette terminologie pourra être critiquée au motif que les notions de loi et de norme sont souvent tenues pour équivalentes. Mais c'est précisément cette équivalence qui fait problème, et c'est ce problème qu'il s'agit de poser ici. Cette entreprise sera conduite en deux étapes. Il faudra tout d'abord retracer les procès qui ont pu être explicitement intentés au droit du travail, au nom d'autres formes de normativité (chapitre 5). Il faudra ensuite examiner les figures de la norme qui se trouvent pratiquement en concours avec la loi dans la relation de travail (chapitre 6).

Notes du chapitre

[1] † Ce développement des normes techniques a pris son essor au XVIII^e s. G. Canguilhem en donne pour prémisse l'article « Affût » de l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, article revu par le Corps royal d'artillerie, et qui « contient presque tous les concepts utilisés dans un traité moderne de normalisation, au terme de norme près » (G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 3^e éd. 1975, p. 182). La première occurrence du mot « Normal » date de 1759, et celle de « normalisé » de 1834.

[2] † « Dans l'ancien système, écrit Saint-Simon, la société est essentiellement gouvernée par les hommes ; dans le nouveau elle n'est plus gouvernée que par des principes », in *L'organisateur*, Œuvres complètes, Paris, Anthropos, t. 2, p. 197. Sur le thème de l'administration des choses, v. P. Ansard, *Sociologie de Saint-Simon*, Paris, PUF, 1970, spéc. p. 126 s. Et sur son rôle fondateur en sociologie, E. Durkheim, « Saint-Simon fondateur du positivisme et de la sociologie », *Rev. philosophique*, XCIX, 1925.

[3] † *Le normal et le pathologique*, *op. cit.*, p. 181 s.

[4] † Les plus fins économistes sont les premiers à mettre en évidence cette dimension normative de leurs catégories de pensée : v. R. Salais, N. Baverez et B. Reynaud, *L'invention du chômage*, Paris, PUF, 1986, 267 p. ; B. Reynaud, *Le salaire, la règle et le marché*, Paris, C. Bourgois, 1992, 215 p.

[5] † Sur l'incorporation juridique de cette notion, v. *supra*, chap. 4.

[6] † G. Canguilhem, *op. cit.*, p. 77 s.

Chapitre V. La loi en procès

Faire le procès du droit a pendant longtemps constitué en France une spécialité marxiste, qui n'a d'ailleurs gagné que fort tardivement (après 1968) les facultés de droit. Faire le procès du droit du travail, et du droit social en général, est devenu durant les années quatre-vingt l'un des axes d'un discours économique libéral, venu d'outre-Manche et d'outre-Atlantique, et qui a fait en France de nombreux adeptes [1]. Sans doute n'est-ce pas exactement la même chose d'aspirer au dépérissement du droit et de rêver de « délégalisation » ou de « déréglementation ». Ce n'est pas la même chose en effet du point de vue politique ou économique, mais du point de vue juridique il s'agit bien dans les deux cas d'une mise en question de la légitimité de la règle de droit, d'une interrogation de la notion de légalité [2]. Dans la période récente, ce thème de la délégalisation a été principalement véhiculé par un discours de type économique. C'est spécialement vrai en France où il est apparu d'une part sous la forme de la dénonciation du carcan juridique qui étranglerait lentement la liberté d'entreprise, et d'autre part sous les espèces théoriques de divers ouvrages dont les plus importants sont ceux de Friedrich Hayek [3], ouvrages qui ont en commun de se situer dans une perspective d'économie politique. Les termes de « déréglementation » ou de « délégalisation » ne sont donc pas des concepts juridiques, mais plutôt des notions à la mode, issues du vocabulaire économique et politique, et qui doivent une part de leur succès à leur imprécision. A s'attacher au sens des mots, on pourrait croire qu'ils désignent une politique de suppression des règlements ou des lois. Or l'observation la plus superficielle suffit à montrer que les politiques de déréglementation n'ont jamais conduit à une réduction quantitative du nombre de règles, et qu'elles ont même souvent contribué, comme ce fut le cas en France, à en augmenter le nombre. On peut alors être tenté d'identifier la « déréglementation » au contenu des lois qui sont

adoptées en son nom. Mais ce pragmatisme risque de réserver bien des désillusions. Tout d'abord parce que des étiquettes différentes (citoyenneté des travailleurs dans l'entreprise d'un côté, déréglementation de l'autre) ont servi à désigner des orientations législatives extrêmement voisines (par exemple la promotion de la négociation collective). Et parce qu'à l'inverse une politique peut se proclamer déréglementariste, tout en maintenant soigneusement les règlements qui garantissent à ses soutiens électoraux de lucratifs marchés protégés [4]. Dans le domaine des relations de travail, la notion de déréglementation paraît d'autant plus inappropriée que les chefs d'entreprise disposent de la faculté d'imposer leurs propres normes à leurs salariés. Si la déréglementation se bornait pour l'Etat à supprimer ses règlements, cela reviendrait à élargir d'autant le champ de cette réglementation patronale. Déréglementer, ce n'est donc pas cesser de réglementer, mais c'est choisir de réglementer autrement. Aussi s'en tiendra-t-on ici au versant théorique de la critique de la légalité en droit du travail, et non pas à l'examen pratique des réformes du droit du travail que cette critique a pu susciter. Le droit du travail présente l'avantage d'être une branche du droit qui, tout en ayant partie liée avec la légalité « bourgeoise », est en même temps l'une des cibles privilégiées des théoriciens de la déréglementation. On peut donc espérer y saisir sur le fait aussi bien la critique marxiste que la critique libérale de la légalisation. Il est vrai que ce ne sont pas les mêmes aspects du droit du travail qui se trouvent critiqués dans les deux cas. Il semblerait même à première vue possible de distinguer nettement deux parts dans ce droit : une part d'inspiration libérale, articulée sur les concepts de propriété et de contrat, et une part d'interventionnisme étatique incluant les droits collectifs (droit syndical, droit de grève...) et les normes de protection individuelle du salarié (salaires minima, durée maxima du travail, hygiène et sécurité...). De sorte que sous son apparente unité le droit du travail recouvrirait en fait deux logiques juridiques radicalement opposées [5], et que ce serait jouer sur les mots que de rapprocher

ainsi la critique marxiste — qui ne viserait que la part libérale du droit du travail — et la critique libérale qui ne s'attaquerait qu'à sa part interventionniste.

Les choses sont en réalité plus compliquées, car, d'un côté comme de l'autre, c'est la légitimité même du droit social qui se trouve mise en cause, soit au nom d'une critique radicale de la forme juridique, telle que développée par les émules de Pasukanis [6], soit au nom d'une critique non moins radicale du projet de justice sociale, telle que la développe Hayek. La distinction de ces deux critiques ne correspond donc pas à des distinctions internes au droit du travail, mais bien à une analyse opposée du droit et de la légalité. Pour les uns, le droit du travail doit être critiqué parce qu'il n'est pas différent du reste du droit, *parce qu'il est du droit*. Pour les autres, au contraire, il doit être critiqué parce *qu'il n'est pas vraiment du droit*, parce qu'il ne répond pas aux exigences logico-formelles de la définition du droit. Si bien que l'analyse de ces critiques renvoie nécessairement à celle de la spécificité — niée par les uns, affirmée par les autres — des formes juridiques du droit du travail.

Pour instruire — à charge et à décharge — le procès de la loi dans le domaine des relations de travail, il faut commencer par interroger les traits spécifiques de la légalisation de la relation du travail (section 1). C'est seulement à partir d'une telle étude qu'il devient possible de mesurer ce qui sépare (section 2) et ce qui unit (section 3) ces deux formes de remise en cause du droit du travail.

I - La légalité au travail

La soumission de la relation de travail salarié au principe de légalité n'est pas allée de soi. Elle résulte d'un processus de légalisation original, qui a largement résulté de l'observation des faits sociaux, et, si l'on peut dire, de la révolte de ces faits contre l'ignorance où les tenait le droit civil. De cette enfance à part, le droit du travail a conservé un caractère qui le démarque fortement des autres branches du droit privé.

A - Droit du travail et faits sociaux

La sociologie veillait déjà sur le berceau du droit du travail. Pour la première fois dans l'histoire du droit, l'appréhension juridique d'une relation sociale s'est trouvée précédée par la connaissance sociologique de cette relation. Ce fait suffirait à distinguer radicalement le droit du travail du droit civil. Le code civil, quelles que soient ses racines historiques et idéologiques [7], s'est donné comme une œuvre de la Raison. Il se présente comme une axiomatique, tableau de pensée déduisant à partir de quelques postulats (la famille, la propriété, le contrat...) l'ensemble des règles de droit applicables à la société civile. L'approche sociologique des matières qu'il traite ne sera entreprise que beaucoup plus tard, et l'incidence de cette connaissance sociologique sur le droit sera plus tardive encore. En ce qui concerne par exemple la famille, ce n'est en France qu'à partir des années 1960 que l'œuvre législative intégrera certaines données sociologiques [8].

C'est exactement le contraire qui se passe dans le cas de la relation de travail. Le prolétaire n'est pas pensé juridiquement par le code civil, il en est même *absent* [9]. Ainsi exclu de la rationalité juridique [10], il se trouve en revanche au centre des premières recherches sociologiques. Ces premières recherches se voulaient en effet œuvres de physiologie

sociale, et s'attachaient à dépister les causes des dysfonctionnements sociaux, au premier rang desquels le crime et la maladie [11]. Ce faisant elles conduisirent inévitablement à la mise en évidence du poids des déterminations sociales dans la criminalité et la morbidité, c'est-à-dire du poids de la misère ouvrière. La classe ouvrière a donc très tôt constitué en elle-même un objet d'enquêtes, du type de celles de Villermé [12] ou de Guépin [13]. Soit qu'elles en procèdent, soit qu'elles y concourent, ces enquêtes sont étroitement liées à la remise en cause du modèle atomistique et individualiste de la société libérale [14] dont le code civil opère la systématisation juridique [15]. Face au constat accablant de la prolétarisation misérable de masses humaines surexploitées, les principes juridiques d'égalité et de responsabilité ne pouvaient apparaître que comme de monstrueuses fictions n'ayant pas d'autre objet que de masquer l'oppression subie par le plus grand nombre. La science ferait tomber ce masque en montrant que le droit, tout comme la religion, n'est qu'une technique de magie sociale au service des dominants, une escroquerie métaphysique [16]. Deux réactions se font jour alors, dont le fil peut être suivi jusqu'à nos jours.

La première est le rejet du droit, condamné irrévocablement par ceux qui visent à établir les rapports sociaux sur la base de leur connaissance « scientifique », dans la ligne tracée par Auguste Comte, ou par Marx. Auguste Comte écrit ainsi : « Les droits quelconques supposent nécessairement une source surnaturelle qui peut seule les soustraire à la discussion humaine (...) Le positivisme n'admet que des devoirs, chez tous envers tous. Car *son point de vue toujours social* ne peut comporter aucune notion de droit, constamment fondée sur l'individualité (...). Tout droit humain est (...) absurde autant qu'immoral. Puisqu'il n'existe plus de droits divins, cette notion doit s'effacer complètement, comme purement relative au régime préliminaire et directement incompatible avec l'état final, qui *n'admet que des devoirs d'après les fonctions* » [17]. Cette opinion a connu, sous des variantes diverses, un succès extraordinaire ; et sa dimension

métaphysique continue de disqualifier le Droit (et les juristes) aux yeux des savants les plus vénérés des sciences sociales françaises [18]. Les plus aimables l'ignorent, tel Fernand Braudel lorsqu'il plaide pour l'unité des sciences humaines [19] et convoque (autour de l'historien) l'économiste, le sociologue, le géographe, l'anthropologue, le psychologue, l'ethnologue, le linguiste... mais pas le juriste, qui restera donc à la porte de la Maison des Sciences de l'Homme. D'autres sont plus explicites, tel Claude Lévi-Strauss qui ne voit dans le droit qu'une « forme assez basse de technologie » et estime que les juristes, à l'instar des théologiens, « traitent un système artificiel comme s'il était réel » [20], ou Pierre Bourdieu qui reproche à Max Weber de n'avoir pas compris que « le droit le plus rigoureusement rationalisé n'est jamais qu'un acte de magie sociale qui réussit » [21]. Jusqu'à une date très récente, il n'y a guère dans le milieu parisien des sciences sociales que Michel Foucault pour avoir considéré que l'étude du Droit participait du savoir sur l'Homme, renouant ainsi avec la tradition intellectuelle inaugurée en France par des auteurs comme Durkheim ou Mauss.

La seconde réaction à se faire jour dès le XIX^e siècle est le projet d'édification d'un autre Droit, fondé non pas sur une philosophie ou une métaphysique, mais sur la connaissance des faits sociaux. Les premières lois sociales s'appuient ainsi directement sur le constat sociologique de la déchéance des familles ouvrières [22]. Au droit civil est ainsi opposé un droit « social », au sens large où le définit Gurvitch [23], c'est-à-dire un droit dont le paradigme est le groupe et non pas l'individu [24]. Toute une part du droit du travail répond à ce projet, dont il constitue, avec le droit de la sécurité sociale, la réalisation la plus visible [25]. Il est clair qu'avec un tel droit, c'est une rationalité juridique d'un type nouveau qui fait irruption.

B - Droit du travail et rationalité juridique

Comment caractériser le type particulier de légalité instituée par le droit du travail ? Les typologies de la sociologie wébérienne fournissent ici une première clé d'intelligibilité. Weber distingue, on le sait [26], les droits de type irrationnel et les droits de type rationnel, et, s'agissant de ces derniers, oppose rationalité matérielle et rationalité formelle [27]. Tandis que cette dernière repose sur un ensemble systématique de concepts abstraits créés par la pensée juridique elle-même, les normes auxquelles la rationalité matérielle accorde la prééminence comprennent « des impératifs éthiques, ou des règles utilitaires, des règles d'opportunité ou des maximes politiques qui brisent le formalisme (...) de l'abstraction logique » [28]. Cela ne veut pas dire bien sûr que les concepts mis en œuvre par la rationalité formelle soient totalement coupés de la réalité sociale et en particulier d'un système de valeurs déterminé, mais ils opèrent entre cette réalité et le système juridique une médiation abstraite qui n'existe pas dans une rationalité de type matériel.

Alors que le droit des obligations s'apparente à l'évidence à une rationalité de type formel [29], les premières « lois ouvrières » font resurgir des éléments matériels dans le système juridique. Les concepts propres à cette législation industrielle sont en effet directement issus de la pratique des relations de travail. Ce sont d'abord des *faits* observés et dénoncés par les enquêtes sur la condition ouvrière qui font irruption dans l'ordre juridique. Là où par exemple le droit des obligations ne voyait qu'un échange synallagmatique de prestations entre cocontractants, les premières lois limitant la durée du travail ou organisant un système spécifique de réparation des accidents du travail font apparaître au niveau juridique la place centrale du corps humain dans la relation de travail [30] : corps d'enfants travaillant dans les mines, corps d'ouvriers éventrés par les machines. Le droit du travail va ainsi se constituer progressivement par la systématisation de notions concrètes directement empruntées à la pratique sociale et qui vont devoir s'imposer — en tant que notions juridiques — *contre* les catégories

abstraites du droit civil. La grève contre le concept d'inexécution fautive d'une relation contractuelle ; la convention collective contre le principe de l'effet relatif des contrats ; la réintégration contre la notion de résolution monétaire des obligations de faire, etc. Cette part de la rationalité matérielle dans le processus de législation de la relation de travail explique nombre de traits spécifiques du droit du travail. Elle permet tout d'abord de mieux saisir sa position juridique et sociologique dans le champ juridique. Du point de vue sociologique, cette position ne pouvait qu'être une position basse dans la mesure où le prestige d'une branche du droit est directement proportionnel à son degré de rationalisation formelle. Or non seulement le droit du travail est par essence un droit vulgaire, en ce qu'il s'adresse au vulgaire, au commun des hommes [31], mais encore son faible degré d'abstraction par rapport au social n'est pas de nature à conforter la position haute que les juristes tirent d'une rationalité juridique formelle. A l'université comme au Palais, le droit du travail a donc été reçu, au mieux, avec une condescendance paternaliste, comme droit des pauvres, au pire avec suspicion, comme un droit dont la juridicité serait douteuse. Du point de vue juridique, la combinaison, au sein même du droit du travail de la rationalité matérielle qui lui est propre, et de la rationalité formelle héritée du droit civil, a alimenté un débat interminable sur son « autonomie ». La question des rapports entre le droit civil et le droit du travail a pendant longtemps été empoisonnée par un procès en suspicion. Du côté civiliste, le droit du travail a été soupçonné d'être un droit de classe [32] — celui de la classe ouvrière — qui minerait l'unité du droit civil, et donc de la société civile elle-même ; tandis que du côté « travailliste » était nourri le soupçon inverse, selon lequel c'est le droit civil qui serait un droit de classe : le droit de la classe capitaliste et salariante [33]. Les efforts de la doctrine se sont alors dirigés dans deux directions. Les uns ont cherché à réintégrer la relation de travail dans une rationalité de type logico-formelle, soit en cherchant à y préserver le poids du droit des obligations, soit au contraire en y transposant le concept

d'institution forgé en droit public ou en droit de la famille [34]. Les autres ont entrepris de systématiser la rationalité matérielle inhérente au droit du travail, et d'affirmer ainsi, face à l'axiomatique civiliste, des principes généraux susceptibles de fonder une axiomatique « sociale » [35]. La théorie du conflit des logiques développée par la CFDT dans les années 1970 procédait de la même démarche et a constitué sans doute, d'un point de vue strictement juridique, la conceptualisation la plus claire de l'opposition des rationalités matérielle et formelle dont le droit du travail est le théâtre [36]. Cette part de la rationalité matérielle permet également de mieux comprendre la perception commune du droit du travail. Comme la juridiction prud'homale qui l'applique, c'est un droit plus proche du commun et du sens commun. Faute de cette médiation abstraite qui caractérise la rationalité formelle, il est beaucoup moins distant de la société. Cette proximité du social rend l'autonomie juridique du droit du travail beaucoup plus fragile que celle du droit civil. Il n'est que de comparer les rayons de droit du travail et ceux de droit civil d'une bibliothèque pour saisir cette fragilité [37]. Ici une catégorisation juridique impeccable, des ouvrages réellement inaccessibles aux non-juristes, sur la cause, la fente, la possession d'état ou l'action *de in rem verso*... Là, quantité d'ouvrages qui paraissent relever autant de la sociologie, de l'économie ou de la science politique que du droit. Cette porosité aux autres domaines du savoir vient de ce qu'à la différence du droit des obligations, les concepts du droit de travail ne sont pas seulement les siens. Cela explique qu'il ait constitué un terrain d'élection pour les analyses marxistes. Nulle part ailleurs il ne serait aussi aisé de montrer le droit comme reflet, ruban enregistreur des luttes sociales. Mais cela explique également son peu de légitimité sociale. Chose évidente aussi bien du côté patronal que du côté syndical [38]. Le droit du travail partageant avec les uns et les autres le même vocabulaire, ses dispositions ne sont jamais spontanément référées à une rationalité juridique extrinsèque mais toujours et seulement à une rationalité politique ou idéologique [39]. Plus que

tout autre droit, il est perçu davantage comme un enjeu que comme une règle du jeu.

Cette position de plain-pied avec le social que le droit du travail tire de sa rationalité matérielle permet également de comprendre les rapports extrêmement ambigus qui s'y trouvent entretenus entre les catégories juridiques et les catégories sociologiques. Il ne viendrait à l'idée de personne de prétendre que les notions civilistes de curateur ou de cessionnaire correspondent à une quelconque entité sociologique. Tandis qu'en droit du travail les catégories juridiques sont perçues comme de purs décalques des catégories sociologiques. Par exemple, le concept juridique de salarié est encore perçu spontanément comme l'équivalent de la notion de salarié du sens commun, c'est-à-dire comme recouvrant une population d'ouvriers, d'employés, de petits cadres, bref la classe dominée et laborieuse, voire la classe ouvrière. Cette équivalence est évidemment totalement mensongère : de nombreux dirigeants d'entreprise sont juridiquement des salariés [40], tandis que de nombreux petits employeurs (au sens juridique) appartiennent sociologiquement aux classes dominées [41]. Mais cette équivalence imaginaire n'en produit pas moins des effets : la défense des « droits des salariés » est assimilée dans le langage syndical à celle des « droits des travailleurs », ce qui permet d'occulter totalement les inégalités énormes qui, du point de vue sociologique, séparent ces salariés. Et l'on voit des avocats s'astreindre à ne défendre que des salariés (fussent-ils cadres dirigeants) et refuser de défendre des employeurs (fussent-ils artisans) [42]. La doctrine elle-même n'échappe pas à ce travers et une terminologie sociologique plus ou moins bien maîtrisée tend à se répandre dans l'exposé du droit positif, contribuant ainsi à entretenir la confusion des catégories juridiques et des catégories sociologiques [43]. Si bien que le reproche d'occultation de la réalité des rapports sociaux traditionnellement adressé au droit civil pourrait l'être aussi bien, et même davantage, au droit du travail. A condition que ce reproche ait un sens. Or il n'en a pas, car il présuppose que les catégories juridiques doivent être l'image fidèle (le

reflet !) des catégories sociales. Et tel n'est pas le cas : la rationalité juridique, même de type matériel, est une rationalité autonome par rapport au social, et cette autonomie est de l'essence même d'un droit rationnel [44].

Se dessinent ainsi les particularités de la légalisation de la relation de travail. Procédant d'une sociologie, le droit du travail introduit dans l'ordre juridique une rationalité de type différent, mais qui n'en est pas moins juridique, c'est-à-dire étrangère à la rationalité sociologique ou politique : ses concepts sont directement empruntés au social, mais leur intégration à un ordre juridique les coupe de ces racines sociales. Usant, ou plutôt abusant d'une terminologie de droit commercial, il faudrait dire que le droit du travail se trouve doué à la fois d'une « raison juridique » et d'une « raison sociale ». Cette particularité éclaire les ambiguïtés de la notion de délégalisation en ce domaine.

II - Les critiques de la légalisation

La notion de délégalisation s'articule nécessairement à une critique du droit du travail. Mais cette critique a un contenu différent suivant qu'elle vise la « raison juridique » ou la « raison sociale » de ce droit. Autrement dit, la critique de la légalisation de la relation de travail n'a pas un, mais deux visages, selon que la contestation porte sur la rationalité juridique du droit du travail, ou sur le caractère matériel de cette rationalité.

A - La critique du droit

La critique radicale du droit nous l'avons vu, prend, racine dans le mouvement de pensée qui, durant la première moitié du XIX^e siècle, opère une remise en question du modèle libéral. Elle se trouve aussi bien chez Saint-Simon et Fourier que chez Comte [45]. La réflexion de Marx et d'Engels sur le droit ne fait que s'inscrire dans ce mouvement de pensée.

Ainsi que s'attachera à le rappeler Pasukanis [46], c'est la forme juridique elle-même qui fait l'objet de la critique marxiste, en tant que forme indissolublement liée à la domination de classe, et donc appelée à disparaître avec l'avènement d'une société sans classes : cette disparition du droit fait partie intégrante de l'avenir radieux prophétisé par Marx [47]. Si cette critique s'étend à toutes les formes de droit, elle vise au premier chef la rationalité juridique formelle, à l'œuvre dans la légalité bourgeoise, qui représenterait l'expression la plus achevée du droit en tant qu'instrument de domination de classe. L'objectif final est notamment de briser ce « fétiche » qu'est le droit privé subjectif [48]. Cette thèse est trop connue pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Il est en revanche utile de rappeler les

difficultés qu'a pu soulever son application au droit social. L'analyse par Marx lui-même des premières lois limitant la durée du travail contient déjà en germe toutes les ambiguïtés qui allaient alimenter les controverses entre docteurs du marxisme : « Ces lois réfrèment, écrivait-il, la passion désordonnée du capital à absorber le travail en imposant une limitation officielle à la journée de travail, et cela au nom d'un État gouverné par les capitalistes et les landlords. Sans parler du mouvement des classes ouvrières, de jour en jour plus menaçant, la limitation du travail manufacturier a été dictée par la nécessité, par la même nécessité qui a fait répandre le guano sur les champs de l'Angleterre. La même cupidité aveugle qui épuise le sol attaquait jusqu'à sa racine la force vitale de la nation » [49]. Mais Marx voit également dans ces lois « le résultat d'une guerre civile longue, opiniâtre et plus ou moins dissimulée entre la classe capitaliste et la classe ouvrière » [50]. Il constate également que le Capital se refuse à les appliquer [51], et il appelle de ses vœux leur élargissement [52]. Ainsi donc les lois sociales sont le produit des luttes ouvrières et doivent être défendues à ce titre, mais elles n'en font pas moins partie intégrante de la légalité bourgeoise et devront donc disparaître avec elle. La querelle des épigones naquit de ce que les uns mirent l'accent sur la première proposition et virent dans le droit du travail un « droit, d'intérêt démocratique et populaire », un « contre-droit » [53], tandis que les autres s'attachèrent à la seconde, et affirmèrent qu'« il n'y a pas de "droit du travail" ; il y a du droit bourgeois qui s'ajuste au travail, un point c'est tout » [54]. Vieux débat, aussi vieux que le mouvement ouvrier lui-même [55].

Mais débat vide de sens. Car dans les systèmes occidentaux sa rationalité matérielle place le droit du travail dans une relation de participation conflictuelle avec l'ordre juridique civiliste : il y participe par sa « raison juridique », il s'y oppose par sa « raison sociale ». Dans la terminologie marxiste, sa structure doit donc être dite dialectique [56]. Et dans les systèmes de type soviétique, le projet de dépérissement du droit avait été effectivement réalisé (comme

beaucoup d'autres prophéties marxistes d'ailleurs [57]). Cela certes dans un sens un peu inattendu, mais ce fut le cas aussi de la réalisation des prophéties révolutionnaires de 1789. Ces systèmes ont été en effet caractérisés par une négation de la rationalité juridique. Tel est le sens de la notion de légalité socialiste : « Dissocier le droit et la légalité de l'économie, analyser le système juridique indépendamment des rapports économiques existants, représente (...) une méthode incompatible avec les principes de base de la science juridique soviétique » [58]. En conséquence, l'article 5, al. 1, des *Principes fondamentaux du droit civil de l'URSS* disposait : « Les droits civils sont protégés par la loi, à l'exclusion du cas où ils sont utilisés contrairement à la destination desdits droits dans une société socialiste en période d'édification du communisme ». Des formules du même genre se retrouvaient dans tous les codes socialistes. Par exemple à l'ancien article 8 du code du travail polonais : « Nul ne peut faire usage de son droit d'une manière contraire aux buts socio-économiques de ce droit ou aux *règles de la vie en société* en République populaire de Pologne. Une telle action ou omission n'est pas considérée comme exercice du droit et ne bénéficie pas de protection juridique » [59]. Ces dispositions répondaient exactement au propos de Pasukanis, selon lequel « toute tentative visant à présenter la fonction sociale pour ce qu'elle est, c'est-à-dire simplement comme fonction sociale, et à présenter la norme simplement comme règle organisatrice, signifie la mort de la forme juridique » [60]. Il est dommage que nos docteurs du marxisme, lorsqu'ils rabâchaient la thèse du fétichisme des notions juridiques [61], n'aient pas illustré leurs propos par l'analyse de ces textes qui brisaient effectivement le fétiche [62].

Que signifient en effet des dispositions de ce genre, sinon que les règles de droit doivent se confondre avec les « règles de la vie en société » ? C'est dire que les catégories juridiques n'ont aucune autonomie relativement aux catégories sociales, c'est mettre en acte la critique de l'idéalisme juridique [63]. Mais cet idéalisme, en tant qu'il consiste à traiter les notions de droit en dehors de leur contexte social

précis [64], s'identifie absolument avec la rationalité juridique. Les systèmes normatifs de type soviétique constituaient donc la négation en acte de cette rationalité et la réalisation d'un projet de délégalisation intégrale. Cette réalisation a évidemment eu plus ou moins de mal à entrer dans les faits suivant le poids des traditions juridiques des pays où elle a été entreprise. La faiblesse de la tradition juridique en Russie et, à un moindre degré, dans les Balkans [65] offrait évidemment à cet égard le terrain le plus favorable, tandis que les pays à forte tradition juridique, c'est-à-dire la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie [66], se révélèrent moins prompts à renoncer à l'idéalisme juridique, et à épouser la notion de légalité socialiste. Les difficultés rencontrées par l'État polonais pour délégaliser la liberté syndicale ou la grève révélaient par exemple combien, dans ce pays, le fétichisme du droit a la vie dure.

Après l'effondrement du système soviétique, les effets de cette tentative d'éradication de l'idéalisme juridique n'ont pas fini de se faire sentir. Comment faire de l'économie de marché dans un pays où l'on s'est employé à ruiner toute culture juridique, et notamment toute culture du contrat ? Le marché ne peut exister en dehors du droit et des institutions. Car en dehors d'eux il signifie seulement le retour aux formes les plus anciennes et les plus magiques du lien social : aux liens du sang, et à leurs sous-produits mafieux ou nationalistes. Le sort des différents pays du bloc soviétique dépend donc, comme on peut déjà le constater, du degré de délabrement de leur culture juridique : là où ce délabrement est le plus grand (c'est-à-dire dans les Républiques de l'ex-URSS et dans les Balkans), les chances d'institution d'une économie de marché semblent plus minces qu'ailleurs. Et la régression vers des formes non juridiques (*i.e.* non civilisées) du lien social sera malheureusement d'autant plus forte que les experts économiques de tout poil venus de l'Ouest porter la bonne parole à l'Est seront eux-mêmes animés d'une idéologie de délégalisation des rapports économiques, et notamment des rapports de travail. Le droit du travail, en effet, n'a pas été épargné par le processus de délégalisation

intégrale conduit dans la patrie des travailleurs. Et, paradoxalement, dans un système dit « collectiviste » par ses adversaires, ce sont les droits collectifs — liberté syndicale, droit de grève, droit à la négociation collective, droit à la représentation collective — qui y ont été niés au premier chef. Le paradoxe n'est qu'apparent, comme le note Alexandre Zinoviev : « Dans une société où il n'existe pas de capitalistes, les lois qui règlent les rapports entre capitalistes et salariés ne veulent rien dire. Elles ne sont pas violées, elles sont seulement absurdes » [67].

Voilà qui montre, s'il en était besoin, que l'opinion selon laquelle le « droit socialiste » n'est que l'épanouissement du droit du travail, son extrapolation finale [68], est un total contresens. Elle était cependant promise au succès en raison de l'utilisation rhétorique qui peut en être faite [69] par les partisans d'un tout autre projet de délégalisation de la relation de travail : celui de nos nouveaux libéraux.

B - La critique de la « justice sociale »

Le fond de cette critique se trouve admirablement exprimé dans cette citation de Kant que Hayek place en épigraphe du chapitre qu'il consacre à la notion de justice sociale [70] et selon laquelle *ce qui dépend de circonstances matérielles ne peut relever de règles générales* [71]. L'essentiel de la critique que les nouveaux libéraux ont adressé au droit social est ici résumé. A l'inverse de la critique marxiste, la critique libérale ne fait pas porter sa dénégation sur l'idéalisme juridique, mais tout au contraire sur le matérialisme juridique du droit social.

Cette critique procède de l'opposition tracée entre ce que Hayek nomme des « règles universelles de juste conduite » ou « règles des ordres spontanés », et des « règles d'organisation » [72], opposition qui correspondrait, aux dires de cet auteur, à notre distinction entre droit public et droit privé [73]. La différence fondamentale entre ces deux

sortes de règles est que les premières dérivent des conditions d'un ordre spontané (*i.e.* l'ordre du marché) que l'homme n'a pas créé, tandis que les secondes servent à édifier délibérément une organisation ayant des objectifs déterminés. Les premières sont à la fois nécessaires (elles expriment simplement des pratiques déjà observées) et abstraites (elles sont générales, permanentes et organisées en système), tandis que les secondes sont contingentes (elles sont arbitrairement combinées par l'esprit) et concrètes (elles sont créées pour des objectifs particuliers) [74]. Il n'est pas besoin d'une culture juridique très étendue pour s'apercevoir que cette typologie, sur laquelle Hayek fonde une théorie générale du droit et de la justice, est inspirée de la distinction entre *common law* et *statute law* [75]. Cela explique le rôle déterminant qu'il attribue au juge dans l'élaboration des règles de juste conduite [76], et à l'Etat dans l'édiction des règles d'organisation [77]. La législation sociale viendrait brouiller cette distinction, en faisant passer pour des règles universelles de juste conduite des règles qui ne sont en réalité qu'une forme dévoyée de règles d'organisation. C'est le concept de justice sociale qui permettrait cette occultation, en faisant croire que le droit social est référé à l'exigence de justice, alors qu'il n'est en fait qu'un produit de l'arbitraire politique. Cela conduit Hayek à consacrer la partie centrale de son ouvrage à une réfutation de la notion de justice sociale. Celle-ci ne serait qu'un « mirage », un « vocable vide de sens et de contenu », car le concept de justice ne pourrait être appliqué à la façon dont s'opère le partage des avantages matériels dans une société libre [78]. Ce fantasme de justice sociale serait une utopie inoffensive s'il ne ruinait en réalité les bases mêmes de cette société libre, en répandant l'idée que le pouvoir politique doit déterminer la position matérielle de chaque individu ou groupe, et en conduisant ainsi à une absorption de la société civile par l'Etat, à la croissance cancéreuse des règles d'organisation au détriment des règles universelles de juste conduite. On pourrait être tenté de ne voir dans ces thèses qu'une répétition des idées libérales les plus classiques, une pensée vieille, n'apportant rien

à une critique de l'interventionnisme étatique aussi ancienne que l'interventionnisme lui-même [79]. Ce serait mésestimer l'impact nouveau que la théorie libérale a tiré des expériences de révolutions sociales historiquement réalisées. De même que la force extraordinaire de la critique marxiste de la pensée libérale venait du constat implacable de ce que fut au XIX^e siècle le libéralisme comme réalité, de même la force des nouveaux libéraux vient de la révélation de ce qu'a été le communisme comme réalité. Lorsque Hayek évoque la façon dont les détenteurs du pouvoir d'imposer la justice sociale se retranchent dans leur position dominante en distribuant leurs faveurs à leur clientèle et à la garde prétorienne qui veille à ce que soit fermement appliquée leur conception personnelle de la « justice sociale » [80], il ne fait pas qu'agiter un épouvantail politique ; il évoque des expériences historiques concrètes [81].

Il faut donc prendre ces thèses en considération, non seulement à cause de leur influence présente et à venir, mais aussi parce qu'elles opèrent une mise en question systématique de la légitimité du droit du travail. Hayek pousse très loin cette mise en question, puisqu'il conteste clairement la liberté syndicale [82] ou le principe du salaire minimum garanti [83]. Cette critique libérale du droit du travail est double. Elle porte tout d'abord sur la nature de ce droit : au lieu d'être le produit spontané d'une société libre, il serait le produit délibéré du pouvoir politique. Elle porte ensuite sur son contenu : au lieu d'être un système de règles abstraites, il serait l'expression chaotique du conflit d'intérêts catégoriels. Dans leur principe, aucune de ces critiques ne résiste à l'analyse.

Concernant la première, il faut rappeler tout de même que le droit du travail ainsi critiqué disparaît avec l'ordre de marché. Il n'y a que dans les sociétés socialistes que s'est trouvé pleinement réalisé l'idéal ultra-libéral d'entreprises débarrassées de syndicats libres, de grèves et de négociations collectives. Mais voilà qui est trop elliptique (et trop polémique) pour convaincre ceux qui voient dans le droit du travail un cancer appelé à s'éteindre avec l'organisme qu'il détruit.

Aussi faut-il argumenter plus lourdement. La grande faiblesse des thèses libérales, ainsi que l'a justement observé Pierre Rosanvallon [84], est de procéder d'une négation du social. Leur sociologie se résume à l'addition d'un savoir économique et d'une morale. Faute d'un regard sociologique sur le monde, ils ne peuvent voir dans la législation sociale qu'un don du ciel (ou plutôt de l'enfer), mais en aucun cas un produit spontané de la société capitaliste. Les conditions de l'émergence historique du droit du travail sont occultées de leurs raisonnements. Or il est clair que, bien loin d'avoir été inventé par le législateur, le droit du travail a procédé des faits sociaux eux-mêmes [85]. Y voir un ensemble de règles d'organisation (au sens de Hayek), arbitrairement décidé par les pouvoirs publics, c'est oublier que les syndicats, les grèves, les accords collectifs ont existé bien avant que d'être légalisés.

C'est oublier aussi ce qu'a été le pur libéralisme comme réalité. Non seulement le droit du travail n'est pas, par nature, constitué de règles d'organisation, mais encore il a signifié et signifie toujours un progrès des « règles universelles de juste conduite » dans un domaine jadis entièrement abandonné aux règles d'organisation : celui des entreprises. Car s'il est bien une forme topique de ce que Hayek range sous le nom de règles d'organisation [86], c'est l'entreprise (privée ou publique) entièrement soumise au pouvoir d'organisation de son chef. Ces entreprises ont édicté une réglementation interne (fondée sur la hiérarchie) en rupture radicale avec les principes d'une société libre (fondée sur l'égalité) [87], et qui sont l'expression normative du « despotisme de la fabrique ». C'est ce droit despotique d'organisation qu'est venu limiter le droit du travail, en introduisant dans l'entreprise elle-même certains principes de la société libre [88]. Il n'est donc pas surprenant que ce droit disparaisse avec la « société libre » dont il est l'ultime expression juridique, car cette disparition signifie l'extension à la société tout entière du « despotisme de la fabrique » et la généralisation des règles d'organisation. Lénine donnait explicitement pour objectif à la Révolution bolchevique de faire en sorte que « la

société tout entière ne [soit] plus qu'un seul bureau et un seul atelier », une seule vaste fabrique dans laquelle « les masses obéissent sans réserve à la volonté unique des dirigeants du travail ». Selon ses propres termes, « la tâche qui incombe à la République socialiste soviétique peut être brièvement formulée ainsi : nous devons introduire dans toute la Russie le système Taylor et l'élévation scientifique, à l'américaine, de la productivité du travail » [89]. Ce n'est donc pas la législation du travail, mais tout au contraire le despotisme de la fabrique qui constitue dans la société capitaliste le germe du despotisme tout court, le modèle d'un ordre social entièrement soumis à des règles d'organisation, et débarrassé des notions de sujet de droit ou de liberté individuelle.

L'autre critique porte sur le contenu du droit du travail, et consiste à dire, pour reprendre la formule déjà citée de Kant, que ce qui dépend de circonstances matérielles ne peut relever de règles générales. Témoignerait notamment de cette impossibilité l'échec des tentatives faites pour découvrir des critères de définition a priori du juste salaire [90]. Autrement dit, de par les questions qu'il traite, le droit du travail serait inapte à remplir les conditions d'abstraction, de généralité et de systématisation qui sont celles d'une véritable juridicité. Il serait par nature ballotté au gré de l'évolution des rapports de force entre groupes antagonistes, incapable de s'abstraire de la matière sociale qui est la sienne. Cette critique signifie en somme qu'en raison de la matérialité de ses concepts, le droit du travail ne saurait participer d'une véritable rationalité juridique. C'est la possibilité même d'une rationalité juridique matérielle qui est ici déniée.

Pareille dénégation s'appuie sur une spécificité incontestable du droit social, qui est de régir des litiges ne relevant pas d'une règle de droit préexistante, mais portant sur la définition même de cette règle. C'est notamment le paradoxe du droit de grève que d'être un véritable droit à la contestation du droit [91]. Mais cette dénégation fait précisément bon marché de la complexité du droit du travail qui, s'il ne fournit pas

de règles générales et abstraites applicables à *l'objet* de ces litiges, enserme en revanche leur *déroulement* dans des règles de ce type. Tel est bien l'objet du droit syndical et de la représentation collective, du droit de grève, du droit de la négociation collective : non pas prescrire directement le contenu matériel de l'« échange » travail-salaire, mais fournir le cadre juridique de la détermination de ce contenu. De même, lorsque la loi fixe des minima au montant du salaire, ou des maxima à la durée du travail, elle encadre une détermination des salaires réels et de la durée réelle du travail qui reste autonome ; elle circonscrit des aires de libre négociation et ne diffère en rien de ce point de vue de la rationalité juridique civiliste. Cette complexité du droit du travail, qui ne se laisse pas réduire à l'hétéronomie, mais combine au contraire autonomie et hétéronomie [92], est méconnue par cette critique libérale. A s'en tenir même à la typologie des règles proposée par Hayek, le droit du travail ne correspond pas à sa définition des règles d'organisation. Les règles d'encadrement, qui forment l'essentiel du droit du travail, répondent en revanche aux exigences de généralité, d'abstraction et de systématisation qui caractérisent la rationalité juridique. De telle sorte que le reproche tiré de la matérialité du droit du travail procède d'une confusion entre, d'une part, les *litiges* qu'on pourrait dire *sous le droit*, qui relèvent d'une solution motivable en droit, et d'autre part les *conflits* qu'on pourrait dire *sur le droit*, qui ne peuvent au contraire être référés qu'à des jugements de valeur, alors même que la distinction de ces deux catégories de contestation est l'une des données fondatrices du droit du travail [93]. Tant que cette distinction est respectée et que le droit du travail ne vise pas à fixer la situation matérielle de chaque travailleur mais seulement à fournir les instruments juridiques d'une libre détermination de cette situation, les critiques libérales qui lui sont adressées sont dénuées de tout fondement juridique. Cette réfutation pourra paraître suspecte à tous ceux qui, frottés ou non de sociologie, seraient tentés d'y voir un plaidoyer *pro domo* élaboré par un juriste intéressé à la défense de son objet professionnel

à une manifestation particulièrement hypocrite du corporatisme ambiant. Ce serait là une regrettable erreur d'interprétation, car nulle part la prospérité des juristes ne semble mieux assurée que là où l'inflation des normes masque le dépérissement du droit. Et puis le ressort de cette réfutation est autant sociologique que juridique. Au-delà de leurs oppositions manifestes, les projets de dépérissement du droit et de délégalisation ont en commun le rêve d'un monde du travail pacifié où chacun accepterait sans regimber la place qui lui est assignée par la main invisible du marché ou la main visible d'une planification intégrale. Utopie d'un ordre social où la domination ne générerait pas de tensions et pourrait s'exercer sans histoires. Derrière ces rêves se profile toujours le cauchemar de la violence nue.

III - La tentation de la norme

Une part du succès de l'idée de délégalisation vient de ce qu'elle paraît être la réponse à l'inflation des lois. Or cette inflation est un réel problème, ne serait-ce qu'en raison de la dévaluation des lois qui en résulte inmanquablement [94]. En ce sens elle est sans doute l'agent le plus sûr d'une véritable et complète délégalisation. Les plus sages suggèrent donc, non pas d'éradiquer la législation sociale et de prêcher la résignation aux pauvres, mais de partir en quête de critères de non-intervention législative [95]. La question posée revient à se demander la part respective de ce qui dans la relation de travail doit être réglé par le droit, et de ce qui doit être abandonné à la « régulation sociale », c'est-à-dire à d'autres formes de normativité.

A - Règles de droit et normes domestiques

Une telle recherche trouve un point de départ dans la distinction aristotélicienne du Droit et de l'Economie. On le sait, Aristote envisage séparément la question des rapports domestiques [96] et celle des rapports entre les membres libres et égaux de la Cité [97]. Seuls ces derniers sont véritablement des rapports de droit soumis aux principes de la « justice particulière » qui régissent dans la Cité. Cette justice dans la Cité suppose une loi et des juges, c'est-à-dire qu'elle postule le principe du Tiers [98]. Selon Aristote, « la justice du maître envers ses esclaves, et celle du père envers ses enfants, ne sont pas identiques aux formes (de la justice dans la Cité), encore qu'elle leur ressemble. En effet, il n'y a pas d'injustice à proprement parler envers ce qui fait partie de nous-mêmes. Or la troupe d'esclaves et l'enfant (...) sont comme une partie de nous-mêmes » [99]. Ces rapports domestiques ne relèvent donc pas du Droit, mais de l'Economie, c'est-

à-dire, au sens étymologique de ce mot, aux normes (*nomos*) de la maison (*oikos*). Ces normes domestiques ne sont pas soumises au principe du Tiers, car elles relèvent de l'autorité du chef de famille [100]. Ce n'est pas dire que la justice, entendue comme vertu [101], n'ait pas à s'exercer au sein de la sphère domestique [102], mais que cette sphère est soumise au principe de hiérarchie familiale, et non au principe d'égalité qui gouverne les relations entre les citoyens. Voilà pourquoi elle échappe aux règles de la justice particulière qui gouverne la Cité.

Cette distinction fondamentale entre règles de droit et normes domestiques n'a cessé d'être retravaillée et reformulée dans l'histoire de la pensée juridique occidentale, et on la voit courir sous des formes diverses dans l'œuvre de maints auteurs modernes. Max Weber, orfèvre en typologie, oppose ainsi la « juridiction » ou le « droit objectif », d'une part, au « gouvernement » ou à l'« administration » d'autre part [103]. Le « gouvernement » procède par « règlements », tandis que la « juridiction » garantit des prétentions subjectives. « Quand il n'y a pas de normes ayant le caractère de droit objectif garantissant des prétentions, quand l'ensemble des normes en vigueur a juridiquement le caractère du "règlement" (...) l'ensemble du droit se dissout dans la finalité poursuivie par l'administration : le gouvernement » [104]. Pour Weber, qui marche ici clairement dans les pas du Stagirite, « l'origine de toute "administration" se trouve dans le pouvoir domestique », tandis que le « droit objectif » trouve sa source dans l'arbitrage entre tribus. « Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que l'on discute de "prétentions", donc de droits subjectifs, et qu'un jugement est rendu. Ce n'est qu'ici que nous trouvons des formes précises, des délais, des règles de preuve, bref les débuts d'un processus juridique. Mais la manière de procéder du père de famille ignore tout cela (...) Comme le pouvoir domestique ne connaît à l'origine pas de limites, il n'existe pas de droits subjectifs pour ceux qui [lui] sont soumis » [105]. Dans le règlement, « l'individu ainsi que ses intérêts sont, au sens juridique du terme, fondamentalement objet et

non sujet de droit » [106]. Et Weber, qui peut — c'est la différence avec Aristote — appliquer sa typologie au travail salarié, voit évidemment dans l'entreprise une « administration privée », qui échappe aux règles du « droit objectif » [107].

Cette distinction éclaire les oppositions introduites ultérieurement par Michel Foucault entre « droit » et « discipline » [108], par Hayek entre « règles de juste conduite » et « règles d'organisation » [109] ou par Pasukanis entre « normes juridiques » et « normes techniques » [110]. Pour clarifier le propos (mais au risque de l'obscurcir davantage), cette distinction sera exprimée ici en opposant le légal (domaine des « règles de droit ») d'une part, et le normal (domaine des « normes domestiques » au sens aristotélicien, ou des « normes de gouvernement », au sens wébérien) d'autre part [111].

Normalité et légalité se présentent ainsi comme deux types de références qui tout à la fois s'opposent et se combinent dans un même ordre social. Elles s'opposent par la nature de leurs relations avec les autres règles sociales. La légalité procède d'une coupure des règles de droit avec les autres règles sociales. Si les recherches relatives aux critères de la juridicité n'ont pas permis de dire où situer exactement cette coupure [112], son existence même est l'en-deçà de ces recherches, le point sur lequel tout le monde peut s'accorder. Il en résulte que la pensée juridique possède nécessairement une certaine autonomie par rapport aux autres manières (politique, idéologique, sociologique...) de penser le social. Cette autonomie peut varier en fonction du degré d'abstraction des concepts juridiques mis en œuvre, mais elle n'en est pas moins constitutive de la rationalité juridique. Parmi les concepts ainsi abstraits du social, figure nécessairement le *sujet de droit*, entendu non pas dans un sens philosophique, mais dans son acception technique : c'est celui que « l'ordre juridique positif habilite à faire jouer l'effet juridique d'une règle de droit » [113]. Le sujet de droit n'a pas d'autre réalité sociale que cette habilitation. En ce sens, il répond à la définition du sujet que donne Wittgenstein : il « n'appartient pas au monde, mais il constitue une limite au

monde » [114]. C'est en effet lui qui peut faire produire ses effets à l'autonomie de la pensée juridique par rapport aux autres manières de penser le social, et singulièrement la manière politique. En ce sens l'existence de *règles de droit* dans la société politique permet nécessairement l'existence d'une opposition, que ces règles soient bonnes ou mauvaises [115]. Et surtout, l'institution du sujet dans l'espèce humaine est tout entière suspendue au phénomène juridique [116]. C'est le droit qui assigne à chacun une filiation et un nom, marquant ainsi sa place de sujet et le différenciant dans l'espèce. Tout ce qui sépare légalité et normalité découle de cette coupure du droit vis-à-vis des faits. Les catégories juridiques, ne pouvant, pas plus que les mots qui les expriment, coïncider avec les choses qu'elles désignent, n'opèrent jamais que des délimitations au sein desquelles subsistent irréductiblement des parts de non-droit. Le contrôle du respect des règles, étant un contrôle du non-dépassement des limites fixées par la loi, sera essentiellement un contrôle *a posteriori*, destiné à vérifier le respect des interdictions légales, et non pas un contrôle *a priori* destiné à autoriser telle ou telle conduite. L'autonomie de la règle de droit par rapport au social qu'elle régit explique également que cette règle puisse toujours être discutée sur deux plans différents : celui de son sens juridique et celui de son sens social. La discussion juridique se nourrit donc aux sources contraires de la polysémie des mots et de l'exigence de logique, de non-contradiction, tandis que la discussion sociale porte sur l'adéquation d'une règle ou d'un jugement à la situation sociale qu'ils ordonnent, et ce, indépendamment de leur validité juridique. Ce double niveau d'analyse est tout à fait caractéristique de la discussion juridique, et constitue son ressort spécifique.

La normalité au contraire s'identifie absolument à des régularités objectives, et toute coupure entre ce qui est, et ce qui doit être, s'y trouve répudiée. Par elle, il ne s'agit pas de délimiter, mais de modeler des comportements, de les rendre en tous points conformes à ces régularités, d'incorporer chez les individus une manière d'être qui doit

être pour eux une seconde nature. Ces normes ne demandent pas à être observées, mais à être vécues. Là où l'instance juridique renonce à saisir les individus concrets et ne s'occupe que de sujets abstraits, l'instance normalisatrice brise l'abstraction du sujet pour se saisir des individus comme de ses objets. Cette individualisation va de pair avec la négation du sujet, la désobjectivation qu'impliquent les procédures normalisatrices. Le passage du travail en atelier reposant sur une forte identité professionnelle d'ouvriers de métier au travail à la chaîne reposant sur des ouvriers « spécialisés » dans l'exécution de gestes normalisés fournit sans doute l'illustration la plus claire de ce lien entre individualisation et désobjectivation. Avec sa qualité de sujet de droit, l'ouvrier perd alors la limite où abriter son quant-à-soi [117]. Cette disparition du sujet explique pourquoi la normalisation repose davantage sur l'autorisation que sur l'interdiction, c'est-à-dire sur la définition *a priori* des gestes et des comportements plutôt que sur leur contrôle *a posteriori*.

Cette renonciation à l'abstraction conduit aussi à la diversification des normes : pour épouser les moindres recoins de la vie sociale, il faut tout dire, tout prescrire [118]. Vouloir ainsi sans fin enserrer la complexité du social dans des règles conduit à une logorrhée normative qui rend progressivement ces règles indéchiffrables, et fait du pouvoir de contraindre au respect des règles un pouvoir arbitraire. La description de l'asile par E. Goffman [119] ou celle de la prison par M. Foucault [120] fournissent des exemples presque parfaits de tels systèmes de règles visant au respect d'un comportement « normal » de l'interné.

A la différence des règles de droit, les « normes domestiques » ne relèvent pas d'un double niveau d'analyse : les discuter c'est discuter l'ordre social tout entier. Il n'y a aucune place pour une analyse de l'articulation de ces normes entre elles, puisque à la recherche de la cohérence d'un système juridique se trouve entièrement substituée ici celle de l'adaptation des règles à un ordre social par nature étranger à la logique formelle. Dès lors, la contradiction des normes entre elles,

ou leur application différenciée selon les individus concrets, peut toujours être justifiée par la nécessité de cette adaptation. Par ailleurs, enfreindre la norme revient, non à passer du légal à l'illégal, mais du normal au pathologique. Car les formes les plus modernes de la normalité se trouvent toutes liées à l'affirmation d'une connaissance scientifique des rapports sociaux. Cette prétention scientifique est évidemment illusoire, car, comme l'observe Canguilhem, c'est une classe sociale déterminée qui détient en tout état de cause le pouvoir d'identifier la fonction des normes sociales avec l'usage qu'elle-même en fait [121]. Mais elle n'en conduit pas moins à traiter ici ou là les délinquants de droit commun ou les opposants politiques comme des malades relevant davantage de la cure que du jugement [122]. Cette vue normalisatrice d'une justice en blouses blanches était déjà présente chez Pasukanis, lorsque, voulant définir ce qu'il entendait par norme technique (appelée selon lui à supplanter toute forme de règle juridique dans la société socialiste), il prenait l'exemple des règles de l'art médical : « L'application de ces règles, écrivait-il, peut être liée à l'exercice d'une contrainte sur le malade. Mais tant que cette contrainte est considérée du point de vue de la finalité médicale, tant pour celui qui la subit que pour celui qui l'exerce, elle est une action techniquement rationnelle et rien de plus. Le contenu des règles est déterminé à l'intérieur de ce cadre par la science médicale et évolue à mesure qu'elle progresse. Le juriste n'a rien ici à voir » [123]. L'évocation de ces dévoiements de la normalisation technique ou administrative ne doit pas conduire à penser que légalité et normalité soient des formes d'organisation de la société exclusives l'une de l'autre. Bien au contraire, ainsi opposables terme à terme, elles se combinent en pratique dans un véritable rapport de complémentarité. Car la rationalité juridique, qui est l'art des limites, connaît elle-même ses limites, dont il faut dire maintenant quelques mots.

B - Limites de la rationalité juridique

Comment trancher en effet ce procès intenté à la loi, si ce n'est en attribuant à chacun — la norme et la loi — la part qui lui revient ? Le fond de scientisme qui unit la critique libérale et la critique marxiste de la légalité conduit à refuser à cette dernière la place nécessaire qui est la sienne dans l'institution du travail. Critiquer cette prétention à substituer partout la normativité à la légalité, et à fondre le droit dans la régulation, ne signifie nullement qu'il faille adopter le parti inverse d'une légalisation intégrale du rapport de travail. Une telle démarche serait elle-même normalisatrice et ignorante de l'art de la limite qui définit justement le droit. Définissant des limites, la légalité définit par là même les espaces où peut se déployer la normalité. L'idée est déjà chez Aristote, pour qui l'ordre juridique (*i.e.* la « justice particulière ») et l'ordre domestique (*i.e.* l'« économie ») ne s'excluent nullement car ils s'exercent dans des sphères différentes mais complémentaires : la famille et la Cité.

Le problème n'est donc pas d'éradiquer l'un au profit de l'autre, mais de tracer la limite de l'un vis-à-vis de l'autre. Cette limite, nous l'avons déjà rencontrée : c'est le sujet, « qui n'appartient pas au monde, mais est une limite au monde », pour reprendre la formule si éclairante de Wittgenstein [124]. Dire que le sujet n'appartient pas au monde, c'est dire qu'il ne relève pas d'une gestion normalisée par la science ou par la technique, c'est dire qu'on ne peut traiter l'Homme comme du bétail. Là-dessus tout le monde sera d'accord. Mais qu'est-ce qui lui confère cette vertu particulière alors que personne ne contestera non plus que l'Homme appartient bien au monde naturel en tant qu'animal biologique ? C'est le droit et les institutions. Pas les droits de l'Homme, cet avatar du messianisme occidental [125], mais le droit en tant qu'il attribue à chacun une place, une identité, c'est-à-dire la qualité de sujet de droit. Le sujet n'existe ainsi que par sa participation à un ordre symbolique, qui relève des constructions juridiques et non des catégories scientifiques. Cette idée fondamentale, que Pierre Legendre a remise à jour notamment au travers des apports de la psychanalyse [126], permet de mesurer l'irréductibilité du droit aux

sciences en général, et aux sciences sociales en particulier. D'une formule, disons que le droit est aux sciences de la culture ce que les mathématiques sont aux sciences de la nature. A ces dernières, les mathématiques ont donné une référence à l'efficacité prodigieuse : le nombre. C'est au travers d'une quantification poussée toujours plus loin des phénomènes naturels qu'a progressé la connaissance scientifique. Le nombre permet de réduire la diversité infinie des choses qui nous constituent et nous entourent à leur caractéristique la plus simple, qui est leur cardinal, et donne aux sciences toute la puissance de l'abstraction mathématique. Les sciences sociales sont aujourd'hui dominées à leur tour par cette fascination du nombre [127]. Mais elles perdent alors en route ce qui dans l'ordre de la culture tient la place du nombre, c'est-à-dire le sujet, et les constructions juridiques qui l'instituent. C'est en ce sens que le droit constitue la vraie mathématique des sciences sociales. Les catégories juridiques, à commencer par celle de sujet de droit, opèrent vis-à-vis des faits sociaux une abstraction du même type que les catégories mathématiques vis-à-vis des faits de la nature. Il est vrai que les mathématiques réunissent beaucoup plus parfaitement les deux caractéristiques par lesquels Lévi-Strauss caractérise le Droit : l'artificiel et le non-contradictoire [128]. Mais, contrairement à ce qu'il avance, c'est parce que le droit n'est pas assez artificiel et parce qu'il est trop contradictoire, autrement dit parce que la forme ne parvient jamais à y éliminer le fond, qu'il ne peut prétendre au statut de science, et que sa mathématisation, un moment esquissée au XVIII^e siècle [129], n'a pu se réaliser. De cet échec de la tentative de fusion du droit et des mathématiques (échec inévitable, puisque le droit est à cheval sur l'ordre naturel et l'ordre symbolique), nous reste la perte du droit à l'horizon des sciences sociales, lesquelles ont entrepris de se fonder sur le nombre, à l'image des sciences de la nature, et non pas sur le sujet, cette construction métaphysique du droit. Le marxisme et son projet d'anéantissement de l'idéalisme juridique, comme l'« individualisme méthodologique » de la pensée libérale, ne sont de

ce point de vue que les deux yeux d'une même cécité à l'égard des phénomènes juridiques et institutionnels. Enfants de Comte et du positivisme, ils n'ont de regard que pour ceux qui comptent et pour ce qui se compte. Catéchumènes sans *credo*, ils ont remis au rayon de la magie, des farces et attrapes, jusqu'à la religion à laquelle leur Père commun avait dû accrocher son système dans son *Catéchisme positiviste*.

Il faut donc partir du sujet de droit pour tracer les limites de la logique du nombre et de la rationalité normalisatrice qui l'exprime dans les affaires humaines. Elles sont outrepassées lorsque le sujet est réduit à l'état d'objet par la norme, d'objet ou de sujet réduit à son cardinal, ce qui est exactement la même chose. Nous avons vu comment le travail abstrait, invention de la pensée quantificatrice, avait détruit le travailleur en tant que sujet, comment le contrat de louage de services réduisait le travailleur à l'état d'objet de ce contrat pendant l'exécution de celui-ci [130]. Et nous avons vu aussi que ce fut le sens du droit du travail, et de l'invention du contrat de travail, de restituer au travailleur sa qualité de sujet dans l'exécution du travail, par l'incorporation dans ce contrat d'un statut [131] qui assure la reconnaissance de sa personne [132] et lui attribue certaines libertés [133].

Mais où situer en retour les limites de la rationalité juridique ? La notion de sujet de droit fournit ici encore la clé de la réponse. Elle implique d'une part la participation de chaque individu à la même qualité humaine, et donc, dans la tradition occidentale, une idée d'égalité dans cette participation [134]. Mais elle implique aussi la reconnaissance de la spécificité de chaque individu, le respect de son identité propre, et donc une idée de différenciation entre les sujets. Autrement dit, la notion de sujet de droit oblige à opérer une combinaison des deux faces du principe d'égalité. Sur la pente de l'égalité formelle, le droit privilégie la généralité, l'abstraction et la pérennité de la règle de droit sur la variété des situations de fait. Sur la pente de l'égalité concrète, il privilégie au contraire l'adaptation des

règles à la diversité et à la mobilité des situations sociales. Mais il ne peut glisser trop avant sur l'une ou l'autre de ces pentes sans glisser de l'état de droit à l'état de fait : ne pas tenir compte des inégalités de fait, c'est laisser jouer à plein les rapports de force, et donc priver le sujet des règles de droit qui l'instituent ; vouloir à l'inverse tenir compte des moindres d'entre elles, c'est s'engager dans un processus d'individualisation dont le point de fuite est la disparition de toute participation des individus à un même statut juridique, et donc une désobjectivation de masse. Autrement dit, le sujet de droit se trouve menacé soit par manque de droit (anomie), soit par excès de droit (hypernomie). Car si le maillage juridique est si serré qu'il en devient illisible, la situation équivaut à une absence de droit : aucune place vivable n'est assignée au sujet de droit. La combinaison des deux faces du principe d'égalité est donc de l'essence même de la rationalité juridique [135]. Or l'actualité fournit quelques symptômes d'une séparation de ces deux faces, d'une méconnaissance du lien qui les unit nécessairement dans la pensée juridique. Que l'on prétende émanciper absolument l'égalité concrète de la tutelle de l'égalité formelle, ou que l'on affirme au contraire cette dernière indépendamment de toute considération concrète, dans les deux cas on déraile des voies du droit.

Un exemple de la tendance à émanciper l'égalité concrète de toute référence au principe d'égalité formelle se trouve dans l'ensemble des dispositions constitutives de ce qu'on a appelé le traitement social du chômage [136]. Le principe d'égalité, tel qu'il est entendu par le Conseil constitutionnel, n'interdit nullement aux pouvoirs publics de distinguer parmi les chômeurs des catégories différentes ; autrement dit l'action législative et réglementaire peut être adaptée à la diversité des situations ou des risques de chômage que révèlent la sociologie, l'économie ou la statistique, dès lors que son objectif est « d'assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés » [137]. Les distinctions entre catégories de chômeurs ne

portent donc pas en elles-mêmes atteinte au principe d'égalité dans la mesure où leur objectif est au contraire d'assurer une égalité concrète face à l'emploi. Cette jurisprudence ne fait d'ailleurs qu'exprimer l'idée selon laquelle l'égalité concrète doit être logée dans l'égalité formelle. Mais tandis que cette égalité formelle est réaffirmée avec force s'agissant de l'accès à l'emploi, du droit au revenu ou du droit du licenciement des salariés ordinaires, elle tend à disparaître complètement du sort juridique réservé à ceux qui appartiennent aux « populations cibles » du « traitement social » du chômage [138]. Ici les techniques quantificatrices régissent, le chômeur étant appréhendé comme objet statistique d'un « traitement », le traitement du chômage, avant de l'être comme sujet de droits. Ces populations regroupent ceux qui, statistiquement, paraissent handicapés sur le marché du travail : les jeunes, les vieux, les femmes isolées, les anciens détenus, les chômeurs de longue durée, les habitants de régions victimes de sinistres industriels, etc. Pour ces catégories, l'idée d'égalité concrète a été entièrement substituée à celle d'égalité formelle ; ainsi par exemple pour les étrangers et les travailleurs les plus âgés, le principe de non-discrimination en matière de licenciement trouve son exact contraire dans les mesures favorisant le retour au pays d'origine, ou la mise en préretraite.

Cette politique méconnaît les effets sociaux inhérents aux cadres juridiques choisis, et conduit inéluctablement à sortir du cadre de la rationalité juridique. La règle de droit n'est pas en effet un cordeau inerte entre les mains du géomètre que serait le législateur. La juridisation de catégories statistiques donne à ces catégories une valeur normative aux effets souvent incontrôlés [139]. Par exemple la catégorie des « jeunes sans emploi de moins de 25 ans » n'a aucune espèce de consistance sociologique, car tous les jeunes n'ont pas la même formation ni les mêmes capacités d'insertion sociale. La juridisation de cette catégorie n'en produit pas moins des effets propres. Le premier de ces effets a été de renforcer les inégalités sociales entre jeunes : les plus qualifiés, les mieux intégrés, ont pu se

saisir des dispositifs offerts, tandis que les plus marginalisés n'y ont eu que peu ou pas accès. Le résultat a donc été de renforcer l'exclusion de ceux qu'on voulait prioritairement aider à s'intégrer. Devant ces dérives la tendance est de s'engager dans une individualisation intégrale des dispositifs de prévention ou de traitement du chômage. Le point de fuite d'une telle politique est de finalement quitter le terrain du droit pour celui de l'assistance sociale individualisée. Ce passage d'un ciblage statistique à un ciblage psychosociologique est visible dans l'émergence en droit français de catégories telles que celle de « salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion sociale particulièrement difficile » [140].

Un exemple de la tendance inverse, tendance à déloger l'égalité concrète du principe d'égalité formelle, est fourni par le récent arrêt *Stoekel* de la Cour de Justice des communautés européennes [141]. Cette affaire posait la question de savoir si l'interdiction en droit français du travail de nuit des femmes était compatible avec le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, tel qu'il résulte de l'article 119 du traité de Rome et de la directive européenne du 9 février 1976. Le nœud du problème [142] résidait dans l'interprétation de l'article 2 § 3 de cette directive, aux termes duquel elle « ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». C'est l'adverbe « notamment » qui ouvre ici la porte à l'égalité concrète dans la mise en œuvre de l'égalité formelle entre hommes et femmes. Cette porte est refermée par la Cour de Justice qui cantonne les dérogations possibles aux deux seules situations que cet article vise explicitement : la grossesse et la maternité. L'Italie, dans ses conclusions sur cette affaire, avait avancé deux raisons qui justifiaient selon elle une protection spéciale des femmes contre le travail de nuit : les risques spécifiques d'agression sexuelle la nuit [143], et les responsabilités familiales particulières qui pèsent sur les femmes. Mais l'idée selon laquelle les hommes et les femmes ne sont pas *en fait* à égalité face aux risques d'agression sexuelle ou de responsabilité

familiale, et que par conséquent l'égalité concrète consiste à traiter *en droit* ces situations différentes de manière différente, cette idée est rejetée par la Cour au motif qu'il s'agit de « préoccupations étrangères à l'objet de la directive » qui ne relèvent donc pas de l'idée de protection de la femme au sens de l'article 2 § 3.

Cela revient à séparer radicalement l'égalité formelle dans la vie professionnelle (objet de la directive) et les inégalités concrètes dans la vie extraprofessionnelle. Cette manière de raisonner va à rebours de toute l'histoire du droit du travail, qui a consisté précisément à reconnaître la dimension personnelle de la prestation de travail, autrement dit à ne pas traiter le salarié comme un simple opérateur sur le marché du travail, mais à voir en lui un homme concret, voire une femme. On aurait compris que la Cour affirme, avec la belle autorité dont elle fait preuve pour déclarer la protection litigieuse obsolète [144], que maintenir cette protection risquait de conforter les inégalités existantes à l'intérieur de la famille, c'est-à-dire qu'elle situe son raisonnement à l'articulation du principe d'égalité et des conditions concrètes d'existence des femmes. Mais c'est ce qu'elle refuse précisément de faire, expulsant avec le « notamment » de l'article 2 § 3 toute considération concrète de la vie extraprofessionnelle des salariés.

On voit où conduirait cette manière de raisonner si elle devait être généralisée à tout ce qui touche l'organisation et l'aménagement du temps de travail : la vie privée des salariés étant réputée « préoccupation étrangère » au droit du travail, toutes les dispositions qui visent à faciliter la vie des salariés chargés d'enfants seraient nécessairement jugées contraires au principe d'égalité formelle entre salariés. Et de proche en proche, tout ce qui conduit à considérer que le salarié n'est pas seulement un individu abstrait sur le marché du travail, un *homo oeconomicus*, tout ce qui prend en considération ses conditions concrètes d'existence, tout ce qui le définit comme un être social, devrait être éradiqué du droit au nom de l'égalité formelle. De proche en proche c'est le droit du travail tout entier qui serait appelé à

disparaître. Tel n'était évidemment pas le propos de cet arrêt. Mais la manière dont il déloge l'égalité concrète du principe d'égalité formelle le situe sur cette pente, où la seule prise en compte de l'individu abstrait conduit à nier la spécificité du sujet, où le refus de prendre en considération les inégalités concrètes conduit à faire céder les rapports de droit devant les rapports de force.

Ne retenir du principe d'égalité que l'une de ses faces, que ce soit l'égalité concrète ou l'égalité formelle, conduit ainsi au même résultat : la primauté du fait sur le droit. Car l'affirmation univoque de l'une ou de l'autre transporte hors des limites de la rationalité juridique. C'est dire que la tension entre égalité formelle et égalité concrète qui n'a cessé d'animer le droit du travail ne peut être supprimée, et que le droit, qui est d'une certaine manière l'art des limites, trouve là ses propres limites.

Le principe d'égalité n'est pas le seul dont le maniement permette de mettre en évidence les limites de la rationalité juridique. La façon dont la liberté de la concurrence a pu, ou pourrait être systématisée en droit communautaire laisse entrevoir d'autres déraillements possibles hors des voies du droit. Deux études récentes, l'une de Jean-Jacques Dupeyroux [145], l'autre d'Antoine Lyon-Caen [146], ont parfaitement montré comment un droit de la concurrence qui ne reconnaîtrait pas d'autre point de vue que celui de l'individu sur le marché sonnerait le glas de toutes les constructions juridiques visant à asseoir la sécurité sociale ou la solidarité professionnelle. Si le droit de la concurrence devait être entendu comme la simple mise en forme juridique des lois du marché, alors le sujet de droit se trouverait évincé par l'*homo oeconomicus*, et la règle de droit par la norme économique.

Notes du chapitre

[1] † Parmi une bibliographie foisonnante, on peut retenir : Y. Cannac, *Le juste pouvoir. Essai sur les deux chemins de la démocratie*, Paris, Lattès, 1983, 255 p. ; J.-L. Harrouel, *Essai sur l'inégalité*, Paris, PUF, 1984, 288 p. ; M. Crozier, *Etat modeste, Etat moderne*, Paris, Fayard, 1987, 317 p. ; G. Sorman, « La politique sociale libérale », *Dr. Soc.*, 1986, 83.

[2] † Les développements qui suivent reprennent et actualisent une analyse déjà publiée sous le titre « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. Soc.*, 1984, 296.

[3] † F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London, Routledge et Kegan, 1979 ; trad. fr. *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 3 t., 1980-83.

[4] † Les mesures de déréglementation prises en France durant l'intermède politique libéral des années 1986 à 1988 n'ont pratiquement concerné aucune des professions indépendantes, dont l'activité se trouve protégée par un important dispositif réglementaire (organisation de la profession en « ordres » ayant reçu des prérogatives déontologiques et disciplinaires et réglementant l'accès à la profession ; v. D. Garreau, *Les formes juridiques de fermeture des marchés professionnels de la santé*, th., Univ. de Nantes, 1993, 622 p.). C'est, il est vrai, une donnée spécifiquement française que d'appliquer le qualificatif de « libérales » à des pratiques étroitement corporatistes.

[5] † Cette thèse, dite du conflit des logiques, a été spécialement développée en France par les juristes de la CFDT : v. *CFDT aujourd'hui : Le droit du travail dans la lutte des classes*, janvier-février 1977, n° 23, p. 4-20.

[6] † E. B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, 1924, trad. fr. Paris, EDI, 1970.

[7] † V. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, 319 p.

[8] † V. J. Carbonnier, « Tendances actuelles de l'art législatif en France », in *Légal Science Today*, Acta Universitatis Upsaliensis, Uppsala, 1978, p. 23 sq., repris in *Essais sur les lois*, Paris, Rép. Defrénois, 1979, p. 231 sq.

[9] † V. A. Tissier, « Le Code civil et les classes ouvrières », in *Livre du centenaire*, Paris, Ed. Rousseau, 1904, 1.1, p. 71-94.

[10] † Mais non pas exclu de toute réglementation, puisque la loi du 22 germinal an XI, relative aux manufactures, fabriques et ateliers, avait soumis les ouvriers à un régime de contrôle policier, notamment par l'institution du livret ouvrier. V. *supra*, chap. 1.

[11] † V. *Pour une histoire de la statistique*, ouvr. collectif, Paris INSEE, Impr. Nat., 1977, 593 p., et spéc. les contributions de M. Perrot, « Premières mesures des faits sociaux : les débuts de la statistique criminelle en France (1780-1830) », p. 125-136, et de B. Lecuyer, « Médecins et observateurs sociaux : les Annales d'hygiène publique et de médecine légale (1820-1850) », p. 445-475.

[12] † M. Villermé, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Paris, Renouard, 1840, reprint EDHIS, Paris, 1979, 2 t.

[13] † A. Guépin et E. Bonamy : *Nantes au XIX^e siècle. Statistique topographique, industrielle et morale*, Nantes, P. Sébire, 1835 ; Ed. Savante, Univ. de Nantes, CRP, 1981, avec une présentation de Ph. Le Pichon. Sur l'itinéraire de Guépin, v. aussi Ph. Le Pichon, « Ange Guépin dans l'histoire de Nantes », in *Du sentiment de l'histoire dans une ville d'eau. Nantes*, Thonon-les-Bains, L'Albaron, 1991, p. 155 s.

[14] † Ainsi, les recherches de Guépin et Bonamy sont-elles directement liées à leur engagement saint-simonien (v. *Nantes au XIX^e siècle*, éd. citée, Présentation, p. 7 s.). Le célèbre ouvrage d'Engels sur *La situation de la classe laborieuse en Angleterre* (Leipzig, 1845, trad. fr. : Paris, Ed. Sociales, 1975) s'appuie sur les données du *Journal of the statistical society of*

London, et du *Report to Home Secretary from the poor law commissions, on an enquiry into the sanitary condition of the laborious classes of Great Britain*, présenté au Parlement en 1842.

[15] † Sur le rôle des enquêtes dans la constitution du droit et des institutions du travail, v. J. Luciani (dir.), *Histoire de l'Office du travail*, Paris, Syros, 1992, 431 p.

[16] † V. par ex. E. B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit., p. 134.

[17] † A. Comte, *Catéchisme positiviste*, 1852, Paris, Garnier Flammarion, 1966, cité p. 238, souligné par nous.

[18] † Le succès durable de cette opinion s'explique par au moins trois raisons : a) elle correspond au sens commun qui voit en particulier dans la procédure judiciaire une suite d'opérations magiques parfaitement inintelligibles (v. là-dessus les observations de Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 232) ; b) elle dispense les spécialistes de sciences humaines et sociales de tout effort de compréhension du droit, et ce au nom de la science, ce qui est doublement intéressant ; des auteurs qui n'ont jamais lu un arrêt ni ouvert un code n'hésitent pas à publier des écrits de préférence définitifs sur le droit en général, et le droit social en particulier (v. un bel exemple de cet essayisme épinglé par J.-J. Dupeyroux, « Un Yalta social ? » à propos du livre *Santé mon cher souci*, in *Dr. Soc.*, 1990, 481, et la réponse de l'auteur incriminé *Éod. op.*, p. 905) ; et enfin c) cette opinion a servi à légitimer toutes les violations du droit de la part d'autocrates de tout poil auxquels on a enseigné que le droit n'était qu'une technique de manipulation au service des chefs.

[19] † F. Braudel, « Université et diversité des sciences de l'homme », in *Rev. de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 1, p. 17-22.

[20] † C. Lévi-Strauss, « Les critères scientifiques dans les sciences sociales et humaines », in *Rev. internationale des sciences sociales*, vol. XVI, 1964, n° 4, p. 579 s., repris in *Anthropologie structurale II*, Paris, Plon, 1973, cité p. 361 et 363.

[21] † P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, p. 20-21. Pour un point de vue moins sommaire, v. du même auteur, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sc. sociales*, n° 64, 1986, p. 3 s. L'efficacité du droit y est dite « quasi magique » (p. 13), ce qui rouvre quasiment la porte au questionnement !

[22] † V. Y. Brissaud, « La déchéance de la famille ouvrière sous la Restauration et la monarchie de Juillet aux origines de la législation sociale », in *Le droit non civil de la famille*, Publications de la faculté de droit de Poitiers, t. 10, Paris, PUF, 1983, p. 65-103.

[23] † G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932, reprint Darmstadt, Scientia Verlag, 1972 ; sur l'émergence de ce droit social, v. F. Ewald, *L'Etat Providence*, Paris, Grasset, 1986, spéc. p. 433 s. Sur l'imprécision de la notion de « social », v. G. Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Etudes J. Savatier, Paris, PUF, 1992, 345.

[24] † Sur l'influence de la doctrine allemande dans l'émergence de cette perspective juridique en Europe, v. *supra*, chap. préliminaire.

[25] † Mais non la seule, en raison notamment du dynamisme extraordinaire de certains concepts propres au droit social. V. not. sur la socialisation des risques les fines analyses de F. Ewald, op. cit., p. 223 s.

[26] † V. M. Weber, *Sociologie du droit*, trad. fr. et intr. par J. Grosclaude, Paris, PUF, 1986, 242 p.

[27] † M. Weber, op. cit., p. 42 s. et l'analyse de cette typologie opérée par J. Grosclaude, dans l'introduction de sa traduction, p. 20 s. On négligera ici le type particulier de rationalité formelle que J. Grosclaude qualifie d'extrinsèque (op. cit., loc. cit.).

[28] † M. Weber, op. cit., p. 43.

[29] † V. l'analyse du code civil faite par M. Weber, op. cit., p. 207 s.

[30] † V. *supra*, chap. 2.

[31] † Cf. P. Cam et al., *Les dédales du droit social*, Paris, Presses de la Fond. Nat. des Sc. Po., 1986, 198 p.

[32] † L. Jossierand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH*, 1937, Chr., 1

[33] † Cf. G. Scelle, *Le Droit ouvrier*, Paris, A. Colin, 2^e éd. 1928, p. 12-13 ; G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 229-248 ; A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973, 182 p. Quelques travaux décisifs (G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D*, 1975, Chr., 151-158 et 222-228) ont depuis permis, sinon de clore, du moins de faire taire cette discussion, en apportant la démonstration que le droit civil n'était pas, par nature, défavorable aux salariés.

[34] † C'est la perspective où se situe la théorie institutionnelle de l'entreprise, telle qu'elle a été développée en France depuis Paul Durand : v. *supra*, chap. 4.

[35] † V. G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », art. cité ; et du même auteur, « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Etudes G.-H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1978, p. 33-45.

[36] † V. *CFDT Aujourd'hui*, « Le droit du travail dans la lutte des classes », art. cité ; J.-C. Javillier, « Une illustration du conflit des logiques (droit à la santé et droit des obligations) : le contrôle médical patronal des absences en cas de maladie du salarié », *Dr. Soc.*, 1976, 215 ; et du même auteur, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : Normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Études G.-H. Camerlynck*, op. cit., p. 101-145.

[37] † Cf. les revues françaises de droit du travail in A. J. Arnaud (dir.), *La culture des revues juridiques françaises*, Milan, Giuffrè, 1988, p. 59 s.

[38] † Les employeurs ont ainsi repris à leur compte durant ces dernières années l'idée selon laquelle l'illégalité d'aujourd'hui serait la légalité de demain, idée qui était jusqu'alors l'apanage du syndicalisme ouvrier de lutte des classes. Ont ainsi été conclus en matière d'aménagement du travail de nombreux accords d'entreprise anticipant sur l'abrogation de la loi, et validés rétroactivement par cette dernière (V. J.-E. Ray, « Les accords sur le temps de travail », *Dr. Soc.*, 1988, 99, p. 100).

[39] † Ainsi la critique des jugements aura-t-elle tendance à être directement une critique politique ou idéologique, l'impasse étant faite sur l'examen de la rationalité juridique de ces jugements : c'est la couleur politique du juge qui est spontanément et directement incriminée, qu'elle soit rouge (v. P. Cam, « Juges rouges et droit du travail », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 19, janv. 1978, p. 1-27) ou blanche (v. F. Ewald, « Le droit des socialistes », *Libération*, déc. 1982, et du même auteur, « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », *Dr. Soc.*, 1985, 723).

[40] † V. G. Lyon-Caen, « Quand cesse-t-on d'être salarié ? (le salarié-employeur) », *D*, 1977, Chr., p. 109 ; et *supra*, chap. préliminaire.

[41] † Exemple à cet égard est la situation des agriculteurs « intégrés » (v. « L'élevage industriel face au droit du travail », *Rev. droit rural*, n° spéc., oct.-nov. 1983, 325 ; et sur le concept juridique d'intégration, *supra*, chap. 4).

[42] † V. J.-N. Retiere, « Les avocats », in *Les dédales du droit social*, op. cit., p. 79 s.

[43] † Cf. les réserves formulées par G. Lyon-Caen sur le développement de ce sociologisme in « A propos de quelques ouvrages de doctrine », *Dr. Soc.*, 1978, 292.

[44] † V. *infra*, sect. 2.

[45] † Cf. G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, op. cit., p. 288 s.

[46] † V. *La théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit.

[47] † « Dans une phase supérieure de l'idée de société communiste, quand auront disparu

l'asservissante subordination des individus à la division du travail et, avec elle, l'opposition entre le travail intellectuel et le travail manuel ; quand le travail ne sera pas seulement un moyen de vivre, mais deviendra lui-même un premier besoin vital ; quand, avec le développement multiple des individus, les forces productives se seront accrues elles aussi et que toutes les sources de la richesse collective jailliront avec abondance, alors seulement l'horizon borné du droit bourgeois pourra être définitivement dépassé et la société pourra écrire sur ses drapeaux : De chacun selon ses capacités à chacun selon ses besoins ! » (Marx, *Critique du programme de Gotha*, Ed. de Pékin, 1972 p. 16).

[48] † Pasukanis, *op. cit.*, Préface à l'édition allemande, p. 25.

[49] † *Le Capital* (1867), liv. I, sect. 3, chap. X, § 2, in K. Marx, *Œuvres – Économie*, t. 1, Paris, Gallimard, 1965, p. 795.

[50] † *Ibid.*, p. 833.

[51] † *Ibid.*, p. 808 s.

[52] † *Critique du programme de Gotha*, *op. cit.*, p. 31-32.

[53] † C'est la formule orthodoxe de M. et R. Weyl, *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Paris, Ed. Sociales, 1968, cité p. 101 et p. 119.

[54] † C'est la formule hérétique de B. Edelman, *La légalisation de la classe ouvrière*, Paris, C. Bourgeois, 1978, p. 12 ; Rapp. A. Jeammaud, « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. Soc.*, 1978, 337 v. n° 3. Elle se situe dans le droit fil des analyses de Pasukanis et rejoint dans sa conclusion la thèse toujours défendue par les anarchistes. V. dans la même perspective marxiste l'ouvrage collectif : *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, PUG, 1980, 281 p. Les infléchissements actuels de ces thèses ne remettent pas en question leur substantifique moelle, qui consiste à défendre une « conception instrumentale de la normativité juridique », même lorsque la réflexion s'enrichit d'une réflexion sur le problème de la Référence et du principe du Tiers (v. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, Chr. XXXIV, 199).

[55] † V. P. Bance, *Les fondateurs de la CGT à l'épreuve du droit*, Paris, Ed. La Pensée sauvage, 1978, 253 p.

[56] † Cf. G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouv.*, 1951, p. 1-5.

[57] † V. A. Zinoviev, *Le communisme comme réalité*, Paris-Lausanne, Julliard/L'Age d'Homme, 1981, 333 p.

[58] † M. Tchikvadze, « Socialist Legality in the USSR », in *Le concept de légalité dans les pays socialistes*, Cahiers de l'académie polonaise des sciences (XXI, 1961). La nouvelle légalité instituée aujourd'hui en Russie est référée quant à elle aux « droits et libertés de l'Homme comme valeur supérieure de la société et de l'Etat » (*Déclaration des droits et liberté de l'homme et du citoyen* de la Fédération de Russie, du 22 novembre 1991, reproduite in M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, Paris, PUF, 13^e éd. 1992, p. 939).

[59] † Reprise textuelle de l'ancien article 90 de la constitution polonaise. L'art. 7 de ce même code du travail fournissait la méthode d'interprétation juridique correspondante : « Les dispositions du droit du travail doivent être interprétées et appliquées en conformité avec les principes du système socialiste et les buts de la République populaire de Pologne ».

[60] † *La théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*, p. 93.

[61] † V. par ex. M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, 388 p., *passim*.

[62] † Ainsi que l'observait de son côté R. David in *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 7^e éd. 1978, n° 167, p. 211.

[63] † V. cette critique développée in Miaille, *op. cit.*, p. 48 s.

[64] † Cf. Miaille, *op. cit.*, p. 49.

[65] † Cf. R. David, *op. cit.*, n° 125 et 128.

[66] † *Ibid.*, n° 127.

[67] † A. Zinoviev, *Le communisme comme réalité*, *op. cit.*, p. 271.

[68] † B. Edelman, *La légalisation de la classe ouvrière*, *op. cit.*, p. 12.

[69] † V. par ex. F. A. Hayek, *op. cit.*, t. 2, p. 104, note 34, se référant à Pasukanis pour argumenter l'inanité de l'idée de droit social.

[70] † In *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, t. 2 : « Le mirage de la justice sociale », chap. IX, p. 75.

[71] † « Wohlfahrt aber hat kein Prinzip, weder für den der sie empfängt noch für den der sie austeilt (der eine setzt sie hierin, der andere darin) ; weil es dabei auf das *Materiale* des Willens ankommt, welches empirisch und so einer allgemeinen Regel unfähig ist » (*Der Streit der Fakultäten*, 1798, sect. 2, § 6, n° 2).

[72] † Cf. F. A. Hayek, *op. cit.*, t. 1 : *Règles et ordre*, 208 p. C'est de propos délibéré que l'analyse sera ici centrée sur l'œuvre de Hayek. Il ne s'agit pas de sous-estimer par exemple le retentissement des travaux de John Rawls (*A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972 ; trad. fr. *Théorie de la Justice*, Paris, Seuil, 1987, 666 p.) ou de Robert Nozick (*Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974 ; trad. fr. *Anarchie, Etat et utopie*, Paris, PUF, 1988, 442 p.).

Mais, outre le fait que ces travaux ont déjà été abondamment analysés et commentés en France (V. P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat-providence*, *op. cit.*, p. 79 s., et la bibliographie citée p. 183 s. ; v. aussi la critique de Rawls par R. Boudon in *Effets pervers et ordre social*, Paris, PUF, 1989, p. 157 s.), Hayek est le seul à présenter une critique radicale des concepts de droit social et de justice sociale. Enfin, toutes ces études ne sont que des variantes d'une même démarche intellectuelle (ainsi que Hayek le souligne lui-même (*op. cit.*, préfaces des t. 2 et 3, et t. 2, p. 120), démarche entièrement dominée par le contractualisme, et ignorante des enjeux symboliques du droit.

[73] † *Op. cit.*, p. 159.

[74] † *Ibid.*, t. 1, p. 146-147.

[75] † Ce parti-pris est d'ailleurs explicite ; selon Hayek le système de *Common Law* explique pourquoi l'Angleterre serait le seul pays à avoir édifié une conception moderne de la liberté selon la loi (*ibid.*, t. 1, p. 102) et la pensée continentale serait responsable des atteintes portées à cette conception (v. par ex. *ibid.*, p. 56). On peut surprendre dans son ouvrage une étonnante ignorance du droit des pays latins. C'est ainsi qu'y est affirmée l'appartenance du droit pénal au droit public en Europe continentale (*ibid.*, p. 159). Il serait utile de rechercher l'influence de la culture juridique de *Common Law* sur les autres ouvrages se situant dans la même perspective.

[76] † *Ibid.* t. 1, p. 113 s.

[77] † *Ibid.*, p. 149 s. A vrai dire Hayek emploie plus volontiers les termes de « gouvernement » ou de « législateur » que celui d'Etat, qui lui semble entaché par « l'influence de la pensée continentale » (*ibid.*, p. 56). Cela lui permet de contourner quelque peu le problème de la définition de l'Etat minimal sur lequel achoppe la pensée libérale (cf. P. Rosanvallon, *op. cit.*).

[78] † F. Hayek, *op. cit.*, t. 2 : *Le mirage de la justice sociale*, p. 116.

[79] † V. par ex. les réactions de la droite libérale aux premières lois sociales limitant la durée du travail des enfants, rapportées par Y. Brissaud, art. cité, 83.

[80] † *Op. cit.*, t. 2, p. 120.

[81] † Ces expériences ont joué un rôle capital dans la biographie et l'évolution intellectuelle d'hommes tels Hayek ou K. Popper, qui furent socialistes dans leur jeunesse (v. K. Popper, *La quête inachevée*, 1974, trad. fr. Paris, Calmann-Lévy, 1981, p. 50 s.).

[82] † « Ce qui paralyse toujours davantage le jeu des forces spontanées du marché n'est pas

ce à quoi pense le public en dénonçant les monopoles, c'est la prolifération dans tous les secteurs "professionnels" des groupements, associations et unions syndicales. Leur moyen d'action consiste principalement dans la pression exercée sur le pouvoir politique pour obtenir qu'il se charge de la "régulation" du marché en leur faveur (...) L'expression même de "liberté d'organisation", sanctifiée par son emploi comme cri de ralliement non seulement par les syndicats ouvriers, mais par ces organismes politiques dont le gouvernement démocratique ne peut se passer, comporte des résonances hostiles à la suprématie du droit et incompatibles avec ce fondement d'une société libre (...) Les véritables exploités ne sont pas des capitalistes égoïstes ni les entrepreneurs, ni en fait des individus pris isolément, mais des organisations qui tirent leur puissance de ce que l'on reconnaît une valeur morale à l'action collective et au sentiment de loyauté collective du groupe » (Hayek, *op. cit.*, t. 3 : « L'ordre politique d'un peuple libre », p. 105-106 et p. 113).

[83] † *Ibid.*, p. 111 s.

[84] † *La crise de l'Etat-providence, op. cit.*, p. 97 s.

[85] † *V. supra*, § 1, A. Ici encore, Hayek est prisonnier d'une vue du droit social bornée à l'expérience allemande, c'est-à-dire d'un droit théorisé de bonne heure, notamment par le « socialisme de la chaire » (*v. supra*, chap. préliminaire), et il ignore les sédimentations et les tâtonnements au travers desquels il s'est constitué dans un pays comme la France.

[86] † « Ce qui caractérise les règles qui dirigeront l'action au sein d'une organisation, c'est qu'elles doivent être des règles pour l'accomplissement de tâches assignées. Elles impliquent au départ que la place de chaque individu dans une structure fixe est déterminée par voie de commandement, et que les règles auxquelles chaque individu doit obéir dépendent de la place qui lui a été assignée et des objectifs particuliers que lui a indiqués l'autorité qui commande (...). Les règles d'une organisation sont donc nécessairement subsidiaires par rapport aux commandements, comblant les lacunes laissées par les commandements » (Hayek, *op. cit.*, t. 1, p. 58).

[87] † *V. supra*, chap. 3.

[88] † Sur ce processus de « civilisation de l'entreprise », *v. supra*, chap. 4.

[89] † Lénine, cité par J. Querzola, « Le chef d'orchestre à la main de fer. Léninisme et taylorisme », in *Le soldat du travail, Recherches*, n° 32-33, sept. 1978, p. 57-94.

[90] † Hayek, *op. cit.*, t. 2, p. 90 s.

[91] † Cf. P. Ollier, *Droit du travail*, Paris, A. Colin, 1972, p. 368 s.

[92] † *V. supra*, chap. 3.

[93] † Sur cette distinction, *v. Les juridictions du travail*, Paris, Dalloz, 1987, n° 296, p. 293 s.

[94] † Cf. J. Carbonnier, *Essais sur les lois, op. cit.*, p. 271 s.

[95] † *Ibid.*

[96] † C'est-à-dire au sein de la famille au sens étymologique, incluant les esclaves. Cette question est principalement abordée dans *La Politique*, v. éd. Tricot, Paris, Vrin, 1982, livre I.

[97] † Principalement traitée dans le livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, v. l'éd. Gauthier et Jollif, Louvain, Nauwelaerts, 1970, t. 2, p. 120 s.

[98] † V. diverses formulations contemporaines de ce principe du Tiers comme principe fondateur du droit, not. chez A. Kojève (*Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, spéc. chap. 1, p. 19 s.) ; et dans l'œuvre de P. Legendre, qui l'enrichit des apports de la psychanalyse (not. la définition donnée in *Les enfants du texte*, Paris, Fayard, 1992, p. 30).

[99] † *Ethique à Nicomaque*, éd. citée, p. 139-140.

[100] † « Toute famille, écrit Aristote, est régie dans la forme monarchique par le mâle le plus âgé », *La Politique*, éd. citée, I, 2, 20, p. 26.

[101] † C'est-à-dire, dans la terminologie reçue d'Aristote, la « justice générale » par

opposition à la « justice particulière ». Sur cette distinction, *v. M. Villey, Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, t. 1, 3^e éd. 1982, n° 30 s.

[102] † Aristote distingue au contraire avec soin tout au long du livre I de *La Politique* la nature des relations que le chef de famille entretient avec sa femme (sujet majeur et libre), ses enfants (sujets mineurs) et ses esclaves.

[103] † M. Weber, *Sociologie du droit, op. cit.*, p. 28 s. *V. aussi Economie et société*, trad. fr. Paris, Plon, t. 1, 1971, p. 54.

[104] † *Sociologie du droit, op. cit.*, p. 28.

[105] † *Ibid.*, p. 30.

[106] † *Ibid.*, p. 29.

[107] † *Ibid.*

[108] † M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1971, 318 p.

[109] † *V. supra*.

[110] † Pasukanis, *La théorie générale du droit et le « marxisme », op. cit.*, p. 69 s. et 86 s.

[111] † La notion de « règle de normalisation » proposée dans la première version de ce texte (*Dr. Soc.*, 1984, p. 305) a l'inconvénient de renvoyer trop fortement à la normalisation technique, laquelle ne représente qu'une des figures possibles de la norme dans la relation de travail : *v. infra*, chap. 6). La clarification sémantique qui consisterait à opposer les « règles » (de droit) et les « normes » (non juridiques) est évidemment rejetée par les auteurs qui défendent une conception fonctionnelle et instrumentale de la règle de droit, tel A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, Chr., XXXIV, 199, spéc. p. 200.

[112] † V. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 174 s.

[113] † Cf. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, n° 29, p. 32 (cet ouvrage majeur vient de faire l'objet d'une réimpression : Paris, Dalloz, 1991).

[114] † L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophique*, 1921, trad. fr., Paris, Gallimard, 1961, § 5.632.

[115] † La démonstration logique en a été administrée de façon réjouissante par Alexandre Zinoviev in *Les hauteurs béantes*, Lausanne, L'Age d'Homme, 1977, p. 233. L'humour dévastateur cultivé dans les pays durablement soumis à l'arbitraire offre maints exemples de cette conscience aiguë de l'absence de la forme juridique (*v. parmi les plus justement célèbres*, J. Hasek, *Le brave soldat Chveïk*, Paris, Gallimard, 1932).

[116] † V. P. Legendre, *op. cit.*, et du même auteur, *Le crime du caporal Lortie*, Paris, Fayard, 1989.

[117] † La même analyse peut être faite de l'évolution contemporaine du rapport commercial : l'individu « client-roi » de la grande surface est privé de la polysémie du « commerce » (dont le sens policé — le commerce intersubjectif — allait jusqu'alors de pair avec le sens marchand) pour être livré à un appareil mécanisé de distribution où le rapport avec le commerçant disparaît entièrement. Il n'est plus le sujet d'un rapport humain, mais l'objet d'une normalisation du commerce. Ici encore l'individualisation (dans la diversification infinie des produits offerts à la vente) va de pair avec la désubjection.

[118] † Cf. L. Sfez, *Critique de la communication*, Paris, Seuil, 1988, spéc. p. 339 s.

[119] † E. Goffman, *Asiles*, trad. fr. Paris, Ed. de Minuit, 1968. *V. la transposition remarquable des travaux de Goffman dans l'ordre juridique opérée par D. Loschak, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », in L'institution, ouvr. coll., Paris, PUF, 1981, p. 125-18.*

[120] † M. Foucault, *Surveiller et punir, op. cit.*

[121] † Cf. G. Canghilhem, *Le normal et le pathologique, op. cit.*, p. 182-183.

[122] † Le formalisme du procès — et la liberté d'expression qui s'y trouve liée — sont radicalement incompatibles avec des systèmes de normalisation. Cela permet de comprendre

la préférence pour les techniques d'internement psychiatrique ou d'enlèvement et de disparition, manifestée par les régimes totalitaires qui sont pourtant en mesure de dicter les verdicts des juges.

[123] † E. Pasukanis, *op. cit.*, p. 71. Ironie de l'histoire, le malheureux disparaîtra *sans procès*, victime des purges staliniennes.

[124] † Cité *supra*.

[125] † V. là-dessus l'analyse décapante de M. Villey, *Le droit et les droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1983, 169 p. Selon cet ouvrage, dédié au pape, les droits de l'Homme ne participent pas de la définition du Droit. Il serait sans doute plus exact de voir dans les droits de l'Homme la référence ultime du droit occidental moderne, référence à prétention universelle. Il n'y a guère de différence de ce point de vue entre les pères blancs du siècle dernier et nos modernes « médecins du monde » (la différence est ailleurs : les pères blancs demeuraient longuement dans les sociétés où ils œuvraient et les connaissaient infiniment mieux que leurs modernes successeurs).

[126] † V. ses *Leçons* publiées aux éditions Fayard depuis 1983.

[127] † A des degrés divers, la palme revenant sans discussion possible aux sciences économiques, suivies de près par la sociologie, celle-ci empruntant d'ailleurs à celle-là nombre de concepts (capital, investissement, etc.).

[128] † V. « Les critères scientifiques dans les sciences sociales et humaines », *op. cit.*, *loc. cit.*

[129] † Not. dans l'œuvre de Leibniz, v. G. Kalinowski et J.-L. Gardies, « Un logicien déontique avant la lettre : Leibniz », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1974, LX/1, 79. Cet effort de formalisation perdue au travers des travaux contemporains de logique déontique ; v. J.-L. Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, LGDJ, 1972, 273 p. ; et du même auteur, *Essai sur la logique des modalités*, Paris, PUF, 1979, 239 p. ; P. Bailhache, *Essai de logique déontique*, Paris, Vrin, 1991, 224 p.

[130] † V. *supra*, chap. 1.

[131] † V. *supra*, chap. préliminaire.

[132] † V. *supra*, chap. 2

[133] † V. *supra*, 2^e partie.

[134] † Pour Aristote la justice dans la cité requiert des individus libres et égaux (v. *Ethique à Nicomaque*, *op. cit.*, liv. V, chap. X). Une telle conception du sujet de droit est étrangère au système de castes, qui ne pense l'individu que par référence à une totalité (v. L. Dumont, *Homo hierarchicus. Le système des castes et ses implications*, Paris, Gallimard, 1966, rééd. 1990).

[135] † Sur l'élaboration de cette combinaison en droit du travail, v. *supra*, chap. 3.

[136] † Les réflexions qui suivent reprennent un propos autrement développé in « Les inégalités entre chômeurs », in *Les sans emploi et la loi*, ouv. coll., Quimper, Calligrammes, 1988, p. 185 s.

[137] † Cf. C. const., 28 mai 1983 (cumul salaire-retraite), *AJDA*, 1983, 619, note F. Le Bris ; C. const., 16 janv. 1986, *JO* du 18, *Droit Social*, 1986, p. 376 s., art. Y. Gaudemet.

[138] † V. *supra*, chap. 2.

[139] † Sur l'« incidence affective » des lois, v. *supra*, chap. 2.

[140] † C. trav., art. L. 321-1-1.

[141] † *CJCE* 25 juil. 1991, aff. 345-89, *Dr. Soc.*, 1992, 183, ss. obs. M.-A. Moreau ; le développement qui suit reprend une analyse déjà publiée in *Dr. Soc.*, 1992, 382.

[142] † Du problème de droit, car il ne s'agit pas de discuter ici de l'*opportunité* de la décision de la Cour (condamnation de la règle d'interdiction du travail de nuit des femmes). Etant d'avis d'une part que la succession des jours et des nuits est une loi naturelle dont on devrait déduire pour les deux sexes le droit au repos nocturne, et d'autre part que le repos ainsi

partagé participe d'une vie familiale normale (laquelle est une condition majeure de la « cohésion sociale » ; sur cette notion, v. *CE*, 8 déc. 1978, *Dr. Soc.*, 1979, 57, Concl. Dondoux), l'auteur de ces lignes ne peut qu'espérer (sans trop y croire) que cette jurisprudence est l'amorce d'une généralisation du principe d'interdiction du travail de nuit.

[143] † Une étude française récente de la criminalité sexuelle montre d'une part que les agressions (toutes qualifications confondues) sont plus nombreuses aux heures de sortie du travail, et d'autre part que les infractions les plus graves (les crimes, et spécialement les viols) sont principalement commises entre 22 h et 5 h du matin. (V. M. Bordeaux, B. Hazo, S. Lorvellec, *Qualifié Viol*, Genève, Méridiens-Klincksieck, 1990, spéc. p. 99 s.) Il n'était donc pas déraisonnable d'avancer que la levée de l'interdiction du travail de nuit exposerait un plus grand nombre de femmes à de telles agressions, et les doutes exprimés par l'arrêt sur la réalité de ce risque (« à supposer que « ces risques » soient plus grands que le jour... ») sont infondés.

[144] † Cf. son affirmation péremptoire : « le souci de protection qui a inspiré à l'origine l'interdiction de principe du travail de nuit féminin n'apparaît plus fondé ».

[145] † J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité », *Dr. Soc.*, 1990, 741.

[146] † A. Lyon-Caen, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Etudes J. Savatier, Paris, PUF, 1992, 331.

Chapitre VI. Les figures de la norme

Dans la relation de travail, la règle de droit rencontre donc nécessairement d'autres types de normativité, le légal se combine avec le normal. Reste à examiner comment s'opère en pratique cette combinaison. Cet examen portera sur trois grands types de normes non juridiques à l'œuvre dans les entreprises : les normes techniques, les normes de conduite et les normes de gestion.

I - Normes techniques : droit du travail et normalisation européenne [1]

La question de la normalisation européenne se trouve à la confluence de deux principes fondamentaux. Le premier est celui de la responsabilité des Etats quant à la sauvegarde de l'intérêt général sur leur territoire. Cet intérêt général recouvre en particulier les impératifs de sécurité des personnes et des biens, de santé des personnes et de protection de l'environnement. Et son respect implique de réglementer la conception et la qualité des produits mis sur le marché. D'où l'existence dans tous les Etats membres de réglementations techniques nationales, destinées à assurer ce respect. Le second principe est celui de la libre circulation des marchandises, qui implique au contraire l'abolition non seulement de toute restriction quantitative à l'importation, mais aussi de « toute mesure d'effet équivalent » [2]. Les réglementations techniques nationales n'échappent pas a priori à cette prohibition, puisque la libre circulation signifie qu'« une marchandise légalement produite ou commercialisée dans un Etat membre doit pouvoir être introduite et commercialisée sur le marché des autres Etats [3].

La conciliation de ces deux principes conduit inéluctablement à définir des règles qui sauvegardent un niveau de protection élevé dans les Etats membres, tout en abolissant les barrières techniques entre les Etats. La première approche de ce problème (dite aujourd'hui « ancienne approche » dans le jargon communautaire) a consisté à édicter un ensemble détaillé de « règles techniques » [4] régissant la conception des produits au niveau européen. C'est ce qui a été fait par exemple dans le cas des chariots automoteurs, régis par une directive 86/663 du 22 décembre 1986 [5]. Cet exemple montre les inconvénients de cette « ancienne approche » : elle est lente (4 ans de

gestation), touffue (160 pages de normes), rigide (le progrès technique condamne ces normes à l'obsolescence parfois avant même leur promulgation), et exagérément uniformisatrice (risque particulièrement sensible en matière de produits alimentaires, où des assiettes réduites à s'emplir d'europâtes, saupoudrées d'eurofromage et arrosées d'eurobière risquent fort de couper l'appétit pour l'Europe). D'où l'adoption d'une « nouvelle approche », dite de « renvoi aux normes », par une Résolution du Conseil du 7 mai 1985 [6].

A - Le « renvoi aux normes »

Cette « nouvelle approche » du renvoi aux normes repose sur une distinction entre deux types de dispositions : d'une part les « exigences essentielles » de l'intérêt collectif auxquels doivent correspondre les produits mis sur le marché ; et d'autre part les « spécifications techniques » dont les professionnels ont besoin pour produire et mettre sur le marché des produits conformes à ces exigences essentielles. Cette distinction fonde une division du travail normatif entre la sphère publique et la sphère privée.

A la sphère publique (*i.e.* à la Communauté) incombe le soin de définir les exigences essentielles de sécurité, par grand groupe de produits. Tel est l'objet des directives « Nouvelle approche », prises sur la base de l'article 100 A du traité de Rome, dont la Directive « Machines » [7] offre un exemple topique : on y trouve une énumération de ces exigences essentielles (relatives aux matériaux utilisés, à l'éclairage, à la manutention, aux commandes, à la maintenance, aux dispositifs de sécurité, etc.). Les règles ainsi posées sont des règles de droit, qui fondent des obligations juridiquement sanctionnables. Elles ne peuvent donc être modifiées que par adoption d'une autre directive [8]. Leur force obligatoire est d'autant plus grande qu'il s'agit d'instruments d'harmonisation « totale », qui n'autorisent aucune dérogation, fût-ce *in melius*, de la part des Etats membres. Ces derniers

ne peuvent donc — c'est la grande différence avec les directives adoptées sur la base de l'article 118 A — imposer des exigences de sécurité plus élevées sans un aval des autorités communautaires. A la sphère privée (*i.e.* aux organismes de normalisation [9]), incombe le soin de définir des spécifications techniques [10] répondant aux exigences ainsi posées, c'est-à-dire de prescrire des « normes » au sens de la directive du 28 mars 1983 [11]. Ces normes n'ont aucun caractère obligatoire et leur caractère « volontaire » est clairement affirmé dans la Résolution du 7 mai 1985 : elles peuvent donc être facilement modifiées au gré du progrès technique, et un produit non conforme à la norme ne se trouve pas nécessairement exclu du marché, s'il est démontré qu'il satisfait aux exigences essentielles de sécurité. Elles ont cependant deux effets juridiques importants. Le premier est la présomption de conformité aux exigences essentielles qui s'attache aux produits fabriqués conformément aux normes harmonisées (ou, à défaut de telles normes, aux normes nationales répondant elles-mêmes à ces exigences essentielles). Le second est l'obligation faite aux Etats membres d'interdire à leurs organismes nationaux de normalisation d'intervenir dans les domaines où une norme européenne est en cours d'élaboration) [12]. Enfin ces normes sont des biens marchands. Seule leur existence doit être rendue publique, mais il s'agit de biens négociables dont la distribution se trouve elle-même soumise au principe de la libre concurrence [13]. Cette répartition des tâches suppose l'organisation d'une coopération entre sphères publique et privée, à la fois en ce qui concerne l'élaboration, le financement, et l'application des normes [14].

Du point de vue du droit du travail, cette brève description de la technique du « renvoi aux normes » présente deux caractéristiques remarquables. Le droit communautaire confirme tout d'abord ici la *dynamique du droit à la sécurité physique*, telle qu'elle s'est manifestée dans l'histoire du droit du travail des pays membres depuis le milieu du XIX^e, et dans celle du droit social européen depuis vingt ans. Mais, tandis qu'au plan interne c'est le droit du travail qui a été à l'avant-

garde de cette dynamique, conduisant notamment à un bouleversement des principes de la responsabilité civile [15], c'est au contraire le droit commercial qui constitue au plan communautaire le fer de lance de l'évolution. L'article 118 A ne joue ici qu'un rôle subsidiaire, la normalisation n'intervenant sur cette base que dans l'hypothèse où aucune norme n'a été établie sur celle de l'article 100 A. Mais qu'elle ait pour moteur le droit du travail ou le droit commercial, cette dynamique a toujours pour effet remarquable d'estomper la distinction du salarié et du travailleur indépendant ou du non-travailleur. Cet effet, qui s'observe par exemple dans le droit français du règlement intérieur [16], se manifeste en droit communautaire par la mise sur le même plan des travailleurs et des consommateurs dans de nombreux aspects du dispositif de la « nouvelle approche », notamment en ce qui concerne la représentation et la défense de leurs intérêts [17].

La technique du « renvoi aux normes » s'inscrit également dans le mouvement plus général qui conduit à promouvoir l'*autoréglementation* des entreprises. Ce mouvement s'exprime, on le sait, en droit interne par la faveur dont jouissent les accords d'entreprise, et par l'essor de normes unilatérales auxquelles la jurisprudence confère une valeur juridique [18]. La « nouvelle approche » présente des caractéristiques semblables. Le soin de fixer des règles est partiellement confié à ceux qui devront observer ces règles (dans la mesure où les organismes de normalisation sont dominés par les industriels appelés à observer les normes qu'ils définissent). Cette autoréglementation, au statut hybride, est articulée avec le droit hétéronome. Cela explique plusieurs traits remarquables de la « nouvelle approche ». Ainsi le fait qu'à certains égards (par exemple en matière d'information mutuelle) les Etats et les organismes de normalisation soient mis sur le même plan. Ou bien l'établissement de rapports conventionnels entre la puissance publique et des « corps intermédiaires » auxquels est déléguée une parcelle du pouvoir réglementaire [19]. La publication officielle des

normes évoque par exemple irrésistiblement la loi négociée, par laquelle le législateur se borne à apporter le sceau de l'Etat à des arrangements de type néocorporatiste [20].

B - La distinction des règles juridiques et des normes techniques

Question essentielle puisque la « nouvelle approche » est tout entière fondée sur la possibilité de distinguer clairement ce qui relève des « exigences essentielles » de la sécurité, et ce qui relève des « spécifications techniques ». Mais question malaisée, qui a déjà suscité des divergences au sein même des organes de la Communauté. Certains plaident pour une conception large de la norme technique, et ne verraient par exemple pas beaucoup d'inconvénients à y inclure des questions telles que la durée du travail sur les instruments normalisés. Ce serait plutôt, dit-on, la nouvelle approche anglo-saxonne. Au contraire, les tenants d'une nouvelle approche « latine » défendent une conception restrictive de la norme technique, qui tend à éliminer du « renvoi aux normes » tout ce qui touche à la subjectivité des utilisateurs. La conception anglo-saxonne s'inscrit clairement dans une tendance à la délégalisation et donc à la normalisation de la relation de travail [21]. Dès lors qu'une question — par exemple la durée du travail sur une machine — semble passible d'une norme scientifique ou technique, le droit n'aurait plus, dans cette conception, de titre légitime à trancher cette question et devrait se borner à prendre acte de cette norme. Mais cette instrumentalisation du droit ne peut que brouiller davantage la distinction entre règles juridiques et normes techniques, ce qui rend plus impérieux encore le besoin d'un critère susceptible de les distinguer.

Quel critère ? Pour aborder cette question d'une manière un peu plus concrète, il est possible de partir d'une réflexion sur des normes techniques connues de tous, telles les normes d'utilisation (modes

d'emploi) des objets de consommation courante. Qu'est-ce qui permet de dire que la norme technique d'utilisation n'a pas la valeur d'une règle de droit, et qu'il serait dangereux de la considérer comme telle ? Cette observation de bon sens que la norme technique ne vaut que par rapport à une finalité précise, autrement dit qu'il s'agit d'une norme purement instrumentale. Il en résulte en particulier qu'elle ne se prête pas aux modes d'interprétation inhérents à la pensée juridique [22]. Cette caractéristique se trouve clairement exprimée dans la « nouvelle approche » de la normalisation européenne, où la présomption de conformité aux exigences essentielles de sécurité ne vaut que dans la mesure où les produits sont « utilisés conformément à leur destination » [23]. La norme technique n'a donc de valeur que par rapport à une fonction pratique déterminée. Ce critère est fondamental, et permet de l'opposer trait pour trait à la règle de droit. La norme technique est unidimensionnelle [24], en ce sens qu'elle appartient à un seul monde : le monde des faits. Elle tire sa légitimité d'un savoir sur ces faits. D'où son caractère concret (elle doit correspondre étroitement à la diversité des faits), mobile (elle doit pouvoir évoluer avec la progression des connaissances) et facultatif (elle doit permettre le démenti ou l'alternative technique, *i.e.* être « réfutable » au sens épistémologique). Sa validité est en effet suspendue tout entière à son efficacité. Que survienne un démenti, ou un simple doute sur cette efficacité, et la norme technique doit pouvoir être écartée. C'est le sens de la clause de sauvegarde reconnue aux Etats dans le cas de la « nouvelle approche ».

La règle juridique au contraire est bidimensionnelle en ce sens qu'elle vise à rendre le monde des faits conforme à un monde idéal ; à rendre le monde tel qu'il est conforme à un monde tel qu'il devrait être. Il suffit de lire les Déclarations visant à fonder le droit social européen, comme par exemple la Charte des droits sociaux fondamentaux, pour être transporté dans ce monde idéal, où l'homme est l'égal de la femme [25], où les salaires sont suffisants, où la sécurité est partout et toujours assurée, etc. [26]. La règle de droit ne tire donc pas sa

légitimité d'un savoir sur les faits, mais des valeurs auxquelles elle vise à soumettre ces faits. D'où son caractère général et abstrait (la diversité des faits doit pouvoir lui être subsumée), permanent et obligatoire (elle échappe aux critères de la vérité). Sa validité ne dépend pas en effet de son efficacité, mais de son insertion dans un système idéal de normes, *i.e.* le système juridique.

L'opposition ainsi brossée est schématique, presque caricaturale, mais elle rend exactement compte de la « nouvelle approche » de la normalisation européenne. Les exigences essentielles de l'intérêt collectif (*i.e.* les choix de valeurs à imposer au commerce des marchandises) appartiennent au domaine des directives, c'est-à-dire à des règles obligatoires, générales, permanentes et abstraites [27]. Au contraire les « spécifications techniques » qui permettent d'approcher la réalisation de ces exigences sont renvoyées au domaine de normes concrètes (définition par produit), aisément modifiables et facultatives. La nouvelle approche montre ce que peut signifier une rupture avec l'instrumentalisation du droit. Une telle rupture consiste tout d'abord à restituer au droit son identité propre. Et cela de deux manières. D'une part en renonçant à juridiser ce qui relève d'une rationalité technique : c'est le sens de l'abandon de ce qu'on appelait la réglementation technique dans l'ancienne approche, au profit de normes ouvertes à l'alternative ou au progrès technique. Et d'autre part en affirmant le caractère juridique des choix essentiels, *i.e.* des choix de valeur au service desquels est mis le savoir technique. Ainsi, au lieu que la règle de droit apparaisse comme la mise en forme impérative de la rationalité technique, elle apparaît comme l'impératif humain auquel cette rationalité doit être subordonnée. Au lieu que le droit soit indexé sur la valeur de la technique, c'est la technique qui est indexée sur les valeurs du droit. Cette restitution devrait éviter à l'avenir les dérives d'une objectivation du sujet humain, telle qu'elle peut s'observer dans les directives qui se bornent à reproduire des concepts scientifiques ou techniques, comme celui de « femme en état de procréer » [28], sans s'arrêter une seconde au statut juridique de

tels concepts, et à l'impossibilité de les mettre en œuvre sans porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne. Cette rupture avec l'instrumentalisation du droit dévoile du même coup les faiblesses et les insuffisances de la rationalité technique. S'il s'avère en effet impossible de réduire le droit à la mise en forme d'un impératif technique, c'est notamment parce que la définition de cet impératif est elle-même traversée par des incertitudes et des conflits d'intérêts. Témoigne de ces *incertitudes* le contraste présent dans nombre de directives entre d'une part une définition hautement formalisée des notions techniques utilisées, comme par exemple celle de l'exposition personnelle d'un travailleur au bruit, exprimée dans la directive n° 86/188 par la relation [29] :

$$L_{Aeq} = 10 \log_{10} \left\{ \left(\frac{1}{T_e} \int_0^{T_e} T_e \left[\frac{P_A(t)}{P_0} \right]^2 dt \right) \right\}$$

... et d'autre part une définition très approximative des risques de cette exposition au bruit, dont il est dit dans la même directive qu'ils « doivent être réduits au niveau le plus bas raisonnablement praticable » [30]. De même « les expositions (aux rayons ionisants) doivent être maintenus à un niveau aussi faible qu'il est raisonnablement possible » [31]. Ce qui est « raisonnablement praticable » s'appréciera évidemment d'une manière différente à l'aune du bilan coût/avantages pour l'entreprise, et à l'oreille du travailleur migraineux. La « raison technique » rencontre ici la « raison économique ». Mais l'une comme l'autre sont enclines à asseoir leur autorité sur une chape de chiffres qui recouvre en fin de compte une méconnaissance inévitable de la complexité des faits. On ne peut que déplorer de ce point de vue la formule des « fiches d'impact économique » dont sont aujourd'hui flanquées toutes les propositions de directives communautaires, et qui, faute d'être accompagnées de fiches d'impact social, écologique, politique, esthétique, etc., expriment un art de légiférer réduit à sa plus simple expression technocratique. Faute d'une consommation modérée, ce

type de quantification bornée (bornée à un domaine de la connaissance) annonce des réveils douloureux, comme le montre la remise en cause actuelle du système standard de comptabilité nationale des Nations Unies dont on s'aperçoit qu'il concourt à la disparition des terres arables, faute de tenir compte de leur existence [32].

A ces insuffisances inhérentes à tout savoir spécialisé, s'ajoutent les *conflits d'intérêts* économiques qui président au choix de standards techniques. Le choix de telle norme plutôt que telle autre est en effet un enjeu d'une importance considérable, et donne lieu à un *lobbying* intense, tant du côté des industriels que de celui des Etats membres, soucieux de voir adopter celle qui correspond le mieux aux choix techniques déjà opérés au plan national. De même, des industriels qui ont des stocks à écouler peuvent avoir intérêt à retarder l'adoption d'une norme communautaire qui rendrait ces stocks invendables. Enfin il est clair que les intérêts des travailleurs, des consommateurs et des producteurs ne sont pas nécessairement convergents. Or seuls ces derniers se trouvent en réalité représentés au sein des organismes de normalisation chargés d'élaborer les normes techniques. Plus généralement, la distinction de la règle juridique et de la norme technique, telle qu'elle vient d'être précisée ici, conduit à adopter une conception restrictive de cette dernière. Dès lors que la personne humaine (au sens juridique) est en cause, on touche au domaine des choix de valeurs, domaine qui ne doit être abandonné par le droit, ni directement (par renvoi aux normes), ni indirectement (par renvoi à des comités d'« éthique »), au pouvoir des scientifiques ou des techniciens [33].

II - Normes de conduites : la normalisation des « ressources humaines »

Reconnu comme source de droit dans l'entreprise, l'employeur n'en demeure pas moins un chef, responsable de « l'organisation, de la gestion et de la marche générale de l'entreprise », pour reprendre, comme le fait à l'occasion la Cour de cassation [34], la formule de l'article L. 432-1 du code du travail. Or ce pouvoir de gestion peut, et parfois doit prendre un visage normatif : le chef d'entreprise ne se borne plus alors à donner des ordres, il les fixe dans des textes. C'est J.-C. Javillier qui a attiré le premier l'attention des juristes sur l'essor actuel de ce type de normes [35] (livrets d'accueil, chartes sociales, etc.). Ces textes ont un contenu très varié, et souvent hétérogène, mêlant le rappel de dispositions législatives ou réglementaires à celui de dispositions propres à l'entreprise, qu'il s'agisse de celles figurant expressément dans le règlement intérieur ou les accords collectifs, ou bien de dispositions originales [36].

Figurent par exemple dans les *Règles de conduite dans les affaires* d'IBM France [37] les consignes suivantes : « Abstenez-vous de posséder des intérêts financiers dans une entreprise avec laquelle IBM entretient des relations d'affaires, si une telle participation est susceptible de créer un conflit d'intérêts avec IBM » ; « Faites part immédiatement à la direction juridique de tout incident qui surviendrait à propos d'un sujet de conversation interdit » ; « Vous pouvez vous trouver dans une situation où votre conjoint, un autre membre de votre famille immédiate ou quelqu'un d'autre qui vous est proche est concurrent ou fournisseur d'IBM ou collaborateur d'un concurrent ou d'un fournisseur d'IBM (...) Vous devez être conscient qu'une telle situation, aussi bénigne qu'elle vous paraisse, peut provoquer des suspicions chez vos collègues et que vos relations de travail pourraient s'en

trouver affectées (...) Afin de dissiper toute suspicion, et de lever tous les doutes, il sera bon d'examiner votre situation personnelle avec votre manager... ».

A côté de règles de conduite de ce type, ces normes patronales établissent aussi, et parfois de façon extrêmement minutieuse, des procédures internes applicables en cas d'insuffisance professionnelle. Par exemple le *Manuel social de l'encadrement* de la société Rank Xerox (dans son édition de 1987) prévoit en pareil cas la mise en place d'un plan d'assistance, destiné à « aider un collaborateur dont les résultats professionnels sont insuffisants à revenir au niveau des prestations que l'entreprise est en droit d'attendre de lui ». Ce plan se déroule en cinq phases, précisément décrites, de « diagnostic », d'« entretien préalable », de « formalisation » du plan, d'« appréciation des résultats » et de « conclusion du plan ». En cas d'échec, ou de refus par le salarié du plan d'assistance, est mis en place un « plan d'action », d'une durée de deux mois, qui se déroule selon la même procédure. Le *Manuel* précise que ces plans ne s'inscrivent pas dans un processus disciplinaire et visent les cas où « l'insuffisance des résultats constatée n'est pas corrélative à des problèmes de comportement personnel, de non-respect de directives d'action ou de manquements à la discipline ». Ce genre de procédure semble assez répandu dans les grandes entreprises, et se retrouve par exemple dans la *Charte des ressources humaines du Groupe Bouygues*, présenté par son président comme une « véritable Ethique » destinée à guider l'action, et « un Engagement [du] groupe envers chacun [de ses salariés] » [38]. Cette Charte définit l'entretien annuel d'appréciation comme « un droit des collaborateurs ». Cet entretien est « un dialogue [qui] met les deux parties [le salarié et son supérieur hiérarchique] devant leurs responsabilités, et évite les malentendus. De plus, il conduit chacun à se fixer des objectifs d'amélioration ».

Qu'il y ait là-dedans de la norme n'est pas douteux : l'emploi de l'impératif et du performatif y est omniprésent. Mais comment qualifier ces normes patronales ? Participent-elles, et à quelles

conditions, de l'ordre juridique positif ? Se trouve ainsi crûment posée la question des critères de la juridicité, dont notre droit positif parvient généralement à faire l'économie. Qu'il soit permis d'avancer ici une réponse assez simple : on ne devrait pouvoir véritablement parler de droit patronal de l'entreprise que dans la mesure où ce droit limite l'exercice du pouvoir patronal dans l'entreprise. Si elles ne sont pas soumises à l'adage *Tu patere legem quam fecisti* [39], les normes patronales ne participent pas de l'ordre juridique. Autrement dit ces normes ne constituent des règles de droit que si elles lient l'employeur lui-même. Cela n'implique pas qu'elles mettent nécessairement à sa charge des obligations positives, mais qu'elles présentent un caractère suffisant de généralité et de permanence pour pouvoir lui être opposées dans un litige éventuel. La généralité et la permanence d'une règle [40] entraînent en effet toujours une limitation du pouvoir de l'auteur de cette règle : la généralité en permettant à tout intéressé d'en déclencher l'effet impératif (principe d'égalité devant la loi), et la permanence en émancipant son application du maintien de la volonté de cet auteur. Faute de pouvoir être ainsi opposée à l'employeur, notamment devant le juge, une norme patronale ne répond pas à ce critère élémentaire de la juridicité [41].

Ce critère affleure en jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation décide-t-elle que n'instaure pas un usage la note de service octroyant un avantage (en l'espèce un « pont ») aux salariés, sous la réserve constamment réitérée que ces avantages « pourraient être rapportés en tout ou partie selon les nécessités du service » : cette « expression claire de la volonté de l'employeur » de ne pas se lier pour l'avenir conduit à écarter l'existence d'une norme qui lui serait juridiquement opposable [42]. Réciproquement, un arrêt remarquablement motivé de la Cour d'appel de Paris décide que « si les circulaires internes invoquées par les salariés ne constituent pas un accord d'entreprise, il n'en demeure pas moins que l'employeur est lié par les règles qu'il s'est lui-même fixées (sic), sauf à les modifier dans la mesure où elles ne sont pas créatrices de droit et que, s'agissant d'un engagement unilatéral,

les salariés qui en sont bénéficiaires sont bien fondés à s'en prévaloir » [43]. La référence à l'adage *Tu patere legem quam fecisti* est ici transparente, et devrait pouvoir faire jurisprudence. De son côté le Conseil d'Etat, qui a à connaître du problème dans le domaine du règlement intérieur, use de la notion de « règle générale et permanente » de l'article L. 122-34 du code du travail pour dénier le caractère juridique à des normes de comportement des salariés, ou à des normes de fonctionnement d'un service. Il considère par exemple qu'une « disposition par laquelle chaque salarié doit, par son comportement, préserver la sécurité des autres se borne à formuler une simple *recommandation*, invitant à la vigilance, mais ne présente pas le caractère d'une règle générale permanente relative à la discipline » [44]. Pareillement la note de service ne contenant que « des *informations* sur le fonctionnement d'un service général de l'entreprise [qui] ne sauraient être [elles-mêmes] regardées comme établissant une règle générale et permanente relative à la discipline (...) ne pouvait pas être regardée comme une adjonction au règlement intérieur » [45]. La note de service concernée dans cette dernière espèce réglementait les communications téléphoniques personnelles des salariés, en prohibant l'usage du standard à cet effet, sauf appel urgent venu de l'extérieur. Elle fixait donc bien des normes à l'intention des salariés en général, et du standardiste en particulier, mais ces normes ne liaient pas l'employeur puisqu'elles ne faisaient qu'exprimer son pouvoir de direction du fonctionnement d'un service. Le fait de les consigner dans une note de service est dès lors analysé par le juge comme une simple « information » sur l'organisation de l'entreprise, et non pas comme une réglementation au sens juridique du mot. Simple information parce que l'employeur n'est pas juridiquement lié par ses décisions de gestion.

Le critère avancé ici s'applique aisément aux « codes d'éthique » à usage interne des entreprises. Si l'employeur se lie lui-même, soit en instituant un droit (comme le « droit à l'entretien d'appréciation » déjà cité), soit par une qualification juridique (comme la qualification de

faute professionnelle), on a affaire à une véritable règle de droit susceptible d'être invoquée par le salarié (pour bénéficier de ce droit ou exciper de cette qualification), et applicable par le juge sous réserve du contrôle de sa licéité externe (respect de la procédure d'élaboration si on est dans le domaine du règlement intérieur) et interne (respect de la hiérarchie des normes). Si au contraire ces normes ne lient aucunement l'employeur, on a affaire à de pures normes de gestion, qui visent à normaliser le comportement des salariés [46]. On quitte alors le domaine du droit pour le domaine des faits. Ces pratiques de normalisation participent de l'ensemble plus vaste de la pratique du pouvoir de direction [47]. Elles ne sauraient donc lier le juge qui, au-delà du contrôle de leur licéité, reste maître du point de savoir si l'inobservation de ces normes (par les salariés, mais aussi par l'employeur lui-même) est ou non constitutive d'une faute. Si une telle norme est contraire aux droits des personnes ou aux libertés publiques, ou si elle opère une discrimination illicite, sa simple édicition peut être fautive, indépendamment même de sa mise en œuvre [48]. Pour tout le reste, ces normes de gestion devraient suivre le régime juridique applicables aux décisions prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Le propre du pouvoir est justement d'ignorer, *dans sa sphère d'exercice*, la généralité et la permanence de la règle de droit, de pouvoir décider aujourd'hui autrement qu'hier, et pour Pierre autrement que pour Paul. Le pouvoir implique ainsi une faculté d'adaptation, aux circonstances et aux personnes, des normes que par commodité il se donne, et ne peut être lié par elles. Il peut en effet être lié par des valeurs (l'« éthique » ou l'efficacité, l'intérêt de l'entreprise ou le bon plaisir de celui qui l'exerce), mais pas par une règle de droit qui dicterait d'avance la décision à prendre. Le processus de civilisation de l'entreprise par le droit du travail a notablement restreint cette sphère du pouvoir patronal, en encadrant bon nombre des prérogatives de l'employeur dans des droits [49]. Mais le pouvoir de l'employeur ne disparaît pas pour autant ; il s'exerce de manière plus parcellisée, dans un maillage

juridique plus serré. Par exemple l'émergence d'un véritable droit disciplinaire dans l'entreprise n'a pas fait disparaître le pouvoir disciplinaire, et la jurisprudence reconnaît toujours à l'employeur un pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires, pouvoir qu'il exerce dans l'intérêt de l'entreprise, et sous le seul contrôle du détournement de pouvoir par le juge [50]. Les normes de gestion, qui ne font qu'exprimer le pouvoir de direction de l'employeur, relèvent d'un régime juridique du même type.

En fin de compte, face à une norme patronale, tout se résout pour le juge en un problème d'interprétation de la volonté. A partir du moment où l'on reconnaît concurremment à l'employeur le droit de réglementer l'entreprise et celui de la diriger, seule l'analyse de sa volonté permet en effet de savoir s'il s'est borné à publier des décisions qu'il demeure libre de moduler, de modifier ou de rapporter à tout moment, ou au contraire s'il a bien entendu se lier pour l'avenir, par un engagement unilatéral qui constitue alors une véritable règle de droit dans l'entreprise [51]. Dans ce dernier cas, il faudra tirer toutes les conséquences de la généralité (application du principe d'égalité) et de la permanence de la règle ainsi qualifiée.

III - Normes de gestion

La référence implicite ou explicite à des normes de gestion est devenue omniprésente dans la confection des lois. On pourrait citer à cet égard les exposés des motifs d'à peu près toutes les grandes lois adoptées en France depuis dix ans dans le domaine du travail. Voilà par exemple comment le Ministre du Travail justifiait devant l'Assemblée Nationale ce qui allait devenir la loi du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion [52] : « Le licenciement est un acte de gestion des effectifs (...) on ne peut rejeter, sous peine de régression économique, l'adaptation aux nouvelles technologies et la nécessaire mutation des entreprises. Pour autant on ne saurait autoriser des agissements qui iraient à l'encontre de la cohésion sociale (...) Aussi la loi comporte-t-elle un volet économique visant à préparer les entreprises à la gestion prévisionnelle des emplois et des formations ; et un volet social tendant au reclassement des salariés par un renforcement du dialogue social » [53]. Le travail du légiste se réduit ici à la mise en formes juridiques d'une pensée gestionnaire. Il traduira par exemple « acte de gestion des effectifs » par « licenciement », « dialogue social », par « consultation du comité d'entreprise ». Il s'agit de plier les catégories juridiques à une taxinomie gestionnaire, que dans le meilleur des cas elles ignorent, et que dans le pire des cas (par exemple celui de la distinction de l'« économique » et du « social ») elles démentent (le lien de droit créé par le contrat de travail est indissolublement économique et social). Le point à observer ici est la dimension normative de ces catégories de pensée gestionnaire. Importées des sciences exactes (cohésion, adaptation, mutation, technologies, etc.) par le canal des sciences sociales, elles évoquent un ordre dicté par la nature des choses. Mais ce monde naturel connaît le Bien (la cohésion, le dialogue, l'adaptation, la prévision) et le Mal (le conflit, l'imprévision, la régression économique).

Cette tendance à renvoyer au discours gestionnaire la charge d'indiquer où est le Bien et le Mal se manifeste avec une particulière netteté dans la floraison des expertises internes à l'entreprise à laquelle on assiste en droit du travail depuis une dizaine d'années [54]. L'étude des caractéristiques de ce nouveau type d'expertise (A) permet de cerner la fonction normative qui est la leur dans l'entreprise (B).

A - La Science totale des nouveaux experts

L'intervention de ces nouveaux experts [55] a deux caractéristiques majeures : elle répond à une situation de crise ; elle comporte, au-delà de son aspect technique, une dimension sociale.

1 / Au-delà de leur grande variété, les nouveaux cas de recours à l'expertise constituent autant de *situations de crise* dans l'entreprise. Crise de la sécurité, lorsqu'« un risque grave, révélé ou non par un accident de travail ou une maladie à caractère professionnel, est constaté dans l'entreprise » [56]. Crise économique lorsque « le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise » [57]. Crise de confiance, lorsque sont soupçonnées la régularité ou l'opportunité d'une ou plusieurs opérations de gestion [58]. Crise de l'emploi, « lorsque la procédure de consultation pour licenciement économique doit être mise en œuvre » [59]. Crise de l'organisation du travail, lorsque des mutations technologiques importantes « sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel » [60]. Crise fatale enfin, lorsque le recours aux experts s'inscrit dans la procédure de redressement judiciaire de l'entreprise [61] ! Seules échappent *a priori* à ce contexte de crise, l'expertise périodique des comptes (mais elle a seulement été étendue, et non pas créée par les réformes) et l'expertise « libre » financée sur le

budget du comité d'entreprise [62].

Un rapport étroit existe donc entre les nouvelles formes d'expertise et le risque de conflits dans l'entreprise. C'est principalement lorsque de tels conflits menacent, ou surviennent, que les lumières d'un technicien extérieur à l'entreprise sont allumées par le législateur. Expertise rime donc ici avec crise. Cela rappelle l'expertise judiciaire (avec laquelle, formellement, elle se confond parfois), puisque par définition cette dernière suppose l'existence d'un litige, ou d'une menace de litige [63]. Mais, à la différence de l'expertise judiciaire, c'est l'existence même de cette crise, son importance et sa gravité, qui sont les conditions principales du recours à l'expertise interne dans l'entreprise, alors que l'expertise judiciaire de droit commun ne dépend pas de la gravité du litige, mais seulement de la technicité particulière du problème à résoudre [64]. Cela s'aperçoit mieux encore si l'on interroge le contenu technique de ces expertises internes.

2 / L'autre caractéristique de l'expertise interne réside en effet dans sa *dimension sociale*, qui excède la stricte compétence technique. Certains aspects de la mission des experts requièrent bien sûr une technicité particulière (comme par exemple l'examen des comptes), vérifiable et facilement identifiable, mais leur mission déborde généralement ce cadre technique précis. Cette extension était déjà perceptible dans la jurisprudence lorsqu'elle recourait à l'expertise pour tenter de dénouer une occupation des lieux de travail [65]. Elle se retrouve dans cette figure originale d'expert judiciaire qu'est le spécialiste en « diagnostic d'entreprise », qui peut concourir à l'appréciation de la situation « économique et sociale de l'entreprise » [66]. Et quant aux expertises ouvertes aux institutions représentatives du personnel, aucune règle générale, du type de celle de l'article 232 du nouveau code de procédure civile ne vient en limiter l'emploi aux questions dont la technicité dépasse l'entendement d'un honnête homme. Bien au contraire l'extension de l'expertise hors du champ technique est alors explicitement affirmée par certains textes. La mission de l'expert-comptable est non seulement de permettre « l'intelligence des

comptes », mais aussi d'apprécier « la situation de l'entreprise » [67] ; celle de l'expert en nouvelles technologies de se prononcer sur les conséquences prévisibles de ces dernières « sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel » [68] ; quant à la mission de l'expert « libre », elle ne connaît pas d'autres limites que celles des attributions du comité qui, dans ce cadre fort large, est seul maître du champ de ses investigations [69].

Cette extension sans limite des compétences requises des experts a conduit immédiatement certains observateurs parmi les mieux informés à douter de l'existence même d'experts susceptibles de les réunir, sauf à constituer des collèges interdisciplinaires de techniciens. Ce doute a surtout été exprimé s'agissant des experts en diagnostic d'entreprise [70] et des experts en nouvelles technologies [71], mais il pourrait aussi bien concerner les experts-comptables, tant il semble évident que la capacité de déchiffrer des comptes ne garantit pas une compétence quelconque quant à l'appréciation de la situation sociale et économique de l'entreprise [72]. Car c'est un savoir total qui se trouve ainsi requis des experts — savoir technique, économique, financier, comptable, psychologique, sociologique, ergonomique, etc. —, aucun de ces savoirs spécialisés ne pouvant prétendre faire accéder à lui seul à la compréhension de la situation sociale et économique de l'entreprise [73]. Ce savoir total est, il est vrai, revendiqué par les spécialistes de la « gestion » des entreprises, qui n'ont donc pas tardé à faire valoir leurs titres sur ce nouveau marché de l'expertise [74]. Et certains praticiens d'observer, avec un rien d'ironie, que la gestion est aujourd'hui « considérée comme l'un des beaux-arts », et que « le maître mot pour résoudre les oppositions d'intérêts est celui de gestion » [75]. Mais cette référence à une compétence gestionnaire souligne, plutôt qu'elle ne masque, que le recours à l'expertise n'a pas pour objet essentiel de lever des obscurités techniques, mais d'ouvrir un débat sur la légitimité des choix de gestion opérés dans l'entreprise.

B - La fonction normative de l'expertise

Poser la question de la légitimité du pouvoir qui s'exerce dans l'entreprise revient à se demander quelle est la Référence fondatrice de ce pouvoir. Jusqu'à présent, cette question a été dominée par le débat opposant les analyses contractuelle et institutionnelle de l'entreprise [76]. L'analyse contractuelle fonde cet ordre sur le libre-échange des consentements : sans doute y a-t-il soumission des salariés, mais il s'agit d'une soumission volontaire ; la subordination librement consentie est alors la pierre angulaire du pouvoir d'organisation reconnue à l'employeur, sa justification et sa limite. L'analyse institutionnelle fonde au contraire cet ordre sur l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire sur l'affirmation d'une valeur — le bien commun — qui transcende le simple arrangement contractuel des intérêts individuels, et justifie une définition fonctionnelle des droits conférés à ses membres. Mais dans les deux cas c'est bien au Droit que se trouve référé l'ordre de l'entreprise. Avec les nouvelles formes d'expertise, cette Référence est au contraire recherchée du côté de la « Science », non pas de la seule science économique, mais d'une Science totale de l'entreprise, que faute de mieux on appelle science de la gestion, et qui mêle aux techniques comptables et financières des emprunts à presque toutes les sciences sociales.

Appelés à porter, le plus souvent en cas de crise dans l'entreprise, un jugement sur tout ou partie de la gestion de celle-ci, les nouveaux experts apparaissent ainsi comme une variation originale sur un thème ancien : celui du Tiers. Tiers incarnant les normes fondamentales qui doivent régir la vie en société, et chargé à ce titre de participer à la prévention ou à la résolution des conflits [77]. Il y a, dans ce glissement d'une légitimité fondée sur le Droit vers une légitimité fondée sur la Science, une illustration d'une tendance plus générale, que les historiens du droit les plus perspicaces ont déjà mise en lumière [78]. Dans le cas de l'entreprise, cette référence à la science

des experts traduit un effort pour contourner l'une des difficultés les plus irritantes du droit du travail. Cette difficulté consiste à résoudre des conflits qui portent non pas sur l'application de règles de droit préexistantes, mais sur la transformation de ces règles [79]. Or c'est ce type de conflits qui se trouvent en germe dans toutes les situations de crise où, précisément, on fait aujourd'hui appel aux experts. Est ainsi tirée la leçon de l'échec des procédures d'arbitrage obligatoire, qui avaient déjà représenté avant-guerre un premier effort de résolution de cette difficulté, mais qui avaient échoué sur l'impossibilité de définir le bien commun d'une manière assez objective pour emporter l'adhésion de toutes les parties. La référence aux lumières de l'expert vise à fournir cette garantie d'objectivité, et à fonder sur une Science de l'ordre dans l'entreprise la légitimité des décisions qui s'y prennent. Elle permet également de contourner la tendance traditionnelle des salariés à l'évitement du juge professionnel [80], en faisant autant que possible de ces nouveaux agents de contrôle de légitimité des auxiliaires des institutions représentatives. Cette position accroît par ailleurs les chances de percer à jour les secrets des salariés, et de les associer aux changements dans l'entreprise [81], même si elle a son revers, qui est de susciter la méfiance des dirigeants face à ce contrôle de la légitimité de leurs choix de gestion. Cet inconvénient pour l'employeur est d'ailleurs largement compensé par la perspective de voir ce contrôle conclure au bien-fondé de sa gestion, laquelle jouira dès lors d'une légitimité incontestable [82], puisqu'elle sera revêtue de l'autorité de la Science. Dans le cas contraire, où le contrôle opéré par l'expert s'avère défavorable aux dirigeants de l'entreprise, ce sont les prétentions des représentants du personnel qui pourront bénéficier de cet effet de légitimation scientifique.

Se trouve ainsi introduite dans l'organisation des relations de travail dans l'entreprise l'idée d'une normalité scientifiquement définie qui, sans remettre formellement en cause la légalité des décisions patronales ou des revendications salariales, tend à soumettre les unes et les autres à un principe de légitimité dont les experts seraient les

gardiens. S'ils n'ont pas le pouvoir d'imposer une définition du bien commun dans l'entreprise, les experts ont du moins la mission de mettre la recherche de ce bien commun sur les rails de cette normalité. Le succès d'un tel mouvement dépendra de l'aptitude des experts à faire partager leur foi dans les vertus de leur savoir ; une telle croyance est en effet indispensable à leur reconnaissance professionnelle [83]. Pour l'heure, la seule chose certaine est que dans l'entreprise « la rhétorique de la Foi, l'emballage et l'explication des croyances ne dépendent plus des juristes de l'ancien style » [84]. Les juristes de l'ancien style devraient du reste se réjouir de cette évolution, qui leur donne vis-à-vis des rapports sociaux une distance propice à la réflexion.

Notes du chapitre

- [1] † Ce développement reprend des analyses déjà publiées in « Santé, sécurité et libre circulation des marchandises », *Dr. Soc.*, 1993, 18.
- [2] † *Traité de Rome*, art. 30 ; sur cette notion de « mesure d'effet équivalent », et sa portée en jurisprudence, v. A. Mattera, *Le Marché unique européen*, Paris, Jupiter, 2^e éd., 1990, p. 232 s.
- [3] † C'est la célèbre jurisprudence « Cassis de Dijon » : CJCE, 20 fév. 1979 *Rewezenral*, aff. 120/78, rec., p. 649, *Rev. trim. dr. eur.*, 1980, 611 ; v. J. Boulouis et R. M. Chevalier, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 3^e éd. ; t. 2, n° 2, p. 12 s. ; C. Gavalda et G. Parleani, *Traité de droit communautaire des affaires*, Paris, Litec, 2^e éd. 1992, n° 52-2 s., p. 65 s. ; Mattera, *op. cit.*, p. 259 s.
- [4] † Selon la terminologie de la directive 83/189 du 23 mars 1983 « prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques », art. 1^{er}, § 5, on entend par « règle technique » « les spécifications techniques (...) dont l'observation est obligatoire, *de jure* ou *de facto* pour la commercialisation ou l'utilisation dans un Etat membre ou dans une partie importante de cet Etat, à l'exception de celles fixées par les autorités locales ».
- [5] † *JOCE* du 31 déc. 1986, n° 383, p. 12.
- [6] † *Résolution* du Conseil 85/C 136/01 « concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation », *JOCE* du 4 juin 1985 n° C 136, v. spéc. l'annexe II.
- [7] † Dir. n° 89/392 du 14 juin 1989 (*JOCE*, n° L. 183 du 29 juin 1989).
- [8] † V. *Résolution* du 7 mai 1985 préc., Annexe II, § 3 in fine.
- [9] † Il s'agit prioritairement de deux organismes européens : le Comité Européen de Normalisation (CEN) et le Comité Européen de Normalisation Electrotechnique (CENELEC).
- [10] † On entend ici par spécification technique « la spécification figurant dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit, tels que les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la terminologie, les symboles, les essais et les méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage » (Dir. 83/189 préc., art. 1^{er} § 1).
- [11] † L'article 1^{er} § 2 de la directive 83/189 préc. appelle norme « la spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire ».
- [12] † Dir. 83/189 préc., art. 7.
- [13] † Cf. *Communication* COM (91) 521 du 16 décembre faisant suite au Livre vert sur la normalisation dans le cadre de l'économie européenne, § 59 s.
- [14] † Sur ces différents points, v. « Santé, sécurité et libre circulation des marchandises », art. cité.
- [15] † F. Ewald, *L'Etat providence*, *op. cit.*, p. 349 s.
- [16] † V. *supra*, chap. 4.
- [17] † V. par ex. *Résol.* préc. du 7 mai 1985, Annexe II, § 2, 2^e.
- [18] † V. *supra*, chap. 4.
- [19] † Ce phénomène mériterait d'être analysé à la lumière du concept de néocorporatisme développé par W. Streeck et Ph. Schmitter (v. spéc. *Private interest government*, Londres, Sage, 1985). Suggestif serait aussi le rapprochement de la « nouvelle approche » et de l'organisation de la production dans les métiers jurés d'Ancien Régime (apposition de marques, contrôle de la qualité, articulation des règlements royaux et des règlements des corporations, etc. (v.

L'ouvrage classique de F. Olivier-Martin, *L'organisation corporative de la France d'Ancien Régime*, Paris, Sirey, 1939, spéc. p. 81-260).

[20] † Sur ce phénomène de la loi négociée, v. l'article pionnier de J.-M. Verdier et Ph. Langlois, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.*, 1972, Chr., 258.

[21] † *V. supra*, sect. 1.

[22] † Elle ne se prête pas par exemple au principe d'interprétation selon lequel tout ce qui n'est pas défendu est permis. En témoigne la navrante histoire, rapportée récemment par *Le Monde*, de cette dame qui, pour sécher son chat mouillé, entreprit de lui faire passer quelques instants dans son four à micro-ondes. Idée extravagante et funeste, qui conduisit ensuite la malheureuse à poursuivre le fabricant du four, motif pris que le mode d'emploi n'interdisait pas explicitement une telle utilisation (J.-M. Normand, « La "société contentieuse" », *Le Monde* du 18 août 1992, p. 11).

[23] † *V. Résol.* du 7 mai 1985 préc. La formule se retrouve par exemple dans la directive « Machines » (Dir. 89/392 préc.), art. 2.

[24] † Sur ce concept, v. H. Marcuse, *One-dimensional man*, Boston, Beacon Press, 1964, trad. fr. *L'homme unidimensionnel*, Paris, Ed. de Minuit, 1968, 281 p.

[25] † Pour une vue actualisée de l'inégalité de fait des hommes et des femmes sur le marché du travail, v. M. Maruani et C. Nicole, *Au labeur des dames. Métiers masculins, emplois féminins*, Paris, Syros, 1989, 192 p.

[26] † De ce point de vue l'idée reçue du « retard » structurel du droit sur les faits (v. par ex. P. Bourdieu, « La force du droit », art. cité, p. 15 s.) est typique d'une pensée fonctionnaliste qui méconnaît le caractère bidimensionnel de la règle de droit. S'il est vrai que le droit ne peut conceptualiser des faits qui n'existent pas encore (mais c'est vrai de tous les oiseaux de Minerve), et que de ce point de vue il agit comme force de conservation, il est non moins évident qu'il projette devant les faits tels qu'ils sont l'horizon de valeurs que ces faits sont invités à rejoindre, et qu'en ce sens, il est toujours une force de transformation toujours en avance sur ces faits.

[27] † Selon la *Résolution* préc. du 7 mai 1985 : « Une des principales finalités de la nouvelle approche est de pouvoir régler d'un seul coup, avec l'adoption d'une seule directive, les problèmes réglementaires d'un très grand nombre de produits et sans que cette directive soit soumise à la nécessité d'adaptations ou de modifications fréquentes. »

[28] † *V. Directive* « Euratom » n° 80/836 du 15 juillet 1980, art. 8.

[29] † *Directive* 86/188 du 12 mai 1986, art. 2 ; v. aussi l'art. 1^{er} de la directive « Euratom » n° 80/836 du 15 juillet 1980.

[30] † *Dir.* n° 86/188 préc., art. 5.

[31] † *Dir.* n° 80/836 préc., art. 6.

[32] † Cf. R. Repetto, « Accountings for environmental assets », *Scientific American*, June 1992, vol. 266, n° 6, p. 64-70, trad. fr. in *Pour la Science* n° 178, août 1992.

[33] † Tout cela devrait conduire à soumettre la « nouvelle approche » à des principes juridiques qui s'y trouvent méconnus. La redécouverte du domaine propre de la règle de droit en matière de sécurité des produits devrait avoir au moins deux conséquences importantes sur le procédé du « renvoi aux normes ». Ce procédé devrait tout d'abord être *cantonné* aux questions sur lesquelles l'existence même d'une rationalité technique autonomisable fait l'objet d'un consensus. D'autre part, le renvoi aux normes n'est admissible que dans la mesure où le *principe du contradictoire* s'applique à l'élaboration et à la mise en œuvre de ces normes. Faute de quoi aucune garantie n'existera contre les abus économiques et les insuffisances techniques qui sont susceptibles de les entacher.

[34] † Soc. 25 fév. 1988 (Deschamps), *B. civ.*, V, n° 139, p. 92 ; *Dr. Soc.*, 1989, 86 ; *D.*, 1988, Som.

320, obs. A. Lyon-Caen ; Rap. la formule de la Chambre criminelle qui appuie la réglementation patronale sur la considération que l'employeur est « responsable de la sécurité et de la bonne marche de l'entreprise » (Crim. 10 janv. 1989, *B. crim.*, n° 10, p. 22).

[35] † J.-C. Javillier, « Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération », *Dr. Soc.*, 1988, 68 ; et du même auteur, « Le patronat et les transformations du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, p. 193-219.

[36] † Parmi ceux qu'il nous a été possible de consulter, citons la « Charte des ressources humaines » du groupe Bouygues, la « Charte de l'appréciation » du Crédit Agricole, les « Règles de conduite dans les affaires » d'IBM France, ou le « Manuel social de l'encadrement » de Rank Xerox.

[37] † *Règles de conduite dans les affaires*, Paris, IBM France, 1989, 60 p.

[38] † Souligné par nous.

[39] † *Subis les conséquences de ta propre loi*. Sur cet adage, v. H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, 1979, L'Hermès, t. 2, n° 295, p. 560 s. ; et pour son application en droit du travail, P. Rongere, « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. Soc.*, n° spéc. janv. 1990, spéc. p. 103 s.

[40] † Sur ces caractères de la règle de droit, v. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, Chr. XXXIV, p. 199, n° 18 s.

[41] † Sur ce principe du Tiers, v. *supra*, chap. 5 ; et sur l'*eventus judicii*, v. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, p. 192 s.

[42] † Soc. 7 mars 1990 (Assedic Belfort Montbéliard), *B. civ.*, V, n° 111, p. 65.

[43] † C.A. Paris, 24 nov. 1989, *Dr. ouv.*, 1991, p. 21.

[44] † C.E. 11 juil. 1990 (Paniccuci), *RJS*, 1990/10, n° 767.

[45] † C.E. 12 nov. 1990 (Cie de signaux et d'entreprises électriques), *Liaisons sociales*, Jurisp. soc. du 22 avr. 1991, p. 5.

[46] † C'est le cas par exemple des consignes d'IBM prescrivant à ses collaborateurs « d'éviter les situations dans lesquelles [leur] loyauté pourrait être partagée » tout en précisant que « la Compagnie doit constamment redéfinir ce qui constitue une activité acceptable. Par conséquent il est peu probable que vous trouverez dans des directives déjà émises une réponse définitive à nombre de vos questions. Vous devez donc consulter votre management ou la direction juridique avant de vous engager dans toute activité susceptible de créer un conflit d'intérêt avec IBM » (*Règles de conduite...* préc., p. 44).

[47] † L'examen des « codes d'éthique » des entreprises montre que l'emploi de l'impératif (Abstenez-vous de Signalez..., Informez votre manager..., Ne donnez pas l'impression que..., Vous devez...) y est beaucoup plus fréquent dans le cas de ces règles de normalisation que dans celui de véritables règles de droit où domine, comme dans la loi, l'emploi du performatif (il est procédé à..., les points suivants seront examinés..., il est mis en place..., il est accompagné de...), sans que cela fournisse malheureusement un critère suffisant de distinction des unes et des autres. Il y a cependant là un point d'application positive aux recherches de linguistique juridique (v. spéc. J.-L. Gardies, « Indicatif et impératif juridique », *Arch. de philo. du dr.*, 1959, p.135 ; M. Villey, « De l'indicatif dans le droit », *Arch. de philo. du dr.*, t. XIX, Paris, Sirey, 1974, p. 33 s. ; P. Amselek et al., *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, Paris, PUF, 1986, 252 p. ; G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, 412 p., spéc. n° 67, p. 270 s.).

[48] † Rap. Crim. 1^{er} déc. 1987 (Sté Nouvelles Galeries), *Dr. ouv.*, 1989, 139 : infraction résultant du simple maintien à l'affichage d'un règlement intérieur dont les dispositions relatives à la

fouille des salariés avaient été censurées par l'inspecteur du travail.

[49] † V. *supra*, chap. 4.

[50] † V. Soc. 15 mai 1991 (2 espèces : Lerch, et Schlienger), Rapp. Ph. Waquet et concl. P. Franck, *Dr. Soc.*, 1991, 619 ; rapp. l'idée de « différenciation licite » avancée par J.-E. Ray in « L'égalité et la décision patronale », *Dr. Soc.*, 1990, 83, spéc. p. 91 s.

[51] † Rapp. le critère de « densité du vouloir », avancé par Mme M.-L. Izorche dans sa thèse (*L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th., Univ. d'Aix-Marseille, 1989, dactyl. 512 p. v. n° 195 s.) pour caractériser l'engagement unilatéral. Pour cette sorte très particulière d'engagement unilatéral que constitue la réglementation patronale supplétive, il vaudrait mieux parler de « qualité du vouloir », pour caractériser sa décision de poser de véritables règles de droit dans l'entreprise, par opposition à de simples décisions de gestion.

[52] † V. l'analyse de cette loi par le ministre lui-même, M. J.-P. Soisson, in *Dr. Soc.*, 1989, 621.

[53] † *JO*, Débats Ass. Nat., 1989, p. 1176.

[54] † Ce passage résume une analyse développée in : *Le progrès des Lumières dans l'entreprise, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 463 s.

[55] † On mesure cette nouveauté en constatant que ce type d'expertise interne à l'entreprise demeure ignoré des dictionnaires juridiques les plus récents dont la définition de l'expert (« le technicien commis par le juge, et les spécialistes inscrits sur une liste officielle », v. *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, dir. G. Cornu) méconnaît l'usage de ce terme par le code du travail (v. spéc. art. L. 434-6, al. 4 à 6). Ces nouveaux experts se reconnaîtront en revanche dans la définition de Littré (« hommes qui, ayant la connaissance acquise de certaines choses, sont commis pour les vérifier et pour en décider ») qui, en bon positiviste, attribue du même mouvement à ceux qui détiennent la connaissance une fonction de vérification et de décision.

[56] † *C. trav.*, art. L. 236-9 al. 1 ; v. P. Chaumette, « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et le droit de retrait des salariés », *Dr. Soc.*, 1983, 425, spéc. n° 19 et 20.

[57] † *C. trav.*, art. L. 432-5 § I ; v. M. Jeantin, « La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », *Dr. Soc.*, 1984, 599 ; J. Savatier, « Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *JCP*, 1987, éd. E, II, 15066, p. 616-622.

[58] † *Loi* du 24 VII 1966 modif., art. 64-2 et 226 ; v. D. Boquet, *L'expertise de minorité*, th. Paris-II, 1982 ; Contin et Hovasse, « L'expert de minorité dans les sociétés par actions », *D.*, 1971, Chr., 75 ; Chartier, « L'expertise de l'article 226 », *JCP*, 1972, I, 2507.

[59] † *C. trav.*, art. L. 434-6 al. 1 ; v. G. Couturier, « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière », *Dr. Soc.*, 1983, 26 ; M. Cohen, « Les experts du comité d'entreprise », *Dr. Soc.*, 1984, 281 ; R. Vatinet, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, th., Paris, Sirey, 1984, v. p. 128-158.

[60] † *C. trav.*, art. L. 432-2 ; v. P. Cam et P. Chaumette, *L'expertise technologique du comité d'entreprise*, Etude pour le Commissariat Général du Plan, 1988, 217 p. ; synth. parue sous le même titre in *Dr. Soc.*, 1989, 220 ; B. Teyssié, « L'expert en technologie du comité d'entreprise », *JCP*, 1988, I, 3314 ; et les contribution de T. Grumbach et de F. Cochet in *Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies*, *Dr. Soc.*, n° spéc. juin 1992, p. 544 s.

[61] † *Lois* du 25 janv. 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises : L. n° 85-98, art. 18, 140, et 143 ; L. n° 85-99, art. 140 ; v. M. Olivier, « Un nouveau venu en matière d'expertise, "l'expert en diagnostic d'entreprise" », *Gaz. Pal.*, 1985, I, Doct., p. 491 ; R. Gandur, « L'expertise judiciaire en diagnostic d'entreprise », *Gaz. Pal.*, 1985, II, Doct., p. 698 ; Y.

Guillou, « L'expert en diagnostic », *Rev. des proc. collectives*, 1986, p. 47-58.

[62] † *C. trav.*, art. L. 434-6, al. 7 ; mais cette possibilité semble surtout utilisée en pratique

lorsque le comité doit faire face à une situation difficile, sans pouvoir recourir aux experts rémunérés par l'entreprise (cf. P. Cam et P. Chaumette, *op. cit.*, p. 25 s.).

[63] † *NCPC*, art. 145 ; v. M. Jeantin, « Les mesures d'instruction "in futurum" », *D.*, 1980, Chr., 205.

[64] † *NCPC*, art. 147 et 232.

[65] † C'est la jurisprudence « Rateau », v. H. Sinay et J.-C. Javillier, *La grève*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1984, n° 161 s., p. 236 s., et les références citées.

[66] † *Lois* préc. n° 85-98 du 25 janv. 1985, art. 18 al. 1 et 140 al. 2.

[67] † *C. trav.*, art. L. 434-6 al. 2 ; rapp. L. 439-2.

[68] † *C. trav.*, art. L. 432-2.

[69] † *C. trav.*, art. L. 434-6 al. 7.

[70] † Sur le débat qui s'est ouvert quant à la définition de cette nouvelle forme d'expertise, comp. les opinions d'un magistrat (M. Olivier, art. cité, p. 195-196) et celles d'experts judiciaires (Y. Guillou, art. cité, p. 58 ; R. Gandur, art. cité, p. 700).

[71] † V. P. Chaumette, « Le juge et les experts du comité d'entreprise : comparaison des situations respectives de l'expert en technologie et du médecin du travail », *Droit et Société*, 1987, p. 243 s.

[72] † C'est plutôt, en l'état actuel des choses, la forte position professionnelle dont jouit l'expertise comptable qui l'a mise à l'abri de ces interrogations. Rapp. C. Paradeise, « Rhétorique professionnelle et expertise », *Sociologie du travail*, 1985, p. 17-31.

[73] † Etait de ce point de vue prévisible la déception exprimée par les initiateurs de la réforme au vu des premiers rapports d'expertise (v. Rapport Frachon sur *La mise en œuvre des droits nouveaux des travailleurs*, Doc., Ass. Nat., 1985, n° 2681, p. 76 s.).

[74] † Cf. R. Gandur, art. cité.

[75] † Y. Guillou, art. cité, p. 58.

[76] † V. *supra*, chap. 4.

[77] † V. *supra*, chap. 5.

[78] † « Les programmations gestionnaires des relations sociales, note ainsi Pierre Legendre, préfèrent tabler sur l'évocation du progrès vers le Bonheur que sur la vérité du *c'est écrit*, car selon les idéaux ultra-modernes de gouvernement, nous pensons que le triomphe de la Science — thème baroque mais particulièrement populaire — n'a évidemment plus rien à voir avec la science des juristes tournée vers le procès » (in *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983, p. 171).

[79] † V. *Les juridictions du travail*, *op. cit.*, n° 296, p. 293 s.

[80] † *Ibid.*, n° 50 s., p. 59 s.

[81] † Sur cet effet, dit « effet Hawthorne », v. P. Cam, *op. cit.*, p. 67.

[82] † Cf. P. Cam et P. Chaumette, *op. cit.*, p. 73.

[83] † Cf. C. Paradeise, art. cité.

[84] † Pour reprendre ici une remarque que Pierre Legendre applique à l'Administration (in *L'amour du censeur*, Paris, Seuil, 1974, p. 235 s.).

Conclusions

L'avenir du travail [1]

L'invention du contrat de travail a consisté à sortir le travail de la qualification juridique de « bien » pour lui conférer un statut juridique original qui fait place à sa dimension personnelle, tout en maintenant sa valeur d'échange. Cette invention du contrat de travail entretient des rapports compliqués avec la notion de travail abstrait, telle qu'elle s'est affirmée au XIX^e siècle, et telle qu'elle continue de dominer la pensée économique. Car d'un côté le contrat de travail donne un moule juridique uniforme à la diversité des travaux concrets ; il en autorise l'appréciation et l'utilisation marchande, et se situe par là en harmonie avec le concept de travail abstrait, conçu comme unité de compte du marché du travail. Mais d'un autre côté, à la différence du contrat de louage de services, le contrat de travail fait place à la personne du travailleur et introduit par là des valeurs non marchandes qui ne peuvent que parasiter la notion de travail abstrait. Car cette prise en considération de la personne, cette reconnaissance juridique de l'identité du travailleur dans la prestation de travail, ouvre nécessairement la porte à une approche concrète et diversifiée du travail. Ce double mouvement de progrès inexorable du travail abstrait et de réaffirmation toujours plus forte de l'identité professionnelle continue de se dérouler sous nos yeux. D'un côté le salariat, c'est-à-dire la forme la plus abstraite de travail, continue d'absorber les îlots (v. les progrès du contrat de travail au sein des professions libérales : avocats, médecins, artistes, etc.), voire les continents (v. l'influence grandissante du modèle du contrat de travail dans la définition de l'emploi public [2]), de travail concret qui lui échappaient encore. Et d'un autre côté le droit du travail lui-même a cessé d'être un bloc juridique monolithique définissant une identité professionnelle unique, pour faire place à une diversité chaque jour plus grande de statuts juridiques. Cette diversification ne s'exprime pas seulement dans le mouvement de décentralisation des sources du

droit du travail, avec l'importance grandissante du droit conventionnel et de la négociation d'entreprise, mais aussi dans le mouvement d'individualisation de la condition juridique des salariés. L'aspect le plus préoccupant de cette évolution est qu'elle n'est pas uniforme et suscite une fracture interne au droit du travail entre d'une part les travailleurs qui jouissent pleinement des droits de la personne garantis par le contrat de travail « typique », et d'autre part ceux qu'un contrat « atypique » rejette du côté du travail-marchandise. Cette dualisation du salariat manifeste d'une certaine manière la faillite du droit du travail, entendu comme lieu d'harmonisation des deux faces du travail : le travail comme bien marchand (ou travail abstrait, source de richesses extérieures et quantifiables), et le travail comme expression de la personne (ou travail concret, source de richesse intérieure non quantifiable).

La montée apparemment inexorable du chômage en Europe conduit à traiter le travail comme un bien rare, dont il conviendrait d'envisager le partage [3]. Or le travail ne peut être défini comme un bien, et il n'est pas plus rare que les hommes et les femmes valides. Son partage n'a de sens que si l'on envisage le travail abstrait, celui qui s'objective en un salaire. En revanche on voit mal comment partager le travail concret, celui qui exprime la personne du travailleur, et qui l'exprime dans ses œuvres. Car, vu sous cet angle, le travail n'est pas réductible à une quantité de temps ou d'argent, il a la nature juridique d'une liberté fondamentale de la personne [4].

Il conviendrait donc de revisiter la notion de liberté du travail. Dominée elle aussi par le concept de travail abstrait forgé par la société industrielle, elle a fait l'objet jusqu'à présent d'une lecture à la fois formelle et réductrice [5]. *Formelle* en ce sens qu'elle a principalement été entendue dans un sens négatif dans l'ordre juridique. La liberté du travail a surtout servi à limiter le développement du droit collectif du travail. Que ce soit en matière de grève, de syndicat, ou de politique de l'emploi, elle permet de conférer à l'individu des droits contre le groupe : droit de ne pas faire grève,

droit de ne pas se syndiquer, etc. Au plan individuel, elle se traduit essentiellement par le droit de démission et l'interdiction du travail forcé. S'agissant de l'accès à un emploi, on lui a préféré les notions de *droit au travail* ou de *droit à l'emploi* [6]. Le Préambule de la Constitution française de 1946, repris par celui de 1958, dispose dans une formule céléberrime : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ». Mais on voit bien que cette notion bute sur l'absence de débiteur identifiable (elle sert en pratique à fonder juridiquement les politiques publiques de l'emploi). Le partage du travail n'est du reste en fin de compte qu'une tentative de rendre les salariés débiteurs de ce droit au travail vis-à-vis des chômeurs. En revanche, la liberté du travail semble à ce jour n'avoir pas de rôle positif à jouer face à la question du chômage. Notre approche de la liberté du travail est également *réductrice* en ce sens que le seul travail visé à travers elle est le travail abstrait, celui qui est réduit à la qualité de valeur d'échange par le contrat de travail. En revanche, la liberté du travail n'a guère été mobilisée comme principe juridique susceptible de limiter la subordination (à l'exception notable près de la limitation du jeu des clauses de non-concurrence [7]), ou de conférer au salarié un droit de regard sur l'objet de son travail (personne ne semble avoir songé à l'invoquer en France pour justifier l'instauration du droit d'expression des travailleurs). Et elle a encore moins été invoquée pour faire place au travail accompli en dehors de cette relation d'échange.

Or la liberté du travail se prête à une autre lecture, plus dynamique. Pour introduire ce point, un parallèle peut être fait avec le maniement de la notion de liberté qui a présidé au « New Deal » dans les années 30 : en se fixant pour impératif la libération du besoin — « Freedom from want » — Roosevelt donnait un contenu concret et dynamique à l'idéal de liberté. Ce contenu nouait de manière indissoluble les dimensions économique et sociale de sa réponse à la crise, puisqu'il s'agissait à la fois de libérer les hommes de la misère et de libérer la demande sur le marché [8]. Était ainsi tracée la voie d'une issue

positive à cette crise, fondée sur le dépassement des contradictions affrontées alors par la société industrielle, et ouvrant une alternative mobilisatrice aux tentations nationalistes ou totalitaires favorisées par cette crise. Le visible essoufflement de l'Etat Providence, et son incapacité à juguler la hausse du chômage, montrent que nous avons aujourd'hui cueilli l'essentiel des nombreux fruits que cette notion de libération du besoin contenait en germe (effondrement des systèmes industriels totalitaires ; accroissement sans précédent du niveau de vie des pays occidentaux). Car la libération de la demande sur le marché européen (et plus largement sur le marché mondial) sera privée de sens et d'effet si elle continue de s'accompagner d'une montée du chômage qui sape les bases de la vie en société. Mais de ce précédent, il faut retenir ici la méthode, consistant à dévoiler la face sociale d'une liberté entendue jusqu'alors sous son seul sens économique. C'est cette méthode qui pourrait être appliquée à la liberté du travail, dont il faut aussi dévoiler et mettre en œuvre la dimension sociale.

Plus exactement *il convient de dévoiler l'artifice par lequel on distingue ou on oppose les dimensions économique et sociale de la liberté du travail, ce qui suppose de restituer au travail sa dimension proprement anthropologique*. Le travail ne peut ni ne doit être réduit à la forme historique particulière qu'il a prise dans les sociétés industrielles depuis le XIX^e siècle, c'est-à-dire à l'emploi salarié à plein temps. La forme salariée n'est qu'un moment de la longue histoire du travail, moment dans lequel, pour la première fois, il a pu être conçu comme une liberté inhérente à tout homme, et non plus comme une contrainte réservée aux classes inférieures de la société. Mais ce premier pas — celui de la liberté du travail entendue comme liberté formelle — était hé à la notion de travail abstrait, de travail objet de négoce. Le mouvement ouvrier lui-même, dans sa tentative pour magnifier la figure du travailleur, est resté prisonnier de cette conception réductrice du travail, ainsi que l'a bien montré Lafargue dans son célèbre pamphlet sur « le droit à la paresse » [9]. Et le contrat de travail, bien qu'il ait servi à réintroduire les droits de la personne

dans la prestation de son travail, a véhiculé à son tour une conception purement abstraite et quantitative du travail qui semble aujourd'hui dépassée par l'histoire.

Il suffit d'observer les transformations du droit du travail lui-même pour recenser les signes les plus visibles de ce dépassement. *Le temps de travail* — entendez du travail accompli dans le cadre du contrat — n'a cessé de diminuer, quelles que soient les politiques publiques, d'abstention ou au contraire d'intervention, adoptées en ce domaine. En Europe occidentale [10] la vie au travail n'occupe plus la part écrasante qui a été la sienne pendant des générations : la diminution de sa durée hebdomadaire, l'allongement des études, l'augmentation des droits à la retraite, l'extension des congés, n'ont cessé de réduire l'emprise qu'il avait sur la vie des hommes [11]. Dès lors, les activités humaines sont susceptibles de se développer sur d'autres plans. Déjà la formation et la consommation occupent dans la vie du commun des hommes une place sans commune mesure historique. Ce pourrait être aussi le cas demain de toutes les autres formes d'activités librement choisies. *La subordination*, par laquelle on avait partout défini le travail salarié, n'a cessé de se diluer, et ne fournit plus aujourd'hui un critère juridique propre à embrasser la diversité des situations de travail. Au fur et à mesure en effet que le travail salarié s'est étendu dans la société, il a englobé des activités dont l'exercice requiert une certaine liberté dans le travail. Et les formes mêmes d'organisation du travail, les progrès techniques, conduisent à concéder une part croissante d'initiative et de responsabilité dans l'accomplissement d'un grand nombre de tâches. *L'exécution du contrat* ne s'identifie plus entièrement à l'accomplissement du travail mais inclut une part croissante de formation, rendue inévitable pour adapter les salariés au changement des connaissances nécessaires à cet accomplissement. *Les revenus du travailleur* ne sont plus la contrepartie exacte et directe de son travail. Le lien synallagmatique établi entre travail et salaire n'a cessé de se relâcher, pour faire place à des mécanismes assurant une continuité du revenu face aux aléas de la vie professionnelle.

L'uniformité de statut du travailleur salarié a fait place à une individualisation toujours plus grande de sa condition juridique, compte tenu de la décentralisation des sources du droit (promotion du droit conventionnel, développement de la négociation d'entreprise, spécialement dans le domaine de l'aménagement du temps de travail) et du renouveau du contrat individuel.

Mais aucune de ces tendances n'est véritablement maîtrisée, car elles se développent encore dans le cadre du paradigme du travail abstrait dont elles sapent la validité. Ainsi les aspects positifs des évolutions rappelées ici ne profitent-elles qu'à une partie du monde du travail, tandis que l'autre se trouve renvoyée sur le « second marché » du travail, c'est-à-dire renvoyée à une conception purement marchande du travail. C'est pour éviter que ce fossé ne continue de se creuser que l'on affirme le principe de l'égalité de traitement au profit des travailleurs « atypiques ». Mais cette égalité ne peut avoir de sens tant que demeure l'opposition du travail « typique » et du travail « atypique ». C'est donc la notion de travail sur laquelle est assise cette opposition qui fait problème. Reste à se demander quel apport peut être celui des juristes dans cette nécessaire redéfinition du travail.

Le travail du juriste

A quoi donc servent les juristes ? Ils ont eu pendant longtemps le monopole de l'étude des lois de la société humaine [12]. Et ce monopole leur a échappé au fur et à mesure du développement des sciences sociales. Successivement l'histoire, la sociologie, l'économie, la politique, et même la gestion, se sont érigées en sciences de l'Homme et de la société, rompant alors avec l'étude du Droit, qui avait été la matrice de la plupart d'entre elles [13]. Et chacune de ces disciplines contribue aujourd'hui à une connaissance du travail qui se veut scientifique. Dès lors est-ce bien encore au juriste que s'adresse l'énigme du travail ? La faculté de droit est-elle devenue cette « faculté de l'inutile », à quoi l'avaient réduite les systèmes politiques fondés sur la fétichisation de la Science et le dépérissement du Droit [14] ? Les juristes que n'accapare pas la vie des affaires sont les premiers à se poser ce genre de questions : ne sommes-nous plus là que pour la forme, pour la mise en formes et en textes d'une pensée sur le travail dont les ressorts seraient tous situés du côté des sciences [15] ? Ou bien sommes-nous les gardiens de ce dernier carré du religieux que sont les droits de l'Homme [16] ? A ces questions, il n'est pas de réponse simple et unique, car les juristes contemporains sont placés comme en sentinelle entre la raison et la foi, entre le monde des valeurs et celui des faits. Mais au terme de ce cheminement sur les voies du droit du travail, on entraperçoit du moins en quoi consiste leur propre travail.

La pratique du droit est un art, et non pas une science. La formule est si rebattue depuis le Digeste (*Jus est ars boni et æqui*) qu'il faut rappeler ici que « le latin *ars* réunit des idées essentielles toutes liées à l'activité humaine tendue vers un ordre, que cet ordre soit dicté par les dieux ou imposé par les lois logiques » [17]. La notion d'art rend donc exactement compte de cette frontière entre le monde des faits et le monde des valeurs sur laquelle travaille le juriste [18]. Cet art

particulier des juristes se déploie sur deux plans : c'est à la fois un art du procès et un art des limites.

C'est tout d'abord un *art du procès*. Les lois dont s'occupe le juriste ne sont pas des lois scientifiques. C'est ce qui lui donne une position épistémologique originale vis-à-vis des sciences sociales, qui ont à se fonder sur la seule Vérité. L'art du procès est justement le moyen de répondre à la question : que faire quand on sait qu'on ne sait pas ? Comment traiter rationnellement la méconnaissance ? Réponse qui tient en deux propositions, que symbolise parfaitement l'image de la balance et du glaive : il faut d'abord douter, et ensuite trancher. *Douter*, c'est mettre en question, c'est organiser ce que la procédure civile appelle le principe du contradictoire, et que résume l'adage *audi alteram partem* : écoute l'autre. Sauf à tomber dans la sciure décrite par Kafka [19], la pensée juridique doit être une pensée ouverte, ouverte aux savoirs et aux pratiques. Il n'est pas besoin de reprendre ici ce que le contradictoire veut dire dans la pratique du droit, dans la conduite d'un procès ou dans l'étude d'un cas. Mais cet art de manier la balance, de peser le pour et le contre, trouve aussi à s'exprimer dans les relations que le Droit entretient avec les sciences. Le juriste du travail ne doit pas se fermer à ce que par exemple l'histoire, la sociologie ou l'économie ont à dire sur le travail, et sur la manière dont elles fondent des pratiques de gestion des « ressources humaines ». Mais son dialogue avec ces sciences n'a de sens que s'il y apporte lui-même son art du procès. Chacune d'elles en effet a dû pour se constituer se clôturer sur un paradigme de base, que ce soit le temps, le fait social, ou l'*homo œconomicus*. Toutes ambitionnent d'établir scientifiquement sur cette base certaines lois de la société humaine (les lois de l'Histoire, les lois de l'économie, etc.) ; et à défaut de lois, un sens ; et à défaut d'un sens, une pluralité de sens tirés d'une observation toujours plus fine des régularités. L'universalisme d'une telle démarche les conduit à méconnaître leur dimension normative, à oublier qu'elles demeurent liées, comme le souligne Louis Dumont, à « notre propre culture et société moderne comme à une forme

particulière d'humanité » [20].

Dès lors l'apport du juriste dans son dialogue avec les sciences, notamment les sciences humaines et sociales, doit prendre deux formes. Il doit tout d'abord *interroger la normativité de fait* dont chacune d'elles est porteuse [21]. Face aux vérités assénées par les sciences sociales, le juriste doit rappeler la mise en garde du poète : « Répétons-le, Messssseurs, quand on le laisse seul, le monde mental, monumentalement » [22]. Par exemple il doit mettre en question la normativité inhérente aux catégories statistiques que toutes ces sciences reprennent à leur compte lorsqu'elles s'efforcent à la quantification. Qu'est-ce qu'un « travailleur », un « salarié » un « étranger », un « jeune », une « convention » ou un « chômeur » ? Certainement pas une essence immédiatement saisissable, mais le produit d'opérations de classement, d'inclusion et d'exclusion, qui sont normatives dans leur principe comme dans leurs effets. L'art du procès peut ainsi aider à ce que Bachelard appelait la « psychanalyse de la connaissance objective », psychanalyse nécessaire pour lever les obstacles propres à tout savoir quantitatif [23]. Le juriste doit ensuite *soumettre ces différentes formes de la normativité scientifique au principe du contradictoire*. Il doit tenir tous les fils de l'écheveau de normes non juridiques qui tissent le lien social, que ces normes soient ou non appuyées sur l'autorité de la science. Entre ces normes (que ce soient celles de l'économie ou de la sociologie, de la biologie ou de l'écologie, de l'esthétique ou de la morale, etc.), il n'est pas en effet d'arbitrage scientifique possible, mais seulement une quête toujours tâtonnante de la Justice que la règle de droit est censée exprimer [24]. Le juriste doit donc toujours rappeler l'existence d'autres normes face à la normativité dominante, que celle-ci relève des sciences sociales (comme aujourd'hui l'économie et la gestion dans le domaine du travail), ou des sciences dites exactes (comme aujourd'hui la science médicale qui trône dans les comités d'éthique) [25]. C'est à cette condition qu'il contribue à écarter le totalitarisme qui est en germe dans tout savoir spécialisé.

Trancher est l'autre face de l'art du procès. Pour le juriste, l'organisation méthodique du doute, l'expression des contradictions est toujours tendue vers leur résolution. Le Droit est ici bien plus proche de la Médecine que des sciences. Le doute persistant interdit au scientifique de trancher. Le juriste, comme le médecin, ne peut éternellement remettre la réponse à demain. Cette nécessité s'impose à toute la dogmatique juridique, quel que soit le lieu où elle s'exerce : elle s'impose au législateur qui arbitre entre différents intérêts ; au juge bien sûr, qui ne peut refuser de trancher le litige, « sous prétexte du silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » [26], mais aussi à l'avocat qui doit fixer son opinion dans ses conclusions ; au praticien qui rédige un acte ou un contrat, et dont la plume hésite sur le choix du mot qui liera les parties ; et même à l'universitaire dont on attend la « doctrine », à moins qu'il ne s'évade de cette exigence en abandonnant la dogmatique pour la théorie du droit (mais il court alors d'autres risques, car à de telles altitudes il faut de grandes ailes, et l'oxygène est rare). Le métier de juriste requiert donc de savoir trancher. Mais comment ? et avec quoi ?

Trancher comment ? Jamais au nom de la loi du plus fort. Sans doute le plus fort — la corruption en politique [27] et la mercantilisation des professions juridiques [28] sont là pour en témoigner — a les moyens d'acheter ceux qui font les lois ou concourent à leur application. Mais même le juriste vendu au plus fort ne peut trancher au nom du plus fort. Le parlementaire financé par un groupe de pression, l'avocat stipendié d'une organisation patronale ou syndicale, voire le juge ou l'universitaire acheté par un groupe d'intérêts (s'il en existait, ce qu'à Dieu ne plaise !) ne peuvent appuyer leur décision ou leur opinion sur l'autorité de celui qui les paie, car ils doivent toujours la *référer* à une valeur transcendant les données du problème qui leur est soumis. Dans notre culture légaliste, cette idée de référence évoque d'abord la référence à la loi, et la tournure syllogistique de nos jugements et de nos manières de raisonner en droit. Mais cette idée de référence à une portée beaucoup plus large. Ce peut être le précédent (ou l'absence de

précédent) pour le juriste de *common law*, le principe général du droit pour le juge administratif ou constitutionnel, l'intérêt général pour le rapporteur d'une loi, etc. Dans tous les cas, référer signifie qu'on règle le cas au nom de ce qui transcende le cas, qu'on emboîte sa décision dans un système normatif plus vaste qui la légitime (au nom de la Loi, au nom du Peuple français, au nom de la République, etc.).

Trancher avec quoi ? Le glaive, comme la balance, n'a ici que valeur d'allégorie. Le juriste ne tranche pas avec un couteau, mais avec des mots. Pour lui, tout finit et tout recommence éternellement avec des textes et des formules. Mais *formuler* en droit est le moyen d'opérer une juste répartition des biens et des places. Aussi ces formules du Droit doivent-elles être tranchantes, car s'y accrochent des droits, qu'il s'agit de revendiquer, attribuer ou refuser. Cela explique le tour nécessairement rigoureux des concepts juridiques, qui ne peuvent s'accommoder de l'imprécision inhérente à la plupart des catégories de pensée des sciences sociales. Face à cette imprécision, le juriste procède de deux manières. La première consiste à donner du tranchant à ces catégories qu'il partage avec le vocabulaire général. On peut lire par exemple de grosses thèses de sociologie de l'immigration sans y trouver de définition du travailleur étranger ; et cela peut se comprendre, car il y a sociologiquement et psychologiquement une subtile gradation dans l'appartenance et le sentiment d'appartenance à une société. En revanche, d'un point de vue juridique, on ne peut pas davantage être un peu français qu'un peu enceinte : le Droit tranche au scalpel entre le Français et l'étranger [29]. La seconde approche consiste à dissoudre les notions molles en une pluralité de concepts juridiquement opératoires. En témoigne par exemple le destin des notions d'« entreprise », ou de « plan » en droit du travail. Faute de pouvoir leur donner une définition unitaire, l'analyse juridique les résout entre une pluralité de qualifications dont elle alterne l'emploi [30]. Cette manière de nouer le lien social par des formules — qu'avait si bien saisie Loysel : « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles » [31] — rapproche

davantage le juriste des linguistes [32] et des philosophes (spécialement des logiciens), que des sociologues ou des économistes. Ce côté tranchant du droit introduit déjà à l'autre aspect de l'art juridique : l'*art des limites*. Si, des outils et des méthodes, on passe au travail même du juriste, l'image emblématique du glaive et de la balance cède en effet la place à la figure de l'arpenteur, que l'on voit courir depuis les harpédonaptes égyptiens, jusqu'au héros du *Château de Kafka*. L'harpédonapte est ce fonctionnaire royal qui venait après chaque crue du Nil « mesurer à nouveau les terres mêlées par la boue et le limon pour en redistribuer ou en attribuer les parts » [33]. Et Michel Serres, qui nous rapporte cette belle image, observe que de ce geste naît aussi bien le droit privé (l'attribution des propriétés) que le droit public (l'assiette de l'impôt), et les mathématiques (la géométrie). A cet égard, l'étude du droit du travail confirme deux choses : la première est que les limites ainsi tracées n'intéressent pas seulement la répartition des biens, mais aussi l'identité des personnes ; et la seconde est que cet art des limites connaît lui-même ses propres limites, que le droit a lui aussi ses bornes.

Avant même de répartir des biens, le Droit a en charge d'*identifier* des personnes, et le juriste qui méconnaît les enjeux d'identification inhérents aux catégories qu'il manipule faillit inmanquablement à sa mission. Cela est spécialement vrai du juriste du travail, car le travail est une part de l'identité humaine. Le droit du travail a signifié une réincorporation de l'identité du travailleur dans le cadre du droit des contrats [34]. Et cette réincorporation se trouve menacée dès que l'on cède à la tentation scientifique et quantificatrice qui consiste à réduire le sujet à une unité de compte, c'est-à-dire à confondre le sujet et l'individu. Il est vrai que le Droit est une mathématique du social. Le rapprochement du droit avec l'arithmétique et la géométrie est déjà présent dans la réflexion d'Aristote sur l'égalité [35]. Et on pourrait y ajouter les liens du droit et de l'algèbre, le *Primus* et le *Secundus* des raisonnements abstraits des romanistes préfigurant les x et y des équations. Mais l'élément premier du Droit n'est pas le Nombre, c'est

le Sujet, le sujet de droit, dont la dimension symbolique ne peut être ignorée sous peine de sortir des voies du Droit [36]. Remarque qui paraîtra abstraite, mais qui est grosse d'une mise en garde contre les dérives gestionnaires de la pensée juridique, spécialement lorsque la gestion s'applique aux ressources humaines. L'histoire du droit du travail montre que les projets de normalisation scientifique du travail humain finissent toujours par se briser sur la détermination irréductible des travailleurs à exister comme sujets, à se voir reconnaître une place humainement vivable. Et c'est l'une des tâches du juriste, qu'il soit universitaire, juge ou juriste d'entreprise, que de rappeler la raison gestionnaire à l'ordre du sujet de droit, lorsqu'elle se laisse égarer par la magie des chiffres.

Cet art de la limite, le juriste doit enfin se l'appliquer à lui-même, en acceptant de reconnaître les bornes du Droit. Oui, le Droit est borné, borné comme les cases des jeux que les enfants dessinent sur le sol [37]. Pas de lignes sur le sol, pas de jeu possible : c'est l'anomie et la confusion, le règne du plus costaud. Mais s'il y a tant de lignes qu'elles ne laissent plus un espace où se mettre, il n'y a pas de jeu possible non plus : c'est l'hypernomie et la confusion, le règne du plus costaud. Et s'il y en a juste ce qu'il faut, on peut oublier ceux qui les tracent, et jouer son va-tout dans les espaces qu'elles dessinent, on peut même tricher. A ses risques et périls. Cela s'appelle la liberté.

Notes du chapitre

- [1] † Ce qui suit résume une analyse développée in « Le travail, liberté partagée », *Droit Social*, 1993, p. 715-724.
- [2] † V. en ce sens la loi italienne du 3 février 1993 qui tend à effacer la notion d'emploi public au profit de celle de relation de travail soumise en principe au droit privé (v. U. Romagnoli, « La revisione della disciplina del pubblico impiego », *Lavoro e diritto*, n° 2/1993, p. 23 s.).
- [3] † V. J.-M. Charpin et J. Mairesse, « Réduction de la durée du travail et chômage », *Revue économique*, janv. 1978, p. 189-206.
- [4] † Sur ce conflit entre partage du travail et liberté du travail, v. C. const., décisions n° 81-134 du 5 janv. 1982, *Rec.*, p. 15 ; n° 83-156 du 28 mai 1983, *Rec.*, p. 41, et n° 85-200 du 16 janv. 1986, *Rec.*, p. 9.
- [5] † V. sur cette notion, pour une approche comparative : *La liberté du travail*, Congrès et colloque de l'Université de Liège, vol. 53, 1969 ; et en droit français J. Péliissier, « La liberté du travail », *Droit Social*, 1990, 19 ; J. Savatier, *Rep. trav.*, Dalloz, v° Liberté du travail, 1991.
- [6] † Cf. A. Rouast, « Liberté du travail et droit au travail », *Tvx de l'Institut de droit comparé*, XV, 1959, p. 181 ; G. Lyon-Caen, « Le droit au travail », in *Les sans-emploi et la loi*, ouv. coll., Quimper, Calligrammes, 1988, p. 203 s.
- [7] † Cf. G. Lyon-Caen, « Les clauses restrictives de la liberté du travail », *Droit Social*, 1963, 87 ; J. Amiel-Donat, *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Paris, Litec, 1988, 226 p.
- [8] † Cf. J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 12^e éd. 1993, n° 43.
- [9] † P. Lafargue, *Le droit à la paresse*, 1880, Paris, Maspero, 1973, 153 p.
- [10] † La situation européenne doit être distinguée ici de celle du Japon, où ce mouvement est à peine entamé, et surtout des Etats-Unis. La durée annuelle du travail a crû dans ce pays de près d'un mois en vingt ans (163 h. de 1969 à 1989). Ce retournement spectaculaire peut être attribué à l'affaiblissement des syndicats et surtout à la force du modèle de consommation qui incite à la dépense, et donc à l'augmentation de la durée du travail, enfermant les travailleurs américains dans le cycle du « work and spend » : v. J. B. Schor, *The overworked american. The unexpected decline of leisure*, New York, Basic Books, Harper et Collins, 1992, 247 p. Nous touchons ici du doigt ce que peut avoir de pathologique la libération de la demande lorsqu'elle n'est pas associée à une libération du travail. Plus généralement cette remontée de la durée du travail s'annonce comme une conséquence prévisible de la dualisation du marché du travail en Europe.
- [11] † Cf. A. Doyelle, « Durée du travail, un essai de comparaison internationale », *Travail et Emploi*, n° 12, avr.-juin 1982.
- [12] † Sur la place des facultés de droit civil et de droit canon dans l'université médiévale, v. J. Le Goff, *Les intellectuels au Moyen Age*, Paris, Seuil, 2^e éd. 1985.
- [13] † V. sur cette évolution Ch. Eisenmann, *Les sciences sociales dans l'enseignement supérieur : Droit*, Rapport à l'UNESCO, Paris, UNESCO, 1954, 141 p.
- [14] † V. I. Dombrovski, *La faculté de l'inutile*, trad. du russe, Paris, Albin Michel, 1979, 446 p.
- [15] † V. G. Lyon-Caen, « Plaidoyer pour le droit et les juristes », in *Convergences*, Etudes offertes à Marcel David, Quimper, Calligrammes, 1991, p. 297 s. ; et du même auteur, « Propos d'un nouveau docteur : réflexions à l'usage des jeunes juristes », *Lavoro e diritto*, 1990, n° 4, p. 509 s. ; A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, 199.
- [16] † V. J.-M. Verdier, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », in *Les orientations du droit social contemporain*, Etudes offertes à J. Savatier, 427 ; J.-J. Dupeyroux, « Quelques questions », in *Liberté, égalité fraternité et droit du travail*, *Droit Social*, n° spéc. janv. 1990, p. 9 s.

[17] † A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la Langue française*, Paris, Ed. Robert, 1992, v° « art », où est montrée la grande richesse sémantique du terme, et ses liens avec les notions de bras et d'arme (*armus*), d'articulation (et d'article), de nombre (*ari-thmos*), de rite (*ritus*), de technique (c'est l'équivalent du grec *technê*), de métier (*artifex*), de fiction et de ruse (*artificium*), etc.

[18] † Sur cette nature « bidimensionnelle » de la règle de droit, v. *supra*, chap. 6.

[19] † « Je me suis nourri spirituellement, écrit-il de ses études de droit, d'une sciure de bois que pour comble des milliers de bouches avaient déjà mâchée pour moi » (Lettre au père, in *Préparatifs de noce à la campagne*, trad. fr. Marthe Robert, Paris, Gallimard, 1957, p. 195).

[20] † L. Dumont, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, p. 221.

[21] † Sur cette normativité de fait, v. P. Legendre, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983.

[22] † J. Prévert, « Il ne faut pas », in *Paroles*, v. *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, La Pléiade, p. 139.

[23] † G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, Vrin, 1^{re} éd. 1938, 14^e éd. 1989, v. spéc. p. 211 s.

[24] † C'est parce qu'il répond à cette exigence de complexité que le *Discours Préliminaire* du code civil n'usurpe pas sa réputation de grand monument de la pensée juridique, et conserve à cet égard sa valeur de modèle (le lire ou le relire dans l'heureuse réédition qu'en a fait, F. Ewald, *Naissance du code civil*, Paris, Flammarion, 1989, p. 35-90).

[25] † A la foi dans les Lumières qui affirme par exemple que la raison individuelle est une loi suffisante au règlement du temps de travail, le droit du travail objecte les normes sociales et biologiques qui intéressent aussi ce règlement. Cette mise en question de la normativité inhérente à tout individualisme méthodologique est une constante du droit du travail, depuis ses origines (v. *supra*, chap. 2) jusqu'à nos jours (cf. le débat sur la suppression de la règle du repos dominical).

[26] † C. civ., art. 4.

[27] † V. Y. Mény, *La corruption de la République*, Paris, 1992.

[28] † Pour un bel exemple de l'indexation de la défense sur les valeurs du marché, v. le rapport Soulez-Larivière (*La réforme des professions juridiques et judiciaires* Rapport au bâtonnier de Paris, juin 1988), qui a été l'une des sources d'inspiration de la loi n° 90-1259 du 31 déc. 1990 portant réforme des professions judiciaires.

[29] † V. P. Lagarde, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1989, 383 p. ; D. Lochak, *Etrangers : de quel droit ?*, Paris, PUF, 1985, 256 p. Ce scalpel peut opérer là où ne l'attendaient pas les auteurs d'un texte. Ainsi l'article ^{er} de la loi *Quillot* du 22 juin 1982 ayant présenté celle-ci comme la réalisation d'un « droit fondamental à l'habitat », la jurisprudence se chargea de donner du tranchant à cette formule déclamatoire en décidant que les résidences secondaires échappaient au champ d'application de cette loi (Civ. 3, 29 nov. 1983, *JCP*, 1964, II, 20196, obs. Warembourg-Auque ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, 324, obs. Ph. Rémy). Sur le destin de ce « droit à l'habitat », devenu « droit au logement » dans les textes ultérieurs, v. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 1991, n° 545.

[30] † V. *supra*, chap. 4.

[31] † *Institutes coutumières*, 357.

[32] † V. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, 412 p. ; P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, 252 p.

[33] † Cf. M. Serres, *Le contrat naturel*, Paris, F. Bourin 1990, p. 87 s.

[34] † V. *supra*, 1^{re} partie.

[35] † *Ethique à Nicomaque*, liv. V, éd. citée, t. 2, p. 125 s.

[36] † V. là-dessus *supra*, chap. 5.

[37] † Pour une systématisation de cette vieille analogie du droit et du jeu, v. M. Van De Kerchove et F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, 268 p.