" De la subordination physique à la cyber-subordination :
le contrat de travail dans la tourmente "

par

Jean - Michel LATTES
Maître de Conférences à l'Université Toulouse1
Chercheur au LIRHE (CNRS - UMR 5066)

PLAN.

Introduction.

1. La protection du salarié subordonné, matrice de la législation sociale.

    1.1 . Le droit civil, droit patrimonial.
    1.2 . Le droit du travail, outil de protection du salarié.

2. Le contrat de travail entre flexibilité et nouvelles technologies.

    2.1 . Le retour à des logiques économiques.
        2.1.1. La gestion du personnel, de la contrainte à la flexibilité.
        2.1.2. Le licenciement, exception à la déréglementation.
    2.2. Le cyber-salarié, hors du champs social.
        2.2.1. Les NTIC ou la fin du travail *"posté"*.
        2.2.2. Les NTIC ou *"big brother à la maison"* ?

Conclusion.

Introduction.

- L'étude de la protection du salarié dans son activité ne peut être détachée de l'histoire du droit du travail. La mise en évidence du lien étroit qui existe entre sa situation dans l'emploi et le contexte juridique dans lequel il se trouve[1] permet de justifier l'impérieuse nécessité de protéger le salarié des atteintes subies dans le cadre de ses activités professionnelles[2]. Alors qu'au XIXème siècle se créent en France les premières grandes manufactures et que se trouvent regroupés sur un même site de production un nombre important de travailleurs, l'Etat intervient très progressivement pour limiter les abus les plus choquants d'une relation soumise aux méfaits conjugués du libéralisme sauvage et du capitalisme industriel.

Le salarié correspond alors à des éléments précis d'identification. Il travaille dans un lieu déterminé, sous l'autorité d'un chef d'atelier et, cela, dans le contexte d'une fragilité juridique caractérisée. L'offre de travail est confrontée à la demande d'emploi sans autre garde fou que celui des règles marchandes organisées par le Code civil de 1804.

Qualifié à l'origine de *"droit ouvrier"*, le droit du travail participe à la construction progressive d'un véritable *"statut"* du salarié, profitant pour cela de phases de croissance économique imposant de disposer d'une main d'œuvre structurée et efficace. Le droit du travail et le droit de la protection sociale se combinent alors pour construire le socle d'une identité nouvelle faisant du salarié une personne juridiquement protégée dans son rôle social[3] grâce à un outil juridique nouveau : le contrat de travail.

En se détachant résolument des fondements du droit civil, le droit du travail valorise la dimension extrapatrimoniale de la relation originale et complexe qui s'organise entre l'employeur et ses salariés[4], relation qualifiée de *"rapport physique de subordination"*. Les juristes ne peuvent plus, dés lors, considérer les travailleurs comme des contractants ordinaires. La nécessaire protection de leur corps, leur sécurité tant physique que morale, leurs droits économiques peu à peu reconnus[5], le respect de leur identité propre au travail ... tous ces éléments sont désormais pris en compte pour aboutir à la construction d'une véritable identité collective permettant la reconnaissance de droits homogènes et cohérents profitant à l'ensemble des salariés.

A partir des années 80, le droit du travail, droit structuré autour de la protection des salariés, change de nature. Les politiques dites de *"déréglementation"* ou de *"flexibilité"* destinées à lutter contre le chômage aboutissent à la remise en cause de l'unité statutaire lentement élaborée au profit de l'homme au travail[6]. La mutation du droit social vers des

---

[1] Cf. M.Despax, L'entreprise et le droit, Thèse Toulouse 1, *LGDJ* 1956.

[2] Cf. J-M Lattes, " Le corps du salarié dans l'entreprise ", *Mélanges Despax, Presses de l'Université Toulouse1*, 2001, pp. 297 à 322.

[3] Sur cette idée, on lira : R.Castel, Les métamorphoses de la question sociale, *Fayard* 1996.

[4] J-M Lattes, " Le travail, objet de propriété ? ", Actes du colloque *" Propriété et Révolution "*, Ed. du CNRS, 1991, pp.221 et s.

[5] J-M Lattes, "L'évolution des techniques de rémunération... du salarié outil au salarié acteur", Argent et Gestion, Tome 9 de la collection" Histoire, Gestions, Organisations", Presses de l'Université Toulouse1, Juin 2001, pp.343 à 358.

[6] A.Supiot, Critique du droit du travail, *PUF*, 1994.

logiques nouvelles permettant de le qualifier de *"droit de l'emploi"* n'est pas sans conséquence sur le pouvoir attribué à l'employeur dans la gestion de son personnel. Sans qu'il soit possible de parler de bouleversement des logiques originaires[7], on ne peut que constater l'émergence de processus contradictoires.

Il est courant de considérer que les moyens juridiques dont dispose l'employeur lui permettent de maîtriser un pouvoir beaucoup plus important que celui qui était le sien il y a encore quelques années[8]. L'émergence d'un droit *"à plusieurs vitesses"* facilitant les choix et les alternatives permet de considérer qu'à coté d'un droit traditionnel du travail se développe une sorte de deuxième marché de l'emploi[9] ne respectant pas les fondements de la protection sociale au nom de la nécessité de créer des postes nouveaux. Le droit du travail n'est plus uniquement un outil de protection, il devient un outil de gestion.

Cette dualité n'est pas sans risque pour le salarié. L'apparition de la précarité organisée par le droit va à l'encontre de sa capacité d'intégration. En réservant certains dispositifs à des groupes de salariés identifiés comme étant en grande difficulté, le législateur a provoqué l'émiettement du cadre juridique de la relation de travail. C'est ici l'intérêt économique de l'entreprise qui domine, le statut du salarié ne constituant plus un élément déterminant dans les relations contractuelles.

Il convient cependant de constater que ce pouvoir accru de l'employeur dans le domaine de la mise en place de la relation de travail voire dans celui de la gestion quotidienne de son entreprise ne retrouve pas les mêmes perspectives dans le processus de rupture de la relation de travail. Le pouvoir de l'employeur est bridé par le droit au nom de la volonté affirmée de préserver l'emploi. Ces deux orientations du droit du travail ne sont pas surprenantes. Désireux de faciliter la création d'emploi, le législateur s'efforce aussi de préserver le maintien des postes existants au point d'essayer de faire du licenciement un acte ultime, utilisable dans des circonstances exceptionnelles, et non un acte de gestion courante. La jurisprudence sociale relaye cette volonté au point que certains employeurs n'ont pas hésité à contester le pouvoir d'ingérence des juges dans leur gestion de l'entreprise.[10]

L'émergence de nouveaux outils de travail et de nouveaux métiers par le développement des NTIC (Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication) bouleverse encore ce dispositif en introduisant des données nouvelles qui n'avaient pas été prises en comptes par le droit du travail traditionnel. Si l'ouvrier des forges de Zola était facile à identifier et donc à prendre en compte, le cyber-salarié sort des sentiers traditionnels tracés par les règles sociales classiques. Ne travaillant plus sur un site donné, sur la base d'un horaire fixe et sous la surveillance physique d'un supérieur hiérarchique, il semble libéré de toutes les contraintes qui avaient fondé la notion même de subordination. Pourtant la liberté gagnée en apparence est en réalité fondatrice d'une subordination perverse et beaucoup plus lourde à assumer car fondée sur des technologies nouvelles permettant un suivi permanent de la personne. La frontière entre sa vie professionnelle et sa vie privée est balayée par des liens nouveaux, virtuels en apparence mais non soumis aux canons classiques de la doctrine sociale[11].

Le droit du travail a peu à peu organisé - pour le réguler - le pouvoir de gestion de l'employeur. Le passage d'une logique purement civiliste à une nouvelle perspective sociale

---

[7] A.Jeammaud , "Droit du travail 1998 : des retournements plus qu'une crise", *Dr.Soc.*1988 , p.583.

[8] J-M Lattes, " Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés ", Colloque " *Pouvoir et Gestion* ", Tome 5 de la collection " Histoire, Gestions, Organisations ", Presse de l'Université Toulouse 1, 1997, pp. 261 et s.

[9] J.Pelissier , " La relation de travail atypique ", *Dr.Soc.* 1985, pp. 531 et s.

[10] J-M Lattes, " Pouvoir et Juge ", *Journées Michel Despax* de Mai 2000 sur "Le pouvoir de l'employeur ", A paraître chez Dalloz.

[11] J-M Lattes, "De l'ouvrier des forges au cyber-salarié : étude des mutations du marché du travail au travers des concepts de pouvoir et de hiérarchie", Tome 10 de la collection "Histoire - Gestions - Organisations", Presses de l'Université Toulouse 1 (à paraître en 2002).

éloignée des référents patrimoniaux a permis d'élaborer un véritable statut du salarié ouvrant ainsi de nouveaux champs juridiques (1.).

Le social est cependant placé au cœur de mutations dont il est difficile de mesurer les conséquences sur le long terme[12] . La volonté du législateur de favoriser l'emploi l'a conduit, dés 1983, à assouplir les règles qui encadraient la relation de travail alors qu'à l'inverse le contrôle du juge sur la rupture de la relation de travail n'a cessé d'être renforcé. Tout cela participe à conforter la mise en place de ce que l'on appelle désormais le droit de la protection de l'emploi. Pourtant, les canons classiques du droit du travail résistent mal à l'entrée des nouvelles technologies dans l'entreprise (2.).

1. La protection du salarié, matrice de la législation sociale.

La nature même du travail humain a fondamentalement évoluée. La fonction de *"production"*, base de l'activité au 19 ème siècle, voit sa part peu à peu réduite au profit des activités de service. En outre, la rémunération du salarié est progressivement complétée par des prestations sociales au détriment des revenus *"directs"* du travail.

Le droit participe à ces mutations même s'il convient de considérer qu'il les accompagne plus qu'il ne les organise. Le passage dans l'entreprise d'un droit exclusivement civiliste basé sur la reconnaissance du droit de propriété à un droit nouveau organisant la place de l'homme au travail, le droit social[13], constitue le témoignage évident de ces évolutions fondamentales.

1.1. Le droit civil, droit patrimonial.

Au 19ème siècle, dans un contexte juridique exclusivement civiliste, le droit de propriété[14] constitue le seul référent permettant d'organiser les rapports employeurs - salariés. Le travail humain constitue, en droit, une simple marchandise que l'on vend et que l'on achète librement.

Le Code Civil de 1804, directement inspiré des orientations prises par le législateur révolutionnaire[15], maintient le travail humain dans la catégorie réductrice des biens marchands[16]. Seuls deux articles du nouveau code sont consacrés au *"contrat de louage de service"*, l'objectif du législateur de l'époque étant d'organiser l'étendue et les limites de l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les diverses espèces de biens[17]. Le contrat dit *"de louage de services "* constitue un contrat civil classique dans lequel la protection juridique du propriétaire est consacrée au-delà même du seul principe d'égalité juridique entre les personnes[18], une main d'œuvre bon marché étant mise à sa disposition[19].

---

[12] La littérature sociale est aujourd'hui considérable, on lira en particulier : D.Meda, Le travail, une valeur en voie de disparition, *Alto-Aubier*, 1995 - D.Schnapper, Contre la fin du travail, *Textuel*, 1998 - A.Lebaube, Le travail, toujours moins ou autrement, *Le Monde éditions,* 1997- J.Boissonnat, Le travail dans vingt ans, *Editions Odile Jacob*, 1995.

[13] P.Durand, " Le particularisme du droit du travail " , *Dr.Soc.*1945 , pp.208 et s. - G-H Camerlynck, " L'autonomie du droit du travail " , *D.*1956 , chr.23.

[14] J-L Bergel , " L'évolution contemporaine du droit de propriété en France ", *Mélanges J-P Beguet* , pp.14 et s. - G.Lyon-Caen , " Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail " , *R.T.D.C.* 1974 , pp. 229 et s.

[15] Il s'agit ici essentiellement des décrets d'Allarde des 2 et 17 Mai 1791 qui consacrent *" la liberté du commerce et de l'industrie "* et la loi Le Chapelier des 14-17 Juin 1791 qui condamne *"les coalitions patronales et ouvrières"*. Ces textes organisent, de fait, le libre achat du travail humain en écartant tout contre pouvoir, la création de syndicats étant interdite. Cf. J.Le Goff, Du silence à la parole, *Calligrammes-La Digitale,* 1985.

[16] Naissance du Code Civil, Préface de F.Ewald , *Flammarion,* 1989.

[17] Art. 1779.

[18] H.Battifol, "Signification de l'égalité pour la philosophie du droit ", *L.G.D.J.,* 1976 pp. 447 et s.

L'employeur est propriétaire des biens meubles et immeubles de l'entreprise. Il peut *"en jouir de la manière la plus absolue"*[20]. Pour faire fonctionner ses machines, il recrute des salariés qui, en s'engageant, se soumettent à son autorité[21]. On parle de libéralisme sauvage. C'est une subordination matérielle, par l'argent, qui est ici organisée.

Ajouter à I.A.

Cette situation juridique consacre le règne de l'autonomie de la volonté, au profit exclusif de l'employeur, en continuité directe avec les réflexions dominantes des économistes du 18ème siècle prônant l'ultra libéralisme[22] et ses vertus. Ce droit *" marchand "* du travail reste très éloigné de l'idée même d'insertion sociale, les rapports entre les partenaires au contrat se réduisant à une sphère exclusivement économique[23]. L'employeur est le *"seul maître"* de son entreprise. En ne privilégiant personne, le législateur néglige la protection des faibles. Les règles juridiques égalitaires apparaissent comme dramatiquement inefficaces dans leurs objectifs de correction des discriminations.

Les conséquences de cette situation sont révélées par le rapport du docteur Villermé de 1840. En dressant le *"Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie"*, ce médecin décrit la réalité dramatique de la vie sociale des ouvriers de l'époque, conséquence directe de l'absence d'encadrement juridique du pouvoir de direction de l'employeur.

Rémunérations dérisoires et aléatoires, conditions de travail harassantes et dangereuses, journées de travail sans limite dans le temps, absence de protection des femmes et des enfants, licenciements libres, absence de prise en compte des incidents liés à l'activité… au-delà de ces carences sociales, l'organisation civiliste du travail humain révèle toutes ses limites.

Les juristes mesurent la nécessité de désentraver progressivement le contrat de travail de son carcan civiliste. Le dogme ultra-libéral faisant de l'intervention de l'Etat dans le jeu économique un acte contre nature, intrinsèquement dangereux, ne résiste pas à l'analyse concrète de ses effets dans l'entreprise. Une mutation est nécessaire qui, sans remettre en cause la légitimité de l'intervention de l'employeur, en limitera les excès[24].

C'est cependant un droit à vocation purement *"humanitaire"* qui, dans un premier temps, vient border les dérives civilistes. On ne cherche pas à *"libérer les corps"* mais simplement à les préserver. L'apport du rapport Villermé se révèle ici essentiel. Il introduit, en effet, l'idée que le salarié, pour réaliser cette prestation, recourt à un engagement physique…l'employeur n'achetant pas une simple quantité de travail mais disposant surtout d'une forme de pouvoir sur une personne qualifiée de "*productive*"[25]. De ce constat novateur va naître la nécessité de mettre en place des logiques juridiques originales tenant compte de contraintes que le droit civil ne pouvait intégrer. C'est la création de la législation du travail.

Les principales orientations de la première grande loi sociale, la loi du 22 mars 1841, témoignent de la prise en compte de la dimension humaine du travail salarié et de la volonté affirmée de préserver les ouvriers de l'emprise excessive du pouvoir patronal[26] . En interdisant le travail des enfants de moins de 8 ans, le droit prend acte du caractère inacceptable de leur participation physique à un dispositif industriel. Les textes qui prolongent ces premières

---

[19] J.Savatier , " Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée", *Mélanges R.Savatier* , Dalloz 1965, pp.863 et s. et " Pouvoir patrimonial et direction des personnes ", *Dr.Soc.*1982, p.1.
[20] Art.554.
[21] Art.1134.
[22] A.Smith, Recherches sur les causes de la richesse des nations, *CF Flammarion* 1991.
[23] M.E.Chatelain , " Esquisse d'une nouvelle théorie sur le monde du travail conforme aux principes du Code Civil ", *R.T.D.C.* 1904, p.388.
[24] M-F Mialon, Les pouvoirs de l'employeur, *L.G.D.J.* 1996.
[25] M. Despax, " Droit du Travail et transformations sociales ", *Mélanges Cabrillac,* 1968, pp.143 et s.
[26] M. Despax, L'entreprise et le droit, *L.G.D.J.,* 1957 - Th. Aubert-Monpeyssen, Subordination juridique et relation de travail, *Ed. du CNRS,* 1988.

ajouter en I B

orientations participent à ce mouvement en préservant les femmes et, surtout, les mères dans leurs activités au sein de l'entreprise[27] .

Le rôle de l'Etat est au cœur de ces débats. L'autorité publique doit elle préserver l'entreprise en tant qu'entité autonome et ne se consacrer qu'à l'organisation et à la régulation de la société qui l'entoure ou, doit-elle, à l'inverse, participer directement au ré- équilibrage des rapports professionnels ?

Malgré l'opposition forte de nombreux responsables économiques, le choix de mettre en place de nouvelles logiques sociales s'impose progressivement. Au-delà du seul contrat qui lie l'employeur à ses salariés, l'Etat impose - par le moyen de règles sociales impératives - la reconnaissance de nouvelles voies juridiques très éloignées des concepts civilistes.

Il est désormais indispensable de compenser l'inégalité structurelle dans laquelle se trouve le salarié vis à vis de son employeur[28].

1.2. Le droit du travail, outil de protection du salarié.

ajouter en IB -

L'histoire du droit du travail permet de mesurer les mutations profondes générées par la prise en compte de nouvelles logiques sociales. Sur le terrain des droits collectifs, la reconnaissance du fait syndical ouvre la voie à la mise en place de rapports sociaux plus équilibrés[29]. L'employeur est confronté dans ses choix à un véritable contre-pouvoir issu de structures organisées de représentation. En outre, sur le terrain des droits individuels, le législateur organise progressivement un véritable statut du salarié faisant de celui-ci un sujet de droit et non plus uniquement un être soumis.

La loi du 27 décembre 1890 précise que, désormais, *"la résiliation du contrat par l'effet d'un seul peut donner lieu à des dommages et intérêts"*. L'employeur n'a plus la possibilité de rompre unilatéralement et, surtout abusivement, la relation de travail[30]. Ce texte constitue la première étape d'une évolution juridique amenant à distinguer le droit de la rupture du contrat de travail du droit commun des contrats.

D'autres textes auraient pu participer à notre réflexion[31]: lois sur le repos obligatoire[32], loi du 2 Juillet 1890 supprimant le livret ouvrier, loi du 27 Décembre 1892 relative au règlement des conflits, loi du 25 mars 1919 instituant le régime des conventions collectives … Le pouvoir de l'employeur ne vient plus du droit de propriété, il participe aux nécessités de fonctionnement de l'ensemble social que constitue l'entreprise[33]. Ses droits ne sont plus *"personnels et absolus "* - par référence au Code Civil - mais *"sociaux et relatifs "* par référence à la nécessaire prise en compte de la dimension humaine de la relation de travail. La force des choix contractuels ne résiste pas aux protections élaborées de manière quasi-statutaire.

Le Front Populaire entraîne une accélération de la mise en place de ces logiques nouvelles. La réduction du temps de travail[34], les garanties de rémunération[35], la cessation -

[27] Loi du 19 Mai 1874.

[28] La jurisprudence confirme cette nouvelle perception en confirmant le caractère original de la relation de travail (C.Cass. du 8/01/1907, Gaigner, *D.* p.422).

[29] Lois du 25 Mai 1964 sur les coalitions et du 21 mars 1884 sur la création possible de structures syndicales.

[30] Dans le même esprit, la loi du 9 avril 1898 relative aux accidents de travail des *"ouvriers et employés"* remet en cause le droit civil de la responsabilité en renforçant les possibilités de réparation des dommages subis par le salarié dans le cadre de son activité.

[31] Ils témoignent par leurs orientations de la prise en compte de ces nouvelles logiques juridiques, le Code du travail de 1910 participant à cette émancipation en développant sa propre perception des rapports sociaux.

[32] Loi du 13 Juillet 1906 sur le repos hebdomadaire et loi du 23 Avril 1919 sur la journée de 8 heures.

[33] J. Donzelot, L'invention du social, *Fayard* 1984- R. Castel, Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat, *Fayard* 1995 - S. Weill, La condition ouvrière, *Gallimard* 1951- F. Sellier, Les salariés en France, *PUF* 1979.

[34] Lois des 11-12 Juin 1936 sur la semaine des 40 heures.

suspension du contrat de travail[36], la libre détermination collective des relations de travail[37], l'organisation de la représentation du personnel[38], la participation des salariés aux résultats de l'entreprise[39], l'encadrement du droit du licenciement[40], l'organisation de la prévention dans l'entreprise[41]... constituent les principaux jalons d'une évolution qui connaît son apogée avec les lois Auroux[42]. C'est une véritable citoyenneté du salarié dans son entreprise qui est affirmée dans ces derniers textes. *" Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise"* affirme le ministre de l'époque témoignant ainsi de l'aboutissement d'une évolution sociale inscrite dans une perspective juridique totalement autonome[43].

Toutes ces évolutions s'inscrivent dans le cadre de réflexions fortes centrées autour de la notion d'entreprise. Celle-ci n'est plus seulement un patrimoine, elle constitue une véritable communauté, certains préférant parler d'institution[44]. Cette construction, séduisante, ne résiste pas à la montée du chômage. La protection du salarié ne constitue plus la principale préoccupation du législateur.

2. Le contrat de travail entre flexibilité et nouvelles technologies.

La nécessaire protection de l'emploi entraîne le législateur vers des chemins nouveaux, bien différents de l'évolution ayant conduit à l'élaboration des normes sociales protégeant le salarié (2.1.). La mesure du pouvoir de l'employeur est directement concernée par ces évolutions. Si dans ses choix de gestion il voit sa tâche facilitée (2.1.1.), il subit, au contraire, un contrôle de plus en plus étroit de ses décisions économiques lorsque celles-ci sont susceptibles de déboucher sur des suppressions de postes (2.1.2.). Les conséquences sont aisément mesurables tant au niveau de la situation personnelle des salariés que dans le fonctionnement même de l'entreprise.

En outre, le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication fait exploser les repères traditionnels. Le *"cyber-salarié"* ne correspond plus aux canons classiques de dispositifs juridiques créés au 19ème siècle dans un contexte industriel n'ayant plus rien à voir avec les métiers désincarnés produits par la révolution des moyens de communication (2.2.).

---

[35] Loi du 11 Février 1950.
Cf. G. Lyon-Caen, Les salaires, *Traité Dalloz*, tome 2, 1981.
[36] Il s'agit essentiellement ici de la grève, de la maladie, de la maternité ou de l'accident.
[37] Lois du 24 Juin 1936 et du 11 Février 1950.
[38] Loi du 24 Juin 1936 sur les délégués ouvriers, ordonnance du 22 février 1945 sur les Comités d'entreprise, loi du 27 Décembre 1968 sur les délégués syndicaux.
Cf. M.Cohen, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, *L.G.D.J.* 1991- J-M Verdier, Le Droit syndical dans l'entreprise, *Dalloz* 1979.
[39] Ordonnance du 7 Janvier 1959, loi du 12 Juillet 1965, ordonnances du 17 Août 1967.
Cf. M.Despax, "Les accords de participation", *Dr.Soc.*1969, p.378.
[40] Lois du 13 Juillet 1973 et du 3 Janvier 1975.
Cf. G.Lyon-Caen et Bonnetête, "La réforme du licenciement à travers la loi du 13 Juillet 1973", *Dr.Soc.*1973, p.493 - J.Pelissier, Les licenciements pour motif économique, *D.* 1975, chr.135.
[41] Loi du 6 Décembre 1976.
Cf. M.Roger, " La loi du 6 Décembre 1976 relative à la prévention des accidents du travail et son incidence sur le droit pénal", *D.*1978 chr.73 - N.Alvarez, " La formation des travailleurs à la sécurité", *D.O.* 1979,pp.359 et s.
[42] Lois du 4 Août, 28 Octobre, 13 Novembre et 23 Décembre 1982.
[43] Rapport Auroux du 8.09.1981 sur les droits des travailleurs, *L.D.F.* Collection des Rapports Officiels 1982 - J-C Javillier, Les réformes du droit du travail depuis le 10 Mai 1981, *L.G.D.J.*1985-
[44] La théorie de l'institution reprise dans les travaux de M.Hauriou est adaptée à l'entreprise par P.Durand. Elle est à l'origine d'un vaste et riche débat doctrinal.
Cf. M.Despax, L'entreprise et le droit, *L.G.D.J.* 1957-

2.1. Le retour à des logiques économiques.

Le droit du travail est aujourd'hui soumis à des logiques nouvelles qui se révèlent à la fois évolutives et contradictoires. Afin de favoriser l'emploi, le législateur en a fait un outil de gestion technique au risque de renoncer à sa fonction première de protection du salarié (2.1.1.). Pourtant, cette souplesse nouvelle ne se retrouve pas dans le cas particulier de la rupture du contrat de travail. Le licenciement devient, toujours dans le but de préserver l'emploi, un acte encadré et surveillé (2.1.2.).

2.1.1. Flexibilité et gestion du personnel.

On peut situer au début des années 80 le véritable tournant de l'évolution de notre réglementation sociale. En effet, si les lois Auroux constituent, dans leur mise en place, un corps de règles parfaitement inscrites dans la tradition sociale française, elles apparaissent désormais comme l'ultime aboutissement d'une logique désormais contestée. Dans un contexte où le chômage devient le problème majeur de nos sociétés, l'excès de règles protectrices participe directement à la dégradation du marché du travail en décourageant les initiatives des entrepreneurs.

Pour les responsables politiques, la finalité de la norme sociale ne doit plus être de protéger le salarié mais, en priorité, de faciliter son employabilité en assouplissant les contraintes pesant sur l'employeur. Le mot *"flexibilité "* [45] s'inscrit peu à peu dans le langage social au point de devenir un critère essentiel de détermination de mutations juridiques inscrites dans l'évolution des sociétés prenant en compte le poids de l'environnement international. Le rapport traditionnel de subordination caractérisant la relation de travail ne résiste pas à cette évolution, un droit de l'activité se substituant peu à peu à un droit protecteur des salariés[46].

Le mythe du contrat stable disparaît, les relations professionnelles devenant majoritairement précaires[47]. Ce mouvement est amplifié par de nouveaux contrats, tous inscrits dans cette perspective de précarité, facilitant de plus en plus la liberté de gestion de l'employeur. C'est le retour à une lecture appauvrie de la relation de professionnelle : échange de travail contre rémunération. Le droit de l'emploi participe directement à la *"désinsertion professionnelle"* de l'homme au travail. Le salarié n'intègre pas véritablement l'entreprise. Il n'en partage pas les valeurs et, de fait, il ne peut comprendre des finalités dont il se sent exclu[48]. Trois groupes de salariés se détachent désormais de notre dispositif juridique : les

---

[45] Ce terme n'est pas véritablement nouveau car J.Carbonnier y fait déjà référence dans son ouvrage "Flexible Droit" (*L.G.D.J.*, 1988). Il convient cependant de constater qu'à une flexibilité de protection, voire d'adaptation, succède ici une flexibilité de *" dérégulation "*.

[46] L'exemple des contrats à durée déterminée illustre particulièrement cette tendance. Alors que l'ordonnance Mauroy du 6 Février 1982 s'efforce de limiter l'usage de ce type de contrats pour éviter le développement de l'emploi précaire, les textes qui suivent vont, au contraire, ouvrir le champ de leur utilisation. La nécessité de relancer le marché du travail s'impose sur les réflexions alarmistes relatives aux conséquences dramatiques générées par la fragilité sociale dans laquelle se trouvent les titulaires de ce type de contrats.

[47] Rapport du Ministère du Travail, Evolution récente du travail précaire 1990-1991, *L.G.D.J.* 1992.

[48] L'étude de l'évolution de la mesure du temps de travail confirme notre analyse. Les textes récents renforcent les capacités d'intervention des employeurs dans la recherche de l'amélioration de la rentabilité de la production de leur entreprise. Les cadres traditionnels de l'organisation du temps du travail (journée de 8 heures, semaine de 39 heures puis de 35 heures ...) cèdent le pas à des horaires qualifiés de *" dérogatoires "*. De la modulation du temps de travail on passe à son annualisation, le schéma classique de l'activité insérée dans un espace délimité et commun à tous étant désormais inscrit dans l'exception. La rémunération du salarié n'est pas épargnée par ce grand mouvement de flexibilité. Sans que l'on puisse considérer que les bases du droit social en général, le SMIC en particulier, ont subis le même sort que les textes relatifs au choix du type de contrat de travail ou de ceux permettant de déterminer le temps de travail, le problème du coût du travail n'en constitue pas moins une préoccupation majeure des dirigeants d'entreprise, ceux ci n'hésitant pas à mettre dans la balance de la négociation le maintien des emplois.
Cf. M-L. Morin et S. Sublet, "La loi quinquennale du 20 décembre 1993. Une étape dans l'évolution du régime juridique du temps de travail", *Note du Lirhe* - J. Barthélémy, "L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail", *Dr.Soc.* 1994, P.156 - Ch.Gavini et J-Y Tollet, "La durée du travail, construction et déconstruction d'une norme", *Dr.Soc* 1994, p.365 - B.Sire, "Développer la flexibilité par la gestion des rétributions", *Revue Française de gestion,* n°98, 1994.

salariés *"stables"* bénéficiant des dispositifs sociaux anciens, les salariés *"précaires"* inscrits dans des logiques flexibles et fragiles et les salariés *"externalisés"*[49] ne bénéficiant plus des protections mises en place par notre dispositif social[50].

Le droit du travail cède, comme au siècle dernier, à la domination des penseurs libéraux. L'échange *" rémunération contre travail "* n'est plus organisée autour du salarié mais correspond à une simple prise en compte de *"capacités ou de produits"*[51], le droit n'étant plus qu'un moyen d'optimisation de cet échange.

Le droit Européen permet cependant de limiter ces tendances problématiques en introduisant de nouvelles régulations. Il est d'usage de constater, le plus souvent pour s'en plaindre, l'absence d'Europe sociale[52]. Pourtant la mise en place de règles juridiques dans les dispositifs professionnels constitue aujourd'hui une réalité dont il est possible de mesurer les premiers effets[53].

2.1.2. Le licenciement, acte contrôlé.

Il est nécessaire de mettre en évidence l'orientation spécifique prise par le droit de la rupture de la relation de travail, en particulier du fait de l'intervention des juges. Alors que le pouvoir du juge en droit du travail était considéré comme très *"relatif"*, les années 90 le placent au cœur des problématiques sociales[54] en particulier dans le domaine du contrôle des licenciements économiques[55]. Cette mutation apparaît comme directement liée à la mise en place d'un droit nouveau protégeant en priorité l'emploi. Le juge se voit attribuer une responsabilité de plus en plus importante par des textes réduisant, en la matière, l'autonomie de l'employeur[56].

Si le juge conteste rarement la réalité du motif invoqué par l'employeur, celui-ci doit être analysé comme sérieux et précis. Les arrêts TRW Repas et Videocolor illustrent cette situation, la Cour de Cassation considérant qu'une *"réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur*

---

[49] La loi Madelin Du 11 février 1994 traduit cette donnée, l'objectif étant de sortir de l'application du Code du Travail par la mise en place d'un statut d'indépendant lié à l'entreprise par des dispositifs purement économiques.
Cf. Th.Aubert-Monpeyssen , "La définition du salariat par la loi Madelin" , *Les Petites Affiches* du 22.09.1995, N°114 p.14 - M-L.Morin , "Sous traitance et relation salariale " , *Etudes pour le commissariat Général du Plan,* Sept.1993 - A.Arseguel et Ph.Isoux , "Loi initiative et entreprise individuelle-Aspects sociaux" , *Bull.Joly Mai 1994* , n°5 p.142 - F.Doroy , "La vérité sur le faux travail indépendant " , *Dr.Soc.*1995, p.638.

[50] Les ravages de la précarité ne sont plus à démontrer. Le salarié perd ses repères, son rythme de travail ne correspond plus nécessairement à celui de son environnement social, l'intensité de son activité varie considérablement d'une semaine, voire d'une journée, à l'autre. Les récentes études sur la santé du salarié au travail confirment notre analyse en révélant l'évident parallélisme entre la dégradation des principes sociaux protecteurs et les pathologies subies.
Cf."Souffrances et précarités au travail. Parole de médecins du travail", Alternatives Sociales, *Syros* 1994.

[51] D. Meda, Le travail, une valeur en voie de disparition, *Alto-Aubier* 1995.

[52] Si le Traité de Rome du 25 mars 1957 est avant tout un texte à finalité économique, l'Acte Unique de 1986 mais, surtout, le Traité de Maastricht de 1992 vont permettre l'introduction et le développement d'un véritable droit européen.
Cf.G. et A. Lyon-Caen, Droit social international et européen, *Dalloz.*- A.Supiot, Critique du droit du travail, *PUF* 1994.

[53] La formalisation du contrat de travail, les prémices de la mesure du temps de travail, la mise en place de règles contraignantes dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité, la prise en compte des mutations d'entreprise, l'organisation d'un embryon de représentation du personnel[53]... participent à stabiliser quelque peu un droit dont les orientations nationales amènent à s'interroger sur la finalité[53].
Cf. I. Desbarats, "A propos du Comité d'Entreprise Européen ", *Les Petites Affiches* du 30.06.1995- B. Teyssié," Le comité d'entreprise européen : de la directive à la loi", *Semaine Sociale Lamy* du 13.05.1996 n°792 p.2.
A.Supiot et autres, Manifeste pour une Europe sociale, *Desclée de Brouwer* 1996.

[54] J-M Lattes, " Pouvoir et juge ", Actes du colloque " Pouvoir et Employeur", Lirhe-Toulouse Mai 2000, Dalloz, à paraître.

[55] J-M Lattes, " L'évolution du contrôle judiciaire de la décision de licenciement ", Actes du colloque "Décisions et Gestion", *Presses de l'Université Toulouse1,* 1999.405.

[56] A cet égard, la loi du 2 août 1989, permets de mesurer les conséquences d'une mutation légale sur le pouvoir judiciaire. Les précisions juridiques introduites par ce texte autour de la définition du licenciement économique permettent aux juges de mieux le contrôler. Il doit s'agir désormais : *" ... d'un motif non inhérent à la personne du salarié, impliquant une suppression d'emploi, celle-ci pouvant être liée à une transformation d'emploi ou à la modification du contrat de travail".* La jurisprudence des années 90 entre alors en conflit direct avec le pouvoir de gestion de l'employeur.
Cf. P-H Antonmattei, "Le motif économique de licenciement", Droit-Tome 5, *Litec* 1996. 91.

d'activité". Les difficultés économiques doivent s'apprécier au regard de l'activité du groupe auquel appartient l'entreprise où s'organise la suppression d'emploi[57]. La Cour remets en cause la qualification économique en cas de *"simple ralentissement des ventes"* [58], de *"légère baisse* d'activité"[59], du *"coût élevé d'un salaire pourtant compatible avec la situation économique de l'entreprise"*[60]... Les juges n'hésitent plus à contrôler jusqu'à l'origine de certaines difficultés économiques pour déclasser le motif avancé par l'employeur[61]. Le motif économique est alors admis pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise[62] et non dans le simple but d'en augmenter les bénéfices[63].

Le contrôle de la procédure du licenciement économique peut sembler, à priori, détaché du contrôle du motif de la rupture. Les exigences nouvelles des juges sur ce terrain participent, en fait, très largement au contrôle du pouvoir de gestion de l'employeur. La loi du 27 janvier 1993 permet au juge d'étendre son intervention sur 2 domaines essentiels : l'obligation de reclassement et le devoir d'adaptation. L'arrêt Expovit illustre cette nouvelle donnée, la Cour affirmant 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 "*[64]. Au-delà du contrôle, déjà envisagé, du motif du licenciement, c'est un véritable contrôle de l'attitude de l'employeur face à des difficultés économiques que développe le juge, le licenciement ne devant apparaître que comme une solution ultime[65].

Les syndicats d'employeur s'insurgent contre cette évolution en considérant que l'on retrouve dans l'entreprise[66] ce qui est parfois dénoncé dans la société civile, à savoir l'omni-présence du pouvoir judiciaire. Les manifestations de ce pouvoir sont aisément mesurables dans la jurisprudence contemporaine : contrôle de la mesure même de la réalisation de l'obligation de reclassement[67] y compris dans la recherche de solutions diversifiées non prévues par l'employeur[68], vérification du respect de l'ordre des licenciements[69] , contrôle de l'élaboration et du respect du plan social[70]...

C'est un véritable *"droit de l'alternative au licenciement"* qui se met en place, les juges ne faisant que s'inscrire dans une évolution juridique globale.

---

[57] Cass.Soc. du 5/04/1995,TRW Repa et Videocolor, *JCP*- ed.E -n°709, *Dr.Soc* .1995.488, *D.*1995.503, note M.Keller.
[58] Précis *Dalloz* Droit du travail, N° 459.486.
[59] Cass.Soc. du 12/12/1991, SA SIC, *RJS* 2/92, N°134.
[60] Cass.Soc. du 24/04/1990.
[61] C'est le cas lorsque la Cour considère que l'employeur a organisé sa propre insolvabilité (Cass.Soc. du 9/10/1991 , ADT c. Schuller, *Dr.Soc.* 1991.791) ou lorsqu'il crée artificiellement des difficultés financières (Cass.Soc.du 12/01/1994, *RJS* 1994, n°134 p.110).
[62] Cass.Soc.du 30.09.1997, Soc.Unise de Rosières, *Dr.Soc.* 1997.1098.
[63] Cass.Soc.du 26/11/1996, Soc.MHLP , *RJS* 3/97 n°266.
[64] Cass.Soc.du 25/02/192 in *Bull.V* N°212 ou A.Lyon-Caen , " Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de Cassation ", *S.Soc.Lamy* 1992, n°596.3.
[65] Cass.Soc.du 17/03/1999,Stenger et l'analyse de G.Couturier , " Vers un droit du reclassement ?" , *Dr.Soc.* 1999.497.
[66] F.Lemaitre , "Les chefs d'entreprise s'inquiètent du rôle croissant des juges face aux plans sociaux", *Le Monde* du 19/11/1998.
[67] Cass.Soc. du 17/05/1995 , *RJS* 6/95 , n°632.
[68] Cass.Soc.du 28/03/2000, *FRS* 14/00.14.
[69] Cass.Soc.du 14/01/1997, Soc.Parisienne de nettoyage, *Dr.Soc.* 1997.159, note Lyon-Caen.- D.Jacotot, "Choix et respect des critères de l'ordre des licenciements", *D.*1997.1994.677.
[70] La jurisprudence est ici très importante et controversée. Citons cependant : Cass.Soc.du 13/02/1997,Grands magasins de la Samaritaine, *RJS* 3/97,n°268 - Cass.Soc. du 10/06/1997, SA Vestra, *Dr.Soc.* 1997.980. - Cass.Soc. du 3/12/1996, Framatome, *RJS* 1.97 , n°23 - Cass.Soc.du 30/03/1999, Elefpa c. Berthelin , *AJS* 5/99 - Cass.Soc. du 18/03/1997, Dandy, *Dr.Soc.* 1997.540 - Cass.du 27/01/1994, Pomona, *Bull.V* , n°33 - Cass.Soc. du 1/03/2000, SA France Ceram, *RJS* 4/00.
On lira : Ph. De Caigny, " Insuffisance du plan social, nullité de la procédure de licenciement ", *Dr.Soc.* 1997.249.

2.2. Le cyber-salarié, hors du champs social.

Le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication confrontent les juristes du travail à des situations nouvelles très éloignées de leurs référents traditionnels[71]. Le travail subordonné se voit substituer un nouveau type de relations de travail basé sur une autonomie au moins apparente. Les repères classiques permettant de distinguer le monde professionnel de la sphère de la vie privée n'existent plus[72].

Il est cependant permis de s'interroger sur cette mutation. Certes, le salarié n'est plus placé sous le contrôle "physique" d'un supérieur hiérarchique et il semble disposer d'une autonomie lui permettant de gérer librement son activité (1). Pourtant, on peut penser qu'à une subordination structurellement organisée dans un espace de travail identifié a succédé une subordination technologique, beaucoup moins visible mais beaucoup plus efficace en terme de contrôle des personnes, les frontières entre le monde professionnel et la vie privée étant balayées par les capacités d'investigation des nouveaux outils de travail (2).

2.2.1. Les NTIC ou la fin du travail "posté".

Nul doute que les NTIC ont aboli les distances et que le travail peut désormais s'accomplir en dehors de tout cadre imposé[73]. De fait, la frontière entre le salarié dans sa définition classique et le travailleur indépendant devient plus difficile à établir[74].

L'indépendance supposée du salarié amène le juriste du travail à s'interroger sur l'applicabilité du droit du travail à ces situations nouvelles. Le contrôle de l'inspection du travail[75], l'évaluation du travail réalisé, la mesure du temps de travail[76], les règles d'hygiène et de sécurité, la fixation de la rémunération... constituent autant de problématiques nouvelles qu'il convient de prendre en compte.

La doctrine sociale hésite aujourd'hui entre 3 statuts concevables pour encadrer juridiquement un télétravailleur à domicile. Il est, le plus souvent, un salarié soumis au droit commun et le travail à domicile constitue alors une simple modalité d'organisation de l'entreprise[77]. Il peut être classé comme *"travailleur à domicile"* au sens donné par le code du travail[78] mais cela se révèle exceptionnel dans la pratique du fait de la méconnaissance, voire même de la dévalorisation, de ce statut. Il peut être enfin classé comme *"travailleur indépendant"* et intervenir librement dans la gestion de ses activités[79].

2.2.2. Les NTIC ou big brother à la maison ? .

Le rapport de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) souligne le fait que *"le recours de plus en plus systématique aux nouvelles technologies de réseau a des incidences considérables sur le rapport salarial"* [80] . La CNIL souligne ainsi fort justement que les NTIC permettent désormais de conserver toutes traces de l'activité (ou de la non activité...) d'une personne connectée. On peut désormais parler de l'ère du *"contremaître virtuel"* capable de tout contrôler[81] et de tout exploiter sans que le salarié en ait parfaitement conscience. De plus, au-delà de l'information strictement professionnelle, ces nouveaux outils

---

[71] J-E Ray, Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, *Ed. Liaisons* 2001 et "Les nouveaux visages de la subordination", *Dr. soc.* , fev.2000, p.144.
[72] N° spécial de la revue *Droit social,* "Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication", Janvier 2001 - A.Supiot, "Les nouveaux visages de la subordination", *Dr.soc.*2000.144.
[73] J-E Ray, "De Germinal à Internet", *Dr.soc.* , 1995. 634.
[74] J-M Mousseron, "Nouvelles technologies et créations des salariés", *Dr.soc.* , Juin 1992.563.
[75] A.Hidalgo, "Un nouveau rôle pour l'administration du travail", *Dr.soc.* 1992.538.
[76] J-E Ray, "Les astreintes, un temps du 3ème type", *Dr.soc.* , 1999, p.250.
[77] Le salarié est alors rémunéré au temps sur la base des critères définis par la convention collective applicable.
[78] Art. L.721-1 du C. du t.
[79] ... choix des clients, passage de commandes, fixation du prix et des délais.
[80] Rapport de Juin 2000 sur la "Cybersurveillance des salariés".
[81] "Les nouveaux mouchards de l'entreprise", *Liaisons sociales,* oct.1999.

risquent de permettre à des employeurs peu scrupuleux d'établir le profil professionnel, intellectuel voire psychologique d'un salarié travaillant sur ces nouveaux outils technologiques.

Le cumul des différents outils de travail que sont désormais le mail, le fax, le téléphone portable… participe à créer un lien permanent avec le salarié[82]. Certes, l'employeur conserve le droit de contrôler ses salariés, mais il se doit aussi d'en respecter les droits les plus fondamentaux. La Cour de cassation s'efforce, en la matière, de contrôler un domaine où tout est à faire et à organiser.

Plusieurs principes sont aujourd'hui applicables :

- *"Aucune information concernant un salarié ne peut être collectée par un dispositif dont il n'aurait pas eu connaissance"*. Ce dispositif organisé par l'article L.121-8 du Code du travail est renforcé par l'information du Comité d'entreprise désormais consulté pour la mise en œuvre de ce type de moyens de contrôle.
- *"Les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie"*. L'article L.121-7 du Code du travail permet à la Cour de cassation de remettre en cause les moyens excessifs utilisés par les employeurs à l'encontre de leurs salariés et qui, pour reprendre les termes de l'article L.120-2 *"ne seraient pas justifiés par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché"*.

La loi *"Informatique et Libertés"* [83] conforte cette orientation et connaît une application contemporaine par le moyen de la directive européenne sur le droit des personnes qui en est largement inspirée[84]. Pourtant, malgré ces garde-fous apparents, il convient de prendre garde à ne pas mettre en place des dispositifs "emblématiques" dont la mise en place complexe dissimulerait une évidente inefficacité.

Conclusion.

Les mutations qu'a connu le droit du travail en moins de 20 ans sont considérables. D'un droit de la protection du salarié il est passé, nous l'avons vu, à une protection de l'emploi du fait des conséquences de la crise économique sur la perception des politiques de la finalité du droit social. L'impact de cette mutation juridique doit s'analyser de manière ouverte. Certes l'employeur se voit désormais contrôlé dans son pouvoir de gérer l'emploi et surtout sa suppression. Il n'est plus le *"seul maître"* de la gestion de son personnel. Ses possibilités de gestion interne sont cependant renforcées du fait du développement d'une flexibilité juridique nouvelle facilitant la recherche d'une adaptation permanente de l'activité de ses salariés aux évolutions de l'activité de l'entreprise.

Le droit du travail organise une sorte d'équilibre entre une logique de flexibilité : *" la réorganisation-compétitivité"* et une logique de protection : *"la recherche du reclassement du salarié"*. L'emploi constitue le vecteur essentiel de ce mouvement sur lequel viennent se greffer de nouvelles pratiques trouvant leur origine dans les possibilités offertes par les nouvelles technologies.

(Octobre 2001)

---

[82] J.E.Ray, "La preuve en droit du travail : avec les NTIC, l'essentiel est invisible pour les yeux", *Liaisons sociales*, avril 2001.

[83] Loi du 6.01.1978.

[84] Directive 95/46 sur *"la protection des libertés et les droits fondamentaux des personnes physiques en matière de données personnelles"* (*JOCE* du 23.11.1995).