

SÉANCE 1. LA SPECIFICITE DU DROIT DU TRAVAIL

Pourquoi un droit du travail ? Droit social 1990 p. 485

Alain Supiot, Professeur à l'université de Nantes

Pourquoi un droit du travail ? Voilà une interrogation qu'il est tentant de retourner : pourquoi cette question ? Les magistrats n'ont-ils pas déjà assez à faire de s'informer du contenu du droit du travail, qu'il faille les assommer avec des questions dernières qu'on ne peut poser sans emphase : qu'est-ce que le droit du travail ? d'où vient-il ? où va-t-il ? Monsieur le président Verdier, organisateur de ce colloque, a su dissiper ce doute initial en faisant observer qu'on ne peut appliquer et interpréter le droit du travail sans avoir en vue sa raison d'être. Ainsi convaincu de l'intérêt de la question, on se trouve placé pour l'aborder devant deux difficultés liminaires.

Première difficulté : c'est une question rebattue. Elle a surgi dès les premières lois ouvrières, et n'a cessé depuis de susciter des réflexions politiques et doctrinales. Ces dernières années lui ont donné, il est vrai, avec les débats relatifs à la déréglementation, un nouvel air de jeunesse. « Faut-il brûler le Code du travail ? » demandait le titre d'un colloque organisé à Montpellier en 1986 (2) « Le droit du travail, un droit vivant » ! répondit en écho un autre colloque organisé à Lyon deux ans plus tard (3). Mais le dossier des raisons dernières du droit du travail reste ouvert à en juger entre autres par le dernier colloque de « *Droit social* », qui soulignait de points de suspension, la difficulté de ces questions générales « Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail »(4).

Il est bien difficile de s'engager sur ce terrain sans s'exposer au rabâchage. Qu'il suffise donc ici de tracer à grands traits la carte de ces explications dernières du droit du travail. Sur cette carte, deux cités. Non pas une à droite et une à gauche, mais celle de l'Economisme et celle de l'Humanisme.

La Cité de l'Economisme se situerait sur le bas de cette carte, car ceux qui y campent s'accordent à voir dans le droit du travail un vassal des rapports économiques, une expression des conflits d'intérêt (5). Elle a son parti de droite (qui défend l'ordre établi) et son parti de gauche (qui veut le bouleverser), mais ils admettent tous deux cette primauté de l'économie. Ce que résume bien cette formule du Pr. Teyssie citant A. Roudil : « N'ayons garde d'oublier, en tout état de cause que : « Le droit du travail ne commande pas à l'économie ». L'inverse en revanche est vrai »(6).

La Cité de l'Humanisme se situerait en haut de la carte, près du Ciel puisqu'on y voit au contraire dans le droit du travail un instrument de soumission des rapports économiques à des valeurs morales. « La signification essentielle du droit du travail, écrit ainsi Paul Durand, est d'ordre moral. La société moderne n'admet pas que le travail soit traité comme un bien matériel, soumis à la loi du marché. Les rapports de travail sont soumis à un droit spécial parce qu'ils engagent la personne du travailleur. Du fait même, - et que l'on en ait plus ou moins conscience - le droit du travail se présente comme une réaction contre une philosophie matérialiste » (7). Cette interprétation morale du droit du travail est partagée par les deux partis qui, selon les moments, s'y affrontent ou s'y allient : le parti chrétien (8), qui prend racine dans la doctrine sociale de l'Eglise, et le parti laïc, héritier du socialisme utopiste ou du solidarisme (9).

Cette carte paraîtra bien grossière. Mais sa seule raison d'être est de ne pas se perdre dans ces débats mille fois repris, autrement dit de ne pas s'y engager une mille-et-unième fois.

Reste une seconde difficulté liminaire, qui résulte de l'ambiguïté de la question « Pourquoi un droit du travail ? ». Car cette interrogation peut s'entendre d'au moins trois manières. Dans « Pourquoi ? » on peut entendre « dans quel but ? » ; et se posera alors la question de la finalité du droit du travail, des objectifs poursuivis à travers lui. Mais on peut aussi entendre « à quoi ça sert ? », et se trouvera alors posée la question des fonctions du droit du travail, de son rôle effectif dans la société. Et on peut entendre enfin « à quoi bon ? » et se trouvera alors posée la question de l'inutilité du droit du travail : ne pourrait-on s'en passer ?

Or ce qui frappe depuis la consolidation du droit du travail comme branche autonome du droit, c'est le glissement progressif de l'une à l'autre de ces trois questions. Jusqu'à la fin des années soixante, la question posée en doctrine est celle du but du droit du travail, et la réponse unanime se laisse résumer en un mot : celui de *protection* du salarié (10). Dans les années soixante-dix, le débat se déplace et c'est la question « à quoi ça sert ? » qui agite les esprits. Est alors mis en doute le caractère purement protecteur du droit du travail, et l'analyse de ses « fonctions » conduit à souligner l'intérêt qu'il offre aussi pour le patronat (11). Ces débats aboutirent à affirmer l'*ambivalence* du droit du travail : il sert les salariés, mais aussi les employeurs (12). Enfin les années quatre-vingts ont vu éclater la question « à quoi bon ? », question qui court dans tous les débats relatifs à la déréglementation ou à la flexibilité, et que résumait excellemment le titre déjà cité du colloque de Montpellier « Faut-il brûler le Code du travail ? ». En réalité, personne n'a jamais sérieusement songé à le brûler, et surtout pas les juristes dont il est le gagne-pain. Mais ces débats ont fait surgir une nouvelle notion consensuelle : celle d'*équilibre* (13), qui se laisse décliner dans l'invocation du nécessaire (toujours nécessaire !) équilibre entre l'économique et le social, la sécurité et la liberté, l'efficacité et l'équité, l'individuel et le collectif etc.

Protection, ambivalence, équilibre : notions bien utiles. Surtout la première qui est en vérité la seule à avoir une valeur distinctive pour le droit du travail, puisque les deux autres - ambivalence et équilibre - peuvent s'appliquer à n'importe quelle branche du droit, et nous apprennent donc seulement que le droit du travail est bien partie intégrante du droit.

Mais le plus remarquable est ailleurs : dans le fait que la raison d'être du droit du travail ait toujours été recherchée en dehors de l'ordre juridique lui-même : dans la morale, ou l'économie. Non pas qu'il soit inconvenant de se tourner de ce côté, mais ne pourrait-on d'abord se tourner vers le système juridique lui-même ? De même qu'un mot n'a de sens que relativement aux autres mots de la langue, de même le droit du travail n'a de sens juridique que relativement aux autres branches du droit. La première question à se poser serait alors « Pourquoi le droit du travail, et pas le droit civil ? » ; en bref : « Pourquoi pas le droit civil ? ». C'est seulement après avoir évoqué ce problème de toujours qu'il sera possible de rouvrir la porte aux sciences sociales pour aborder les problèmes du jour. Autrement dit les raisons structurelles du droit du travail (I) seront examinées avant ses raisons conjoncturelles (II).

I. - Raisons structurelles : pourquoi pas le droit civil ?

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 (14) - 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 (15). Quelques travaux décisifs ont 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 (16). Mais alors, la question n'en est que plus pressante : pourquoi n'est-ce pas le droit civil qui régit les relations de travail ?

Soucieux de pédagogie, j'aborderai ce problème par une image et comparerai les relations entre droit civil, ou plus exactement entre droit des obligations et droit du travail, à celles qui existent entre une voiture et un navire. Leur raison d'être est finalement la même (se déplacer), mais ils répondent à des impératifs différents (s'adapter à une surface solide dans un cas, et liquide dans l'autre), si bien qu'on observe entre eux à la fois certaines similitudes et d'énormes différences. De même, le droit civil et le droit du travail ont finalement la même raison d'être, qui est de « civiliser » les relations sociales (17), c'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force. 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 - celui-ci fait défaut en matière de travail salarié. Ce dernier en effet comporte deux impératifs structureaux que le droit des obligations est incapable de satisfaire et qui l'y rendent inopérateur : l'objectivation du corps humain et la subordination de la volonté (18). Le droit du travail procède justement de ces deux questions difficiles :

- comment assurer la sécurité physique d'individus assujettis aux contraintes de la production ?

- comment conférer des droits à des individus soumis à la volonté d'autrui ?

A - La contrainte physique

S'il est un principe fondamental de l'État de droit - i.e. d'une société « civilisée » - c'est bien celui de la sécurité des personnes, entendez de la sécurité physique. Or, les concepts du droit civil se sont avérés incapables d'assurer cette sécurité dans l'entreprise, parce que le droit civil des obligations ne peut gérer 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. « Il faut dire, écrivait Ripert (19), que le travail c'est l'homme même, dans son corps et dans son esprit, et qu'il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé ». Le droit du travail a eu pour premier objet de suppléer cette défaillance du droit civil des contrats, et d'étendre à l'intérieur des entreprises le principe de la sécurité des personnes.

Faut-il rappeler ici l'ampleur des dispositions élaborées à cette fin ? On pense bien sûr en premier lieu aux dispositions qui assurent une protection technique des travailleurs, telles les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, à la médecine du travail, aux accidents du travail et aux maladies professionnelles. Mais la portée de cette idée de sécurité physique est en réalité infiniment plus vaste, et s'étend à toutes les règles qui concernent la santé (par exemple celles relatives à la limitation et à l'aménagement du temps de travail, ou à la maladie), la reproduction (protection de la maternité), le vieillissement (discriminations par l'âge, retraites, etc.), l'entretien du corps (problèmes du minimum et de la continuité des moyens de subsistance, qui ont dominé le régime juridique des salaires) (20), ou son intimité (règles relatives aux fouilles, à l'alcootest, ou la jurisprudence relative aux normes vestimentaires dans l'entreprise) (21).

Cette idée de sécurité physique a été, et demeure, au coeur du droit du travail. C'est elle qui apparaît à l'origine historique de tous les droits du travail européens ; 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 l'État ; c'est elle enfin qui se retrouve au centre de l'édification du droit social européen, telle qu'on l'observe par exemple dans l'Acte unique (22). Idée centrale donc, mais dont l'importance reste souvent méconnue, si l'on en juge par exemple à la faible place occupée par la référence aux contraintes chronobiologiques dans les derniers débats sur l'aménagement du temps de travail en France.

B - La subordination de la volonté

Le droit du travail procède également de l'incapacité du droit civil des obligations à appréhender une relation dominée par l'idée de subordination d'une personne à une autre. Alors que dans le contrat civil la volonté s'engage, dans la relation 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, en tant que sujet de droit, disparaît de l'horizon du droit civil lorsqu'il rentre dans l'entreprise, pour laisser place à un sujet tout court, soumis au pouvoir de normalisation du chef d'entreprise (23). 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 d'exercice. Cet encadrement a signifié dans le même temps - irréductible ambivalence du droit - une légalisation et une limitation de ce pouvoir.

Puisqu'il s'agit de civiliser les relations de travail, c'est sans surprise qu'on retrouvera ici des techniques venues du droit civil, mais adaptées aux exigences de la subordination. De même que sur un bateau on retrouve un gouvernail, qui rappelle le volant, ou une hélice, qui rappelle la roue motrice, de même le droit du travail adapte aux impératifs de la relation de travail certains concepts venus du droit civil, tels ceux de contrat ou de convention, de personne morale, de représentation etc. Mais il emprunte aussi aux branches du droit qui comme lui ont affaire à des relations de pouvoir : au droit public (24) (détournement de pouvoir), au droit pénal ou au droit processuel (droits de la défense) (25).

La principale clé de cette adaptation a été d'accorder une place au collectif dans la définition des droits. Cette référence au collectif fera immédiatement penser aux concepts juridiques propres au droit du travail, tels celui 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 un double mouvement de déclin de contrat individuel comme cadre juridique exclusif de la relation de travail, et de 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. De ce point de vue, l'une des notions les plus originales du droit du travail est celle de droit individuel s'exerçant collectivement, notion qui se trouve au coeur de la conception française du droit de grève, du droit syndical ou du droit à la négociation collective. Se trouve ainsi posé, non seulement le problème de la protection de l'individu par le groupe, mais aussi celui de la protection de l'individu contre le groupe, question qui occupe une place majeure dans le droit anglais ou américain, et qui en France même, vient d'avoir les honneurs de l'actualité constitutionnelle (26).

Tout cela est évidemment compliqué, difficile à manier, et ce balancement perpétuel entre l'individuel et le collectif, la subordination et la liberté, le contrat et le statut, est bien propre à donner le mal de mer au civiliste. Le danger est là d'ailleurs pour le juriste. Vous savez que contrairement aux vrais marins, qui la redoutent, les marins d'eau douce aiment la vue de la terre, et s'y précipitent avec l'instinct infaillible qui fait les grands naufrages. C'est le même risque qu'encourt le juriste tenté de revenir, pour traiter des relations de travail, sur la terre ferme du droit civil. Cela ne veut pas dire que les emprunts au droit civil lui soient interdits. Mais qu'il ne peut jamais se borner à installer purement et simplement une disposition du droit civil dans l'appareillage du droit du travail, sans avoir préalablement vérifié que cette disposition répondait aux exigences propres de ce dernier (27).

Il faut en effet se résoudre à ce constat que le droit du travail est devenu le droit commun des rapports de dépendance économique, dans la mesure où il possède une logique propre, qui rayonne dans les autres branches du droit. Les concepts forgés en son sein ont essaimé dans toutes les situations juridiques où se retrouve cette idée de dépendance. La Sécurité sociale (28), la fonction publique (29), le droit rural (30), le droit des transports (31), le droit commercial (32) et le droit civil lui-même dès qu'il doit régir des rapports inégalitaires (33), ont repris à leur compte pour les adapter à leurs exigences propres, tel ou tel de ces concepts. Et l'actualité (34) 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'État ou de la Sécurité sociale.

La place ainsi acquise par le droit du travail dans notre système juridique l'expose évidemment plus qu'un autre aux changements (35). De ce point de vue, la question « Pourquoi un droit du travail ? » se pose dans des termes différents, comme un problème d'actualité : au-delà de ses raisons structurelles, quelles sont les raisons conjoncturelles de ce droit ?

II. - Raisons conjoncturelles : le droit du travail face au changement

Pour aborder les problèmes du jour, je distinguerai les deux sens de la notion de droit du travail : d'une part, le droit du travail comme ensemble de textes régissant les relations de travail, et d'autre part, le droit du travail comme science de ces textes. La question « Pourquoi un droit du travail ? » alors se dédouble, et conduit à se demander, non seulement à quoi peuvent servir ces textes, mais aussi à quoi peut bien servir cette science des textes. Il est difficile de ne pas prendre parti sur de telles questions, c'est-à-dire à tout le moins, de ne pas privilégier certaines des réponses possibles. Prenant parti assez clairement pour faciliter les réfutations éventuelles, j'avancerai que si le droit du travail - comme « science » des textes - peut servir à analyser le changement, le droit du travail - comme pratique des textes, et singulièrement comme pratique judiciaire - doit servir à le maîtriser.

A - Science des textes et analyse du changement

D'excellents écrits ont analysé ce qu'étaient les « tâches » ou les « fonctions » de la doctrine, spécialement en droit du travail (36). Allant à l'essentiel, ces analyses portent sur les diverses facettes de la connaissance du phénomène juridique, et mettent naturellement l'accent sur le rôle joué par la doctrine à l'intérieur de l'ordre juridique (37). Aussi n'est-il pas utile d'y revenir ici, et je voudrais plutôt mettre en lumière un intérêt marginal de la science des textes, qui est de contribuer à la compréhension de ce dont ces textes nous parlent ; autrement dit, de nous donner une vue imprenable sur le changement économique et social. Marginale sans doute, cette perspective, qui restitue au droit sa dimension culturelle, peut se réclamer de précédents illustres dans la doctrine française (38).

Parler de « changement » - notion passe-partout s'il en est - revient à dire en termes moins choisis que ne le faisait Montaigne, que « le monde est une branloire pérenne ». Reste à caractériser, à définir, les ébranlements d'aujourd'hui. C'est ce problème que le droit du travail, comme science des textes, peut contribuer à poser convenablement. Par la position structurale qu'il occupe, au croisement de l'individuel et du collectif, du physique et du mental, de l'économique et du social, le droit du travail donne du changement une vue qu'il serait dommage de négliger.

Si nous y jetons un coup d'oeil aujourd'hui, nous y observerons avec un peu d'attention trois choses essentielles, trois « tendances lourdes » de notre société : tendances à l'individualisation, à la déconcentration et à la dualisation (39).

Au dossier de l'*individualisation* (40), versons : la diversification des formes juridiques d'emploi, la revalorisation du contrat individuel de travail, 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-guillottes 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.), le droit à conversion, le droit de retrait etc.

Au dossier de la *déconcentration* versons : d'une part, les signes d'une tendance à la décentralisation (développement du droit conventionnel et des accords d'entreprise, remise en cause de la notion d'ordre public social) et, d'autre part, ceux d'une tendance inverse, à l'internationalisation (41)(émergence du droit social européen (42), du droit des groupes).

Enfin au dossier de la *dualisation*, nous trouvons les morceaux d'un droit du travail du « deuxième type » qui prospère à l'ombre de l'ancien : contrats à durée déterminée, travail temporaire, travail à temps partiel, intermittent, formes juridiques de mise au travail (nuée des stages et

des contrats de type « emploi-formation), prestation de main d'oeuvre etc. Du deuxième type parce que la plupart des notions fondamentales du droit du travail (employeur, entreprise, représentation, grève, voire même la notion de salarié) s'y trouvent prises en défaut.

Tout cela ne s'observe d'ailleurs pas seulement en droit du travail, et par exemple, l'individualisation peut se lire également en droit de la famille (43), la déconcentration en droit public (44), et la dualisation en droit de la sécurité ou de l'aide sociale (45).

Sans doute ces tendances ont-elles aussi été observées ailleurs, en économie ou en sociologie (46). Mais l'analyse juridique peut permettre d'en préciser le sens et la portée. En montrant par exemple comment, derrière les discours magnifiant l'émancipation de l'individu par le contrat, le lien juridique se transforme et tisse de nouvelles formes de regroupement et de contraintes sociales (47). Le droit du travail permet donc de mieux saisir et de mieux comprendre les changements qu'à la fois il exprime et il imprime. Aux yeux du simple observateur, cela suffirait à en justifier l'intérêt. Mais ceux qui pratiquent le droit du travail risquent de ne pas se satisfaire d'un intérêt aussi spéculatif. Les magistrats, en particulier, ne peuvent se contenter d'observer, car ils ont le pouvoir et la charge de décider. Pour eux la question essentielle est de savoir si la pratique des textes permet de maîtriser les changements ainsi observés.

B - Pratique des textes et maîtrise du changement

Chacune des grandes tendances révélées par l'étude des textes est porteuse à la fois du meilleur et du pire, et peut être aussi bien saisie comme une chance que comme un risque (48).

La tendance à l'individualisation, par exemple, peut être analysée 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. Au lieu que l'organisation de son temps (49), ses espérances de gain, l'expression de ses opinions, soient prises en charge ou définies de manière collective (par l'Etat, 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. Tandis que la définition collective des règles régissant la relation de travail donnait à chaque salarié des titres juridiques opposables au pouvoir patronal, l'individualisation se réduirait à un démantèlement de ces droits enracinés dans le collectif. 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) (50). 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.

Or ici, le juge a un rôle capital à jouer.

En vérité, il a toujours joué un rôle capital dans l'édification du droit du travail, tantôt comme moteur, tantôt comme ancre flottante, le faisant avancer et limitant ses dérives. C'est ainsi qu'on lui doit, pêle-mêle, le principe de la responsabilité du chef d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité (51), la technique de la suspension du contrat de travail (52), la notion d'unité économique et sociale (53), la technique de la requalification des contrats précaires successifs(54), etc.

Il va jouer un rôle décisif dans les évolutions à venir, et de lui aussi on peut attendre le meilleur et le pire. Bien sûr, dans la jurisprudence française, le pire est exceptionnel ! Mais tout de même, en voici un exemple. Il s'agit de ces salariés du deuxième type, qui travaillent dans des entreprises de prestations de service (restauration, gardiennage, nettoyage etc.), de ces salariés pour qui les droits collectifs sont à peu près vides de sens parce qu'ils travaillent *de facto* pour un employeur qui n'est pas le leur *de jure*, de ces salariés enfin qui constituent le type même de la main d'oeuvre extériorisée et bon marché, et qui ne connaissent de l'individualisation et la dualisation du salariat que leur mauvais côté. Ces salariés avaient une protection et une seule : la jurisprudence dite « *Laving-glace* » (55), qui évitait que la concurrence entre entreprises prestataires de services ne se joue principalement sur les bas salaires et l'exploitation de la main d'oeuvre.(56). Cette unique protection la Cour de cassation leur a ôtée (jurisprudence « *Nettoitout* » (57)) sous la pression d'une argumentation économique dont la suite allait montrer le caractère pour le moins approximatif. Le démenti apporté à cette argumentation par les partenaires sociaux eux-mêmes (58), puis la position adoptée par la Cour de Justice des Communautés européennes (59), permettent d'espérer que la Cour de cassation reformera bientôt cette jurisprudence « *Nettoitout* » (60), qui s'apparente à ce que J.-J. Dupeyrou a appelé « l'effet Matthieu » en droit de la Sécurité sociale (61) : à ceux qui n'ont rien, on ôte même ce qu'ils ont...

Les exemples du meilleur sont évidemment beaucoup plus faciles à trouver, car ils sont beaucoup plus nombreux. Je me limiterai à deux d'entre eux, qui, tous deux, concernent le processus d'individualisation.

Le premier est relatif à la qualification du contrat de travail. On sait que l'une des formes pratiques de l'individualisation consiste pour certaines entreprises à transformer leurs propres salariés en entrepreneurs sous-traitants : l'intérêt de l'opération est bien sûr d'exclure du champ d'application du droit du travail les salariés ainsi « mis à leur compte ». Tant la Chambre sociale que la Chambre criminelle de la Cour de cassation se montrent en pareille hypothèse d'une extrême fermeté. Leur jurisprudence s'en tient en effet au principe récemment réaffirmé par l'Assemblée plénière, selon lequel « la seule volonté des parties (est) impuissante à soustraire l'intéressé au statut social qui provient nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail » (62). On ne soulignera jamais assez l'importance de cette jurisprudence : la qualification du contrat de travail est un verrou que le juge ne pourrait ouvrir sans risquer de précipiter hors de toute protection des milliers de travailleurs.

Le second exemple est celui de la jurisprudence *Raquin* relative à la modification du contrat de travail (63). Ici encore on a affaire au processus d'individualisation puisqu'il s'agit de redonner vigueur aux stipulations du contrat individuel. Une partie des travaux de ce colloque doit être consacrée aux développements de cette nouvelle jurisprudence, et je ne doute pas qu'ils mettront en lumière les difficultés techniques qu'elle peut soulever (64). Aussi n'est-il pas inutile de rappeler ici que l'arrêt *Raquin* est venu consacré une solution de bon sens, que la doctrine appelait de ses vœux depuis longtemps. Cette solution n'interdit pas le changement dans l'entreprise, puisqu'elle laisse l'employeur libre de décider des modifications substantielles du contrat. Mais elle l'oblige à traiter le salarié comme un véritable sujet de droit, en le consultant sur cette modification pour recueillir son assentiment exprès, ou bien un refus qui conduira à engager une procédure de

licencier, ou bien encore pour négocier avec lui les conditions de cette modification.

L'équilibre ainsi réalisé par l'arrêt *Raquin* entre les contraintes collectives inhérentes à la vie de l'entreprise et le respect dû aux individus, n'est pas sensiblement différent de celui que le Conseil constitutionnel vient de définir à propos de l'exercice syndical des actions individuelles en justice en exigeant que soit recueilli l'accord exprès des salariés concernés⁽⁶⁵⁾. Dans les deux cas il s'agit bien de traiter le salarié comme un véritable sujet de droit, mais dans des conditions qui préservent les nécessaires prérogatives du chef d'entreprise ou du syndicat.

Les problèmes du jour rejoignent ainsi les problèmes de toujours, et c'est là-dessus que je voudrais conclure. Le rôle du juge n'est pas d'appliquer les lois réelles ou supposées de l'économie, il est d'appliquer les lois tout court. Et s'il lui faut accompagner et favoriser les changements de la société dans laquelle il vit, c'est en veillant à ce que les relations de travail restent sous l'emprise du droit, c'est-à-dire, pour parler bref, qu'elles restent des relations civilisées

(1) Rapport introductif du colloque organisé par l'Ecole nationale de la magistrature et l'Association française de droit du travail et de la Sécurité sociale, (Paris, 2 février 1990) et intitulé « Le droit du travail, un droit à part ? » ; la forme orale lui a été conservée.

(2) Actes parus in *Dr. soc.*, n° spéc. juill.-août 1986, pp. 559-604.

(3) Actes parus in *Dr. soc.*, n° spéc. juill.-août 1988, pp. 537-597.

(4) *Dr. soc.*, n° spéc. janv. 1990, 146 p.

(5) Cette opinion, Georges Scelle la résumait parfaitement lorsqu'il écrivait : « On ne saurait se dissimuler (...) que ni le sentiment de la justice sociale, ni les incitations de la science économique, ni même la poursuite du progrès et de l'intérêt national, ne sauraient être des facteurs décisifs et permanents de législation sociale, à l'encontre des intérêts de classe. Tout cela n'aurait pas amené la classe bourgeoise, capitaliste et salariante à donner à la classe ouvrière et salariée des armes juridiques et suffisantes, si elle fût demeurée l'exclusive détentrice du pouvoir politique. Il n'y a point de bon tyran, quoiqu'on aient dit les physiocrates, surtout en démocratie. Une classe légifère dans son intérêt propre avec un instinct si fatal qu'il confine à la bonne foi » (in *Le Droit Ouvrier* Paris A. Colin, 2^e éd. 1928, pp. 12-13).

(6) B. Teyssié, « Propos autour d'un projet d'autofafé », *Dr. soc.* 1986, n° 17, p. 561, citant P. Roudil, « Flexibilité de l'emploi et droit du travail, "la beauté du diable" » *Dr. soc.* 1986, 94).

(7) P. Durand, « Traité de droit du travail », Paris, Dalloz, t. 1, n° 94, p. 113 ; sur cette référence personnaliste, v. F. Perroux, « La personne ouvrière et le droit du travail », *Esprit*, fasc. 42, 1^{er} mars 1936, pp. 866-897 et du même auteur « Le sens du nouveau droit du travail », Paris, Domat-Montchrestien, 1943 ; V. dans le même sens la déclaration qui ouvre la 2^{de} édition du *Traité du droit du travail* d'A. Brun et H. Galland : « En droit du travail plus sans doute qu'en aucune autre branche du droit, le « spirituel » doit l'emporter sur le « matériel », l'inspiration humanitaire doit primer la réglementation étroite et technique, car la finalité de ce droit réside dans l'homme » (Paris, Sirey, 1978, t. 1, n° 1, p. IX).

(8) V. par ex. (se référant explicitement à la doctrine sociale de l'Eglise catholique pour asseoir son analyse institutionnelle de l'entreprise) les travaux de J. Brethe de la Gressaye, « Le syndicalisme, l'organisation professionnelle et l'Etat », (Paris, Sirey, 1931, 362 p. ; « Les transformations juridiques de l'entreprise patronale », *Dr. soc.* 1939, pp. 2-6 ; « Les bases de l'organisation professionnelle », *Dr. Soc.* 1941, p. 2.

(9) V. la citation de Léon Bourgeois placée en exergue du premier traité de législation industrielle de Paul Pic, (« Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières », Paris, Rousseau, 1^{re} éd. 1904, 6^e éd. 1931) en 1904 : « Je crois qu'il y a au dessus de nous, nous enserrant de toutes manières, une solidarité naturelle dont nous ne pouvons nous dégager. Nous naissons tous débiteurs les uns des autres ».

(10) V. P. Durand, *op. cit.*, t. 1, n° 206, p. 261 ; et dans le même sens J.-C. Javillier, *Droit du travail*, 1^{re} éd. 1978, p. 39.

(11) V. B. Edelman, « La légalisation de la classe ouvrière », Paris, C. Bourgeois, 1978 254 p.

(12) V. La contribution d'A. Jeammaud à l'ouvrage collectif *le droit capitaliste du travail* (Grenoble, PUG, 1980, 3^e partie : « Les fonctions du droit du travail », pp. 149-254) : « Le rôle éminent que (le droit du travail) joue dans la constitution et la sauvegarde des intérêts capitalistes de production commande de relativiser son intérêt pour les travailleurs, mais il n'autorise pas à le nier » (*op. cit.* p. 254).

(13) Sur cette problématique de l'équilibre et de la transaction (déjà présente chez G. Scelle, *op. préc.* p. 13) v. F. Ewald, « Le droit du travail : une légalité sans droit », *Dr. soc.* 1985, pp. 723-728. Add. J. Courdouan et B. Doerflinger, « Avant-propos », aux Actes préc. du colloque « Le droit du travail, un droit vivant », *Dr. soc.* 1988, p. 539.

(14) L. Jossierand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D. H.* 1937, chr. 1.

(15) Cf. G. Scelle, *op. cit.*, loc. cit. ; G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD. civ.* 1974, pp. 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.

(16) G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975, Chr. 151-158 et 222-228. Add : *Dr. soc.* « Droit civil et droit du travail », n° spécial mai 1988.

(17) C'est P. 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 » (in *L'Empire de la vérité* Paris, Fayard, 1983, p. 171). Le sens échappe par exemple à Norbert Elias in « La civilisation des moeurs », trad. fr. Paris, Calmann-Lévy, 1973, 342 p.

(18) Pour une présentation d'ensemble, v. « Le juge et le droit du travail », Th. Bordeaux-I, 1979, pp. 35-272.

(19) in « Les forces créatrices du droit », Paris, *LGDJ*, 1955, n° 109, p. 275.

(20) V. Y. Saint-Jours, « Du salaire au revenu salarial » in *Les transformations du droit du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, pp. 317-330.

(21) V. B. Teyssié, « Personnes, entreprises et relations de travail », *Droit social, droit civil et droit du travail*, n° spécial précité, 374-383 ; O. Kuhnmunch, « Personnes, entreprises et relations de travail, éléments de jurisprudence », idem, 1988, 384-386 ; J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. Soc.*, « Liberté, égalité, fraternité et Droit du travail », n° spécial précité, 49-58.

(22) Art. 118A ; V. I. Vacarie, « Travail et santé : un tournant in « Les transformations du droit du travail », Mélanges G. Lyon-Caen préc., pp. 331-348.

(23) Sur cette notion, v. « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. Soc.* 1984, 296. L'analyse juridique est nécessaire et suffisante pour 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. pp. 201-202).

(24) J.-L. Crozafon, « L'emprunt de techniques de droit administratif par le droit du travail », Th. Paris-I, 1984.

(25) V. Les actes du colloque, « Les droits de la défense et le droit du travail » reproduits in « La Gazette du Palais » et in « La Semaine

sociale » du 24 mai 1988, supplément au n° 410 ; cf. spéc. le rapport J.-M. Verdier relatif aux droits de la défense à l'intérêt de l'entreprise.
(26) Question de la constitutionnalité des actions de substitution : C. consti. 25 juillet 1989, *Dr. soc* 1989, 627, décision commentée par X. Prétot in *Dr. soc.* 1989, p. 702 s.
(27) Rapp. en ce sens J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation » in *Mélanges G.-H. Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1978, spéc. p. 28.
(28) Cf. J.-J. Dupeyroux, « Droit de la Sécurité sociale » Paris, Dalloz, 11^e éd., n° 56 et 140-141.
(29) Cf. La reconnaissance par le Conseil d'État de principes généraux, dont « s'inspire » le droit du travail, tel celui de la protection de la maternité (CE. Ass. 8 juin 1973, Peynet, *AJDA* 1973, 608, concl. Grevisse) ou du salaire minimum (CE. 23 avril 1982, *Ville de*

Toulouse Lebon 152, concl. Lateboulle).
(30) Cf. « L'élevage industriel face au droit du travail », *Rev. dr. rural*, n° spécial octobre-novembre 1983, pp. 325-331.
(31) Cf. F. Ewald, « L'accident nous attend au coin de la rue » Paris, La Doc. fr., 1982, et du même auteur, « L'État providence » Paris, Grasset 1986, spéc. p. 437 s.
(32) V. par ex. le statut des VRP, ou la place décisive du droit du travail dans la constitution d'un droit des groupes.
(33) 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).
(34) 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.
(35) V. Antoine Lyon-Caen, « Changement politique et changement du droit du travail » in *Mélanges G. Lyon-Caen préc.* pp. 1-10 et J.-E. Ray, « Mutation économique et droit du travail » éod. loc. pp. 11-31.
(36) P. Durand, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé » *D.* 1956, Chr. 73 ; Ch. Atias, « Progrès du droit et progrès de la science du droit » *RTD. civ.* 1983, 696. J.-C. Javillier et Ph. Auvergnon, « Éléments pour un bilan sur la recherche endroit du travail », *Dr. soc.* 1985, 211 ; G. Couturier, (*Pour la doctrine* in « Les transformations du droit du travail », *Mélanges G. Lyon-Caen préc.*, pp. 221-242.
(37) V. par ex G. Couturier (art. préc. n° 7 s., p. 226 s.) qui distingue les fonctions de connaissance des règles, de réception des règles, et enfin de controverse, i.e. d'argumentation et de raisonnement.
(38) Sans remonter à Montesquieu ou Portalis, qu'il suffise d'évoquer ici le nom de Ripert, ou celui de M. le doyen Carbonnier, dont les oeuvres donnent à voir, au-delà du phénomène juridique, les sociétés où ce phénomène s'insère.
(39) Ce développement reprend les grandes lignes d'un travail comparatif actuellement mené en commun avec les professeurs U. Muckenberger (HWP, Hambourg) et B. Bercusson (IUE, Florence).
(40) 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 devrait 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.
(41) V. X. Blanc-Jouvan, « L'internationalisation des rapports de travail » *Mélanges G. Lyon-Caen préc.* pp. 67-82 ; J.-M. Verdier, « L'apport des normes de l'OIT au droit du travail français » éod. loc. pp. 51-65.
(42) V. P. Rodière, « Construction européenne et droit du travail », *Mélanges G. Lyon-Caen préc.* pp. 33-49.
(43) Par ex. dans la libéralisation du divorce, dans l'égalisation des droits patrimoniaux des époux, dans l'évolution qui va de la puissance paternelle à l'autorité parentale, dans la libéralisation du droit de la filiation, dans les droits reconnus aux concubins, etc. Toutes ces dispositions juridiques tendent à émanciper l'individu de l'institution familiale entendue comme cadre juridique indérogable.
(44) Lois de décentralisation d'un côté, intégration européenne de l'autre.
(45) V. Actes du colloque de Nantes, « Les sans-emploi et la loi », Quimper, Calligrammes, 1987, 228 p ; J.-J. Dupeyroux, « Droit de la Sécurité sociale » Paris, Dalloz, 11^e éd. 1988, n° 89-5 s. ; E. Alphandari (dir.), « L'insertion » *RDSS*, n° spécial, Paris, Sirey, 1989.
(46) V. par exemple les analyses magistrales de M. Verret, « La culture ouvrière », Saint-Sébastien, éd. ACL, 1988, 296 p. ; et du même auteur, « Où en est la culture ouvrière aujourd'hui ? », *Sociologie du travail*, 1989, n° 1, pp. 125 s. V. aussi A. Gorz, « Métamorphoses du travail, Quête du sens », Paris, Galilée, 1988, 303 p. ; et le point de vue économique d'A. d'Iribarne, « Compétitivité, défi social, enjeu éducatif », Paris, Ed. CNRS, 1989, 287 p.
(47) Cf. « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, 195-205, spéc. p. 203.
(48) V.-U. Muckenberger & 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, pp. 153-256. Rapp. ce que J. Habermas appelle l'état de « nouvelle incertitude » in *Die Neue Unübersichtlichkeit* Francfort, Suhrkamp. 1985.
(49) Temps de travail, mais aussi temps de la formation, de la retraite, de l'éducation des enfants etc.
(50) 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. Ce phénomène est perceptible par exemple dans la crise des relations de travail dans le secteur public (v. « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.* 1989, 777).
(51) Crim. 26 août 1859, S. 1859, I, 973.
(52) V. J.-M. Beraud, « La suspension du contrat de travail », Th. Lyon, 1979, Paris, Sirey, 1980.
(53) V. R. de Lestang, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.* 1979, 5.
(54) V. GH. Camerlynck, « Le contrat de travail », in *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz t. 1, 2^e éd. 1982, n° 624, p. 642. V. récemment dans la ligne de cette jurisprudence : Soc. 20 déc. 1988, *Dr. soc.* 1989, 300 ss. art. G. Poulain « Le travail intermittent par conclusion de contrats à durée déterminée ».
(55) Parmi de nombreux arrêts, v. Soc. 5 déc. 1974, B. Civ. V, n° 592, p. 553 ; Soc. 24 nov. 1976, B. civ. V, n° 616, p. 500 ; Soc. 8 et 30 nov. 1978, *D.* 1979, J. 277, note critique J. Péliissier.
(56) Cf. « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise » *RTD. com.*, 1985, spéc. note 67, p. 632.
(57) Cass. Ass. plén. 15 nov. 1985, 2 arrêts : « Nettoitout » *Gaz. Pal.* 1986, I, 38, note M. Rayroux et « Nova », *Dr. soc.* 1986, I, concl. G. Picca et note G. Couturier ; Soc. 12 juin 1986 « Desquenne et Giral », *Dr. soc.* 1986, 605 ss. Concl. G. Picca ; sur ce revirement v. GH. Camerlynck et M.-A. Moreau-Bourles, « Le contrat de travail », in traité préc. mise à jour 1988 n° 104, p. 46 s. ; H. Blaise, « Les modifications dans la personne de l'employeur ; l'article I. 122-12 dans la tourmente » *Dr. Soc.* 1986, 83 ; Arnaud Lyon-Caen, « A propos de l'arrêt Desquenne et Giral » *Dr. soc.* 1936, 848.
(58) V. les avenants conventionnels adoptés dans la restauration des collectivités locales (accord du 28 fév. 1986, arrêté d'extension du 6 juin 1986 publié au *JO* du 7), dans la manutention ferroviaire (accord du 24 fév. 1986, arrêté d'extension du 13 mai 1986, publié au *JO* du 23) et

dans le nettoyage de locaux (accord du 4 avr. 1986, arrêté d'extension du 17 juin 1986, publié au *JO* du 22) ; sur ces différents accords, v. J. Blaise, art. préc. *Dr. soc.* 1986, p. 842 s.
(59) CJCE 10 fév. 1988 (Fédération danoise des contremaîtres) *Dr. soc.* 1988, 455, concl. M. Darmon note G. Couturier ; CJCE 15 juin 1988 (Bork) aff. n° 101/87 ; sur l'incidence de cette jurisprudence européenne, v. G. Couturier, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Dr. soc.* 1989, 557.
(60) Cet espoir vient d'être comblé par le dernier revirement de jurisprudence : Cass., ass. plén., 16 mars 1990, n° 85-44.518, *D.* 1990. 305,

note A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1990. 399, concl. H. Dontenville ; *ibid.* 412, note G. Couturier ; *ibid.* 416, note X. Prétot(61) « Droit de la Sécurité sociale », *op. préc.* n° 84, 117 s. 173-1, 315.
(62) Ass. plén. 4 mars 1983, *D.* 1983, J. 381, concl. Cabannes ; v. dans le même sens Crim. 29 oct. 1985, juri-social 1986, F2 ; Soc. 19 juil. 1988, *B. civ.* V, n° 478 ; pour une vue d'ensemble de la question, v. la thèse de M^{me} Th. Aubert-Montpeyssen, « Subordination juridique et relation de travail », Toulouse, éd. du CNRS, 1988 ; add. A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in Mélanges G. Lyon-Caen préc. p. 299 s.
(63) 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.

(64) Une bonne part de ces difficultés résulte de l'effet rétroactif de tout revirement jurisprudentiel, problème qui excède évidemment la seule jurisprudence *Raquin* et ne peut donc constituer un bon argument à son encontre !
(65) C. const. 25 juillet 1989 préc.