

**"De l'ouvrier des forges au cyber-salarié:**

*Etude des mutations du marché du travail*

*au travers des concepts*

*de pouvoir et de hiérarchie "*

par

**Jean-Michel LATTES**

Maître de Conférences à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse

Chercheur au LIRHE (CNRS UMR 5066)

## **Introduction**

Le droit du travail a connu une formidable mutation depuis sa naissance sous la dénomination de "*droit ouvrier*". Soumis, à une logique purement patrimoniale au début du 19<sup>ème</sup> siècle, les salariés ont été progressivement placés dans un rapport de subordination juridique qui, tout en les protégeant, détermine une véritable organisation des pouvoirs hiérarchiques dans l'entreprise.

Le droit du travail organise les rapports de pouvoir, spécifiques aux relations professionnelles, en leur affectant des contreparties en matière de responsabilité<sup>1</sup>. L'employeur, "*seul maître*" dans son entreprise, doit être, aussi, un employeur responsable. Il se doit d'assumer des charges qui constituent la conséquence directe de la reconnaissance de son pouvoir de direction et de son pouvoir disciplinaire. Ces pouvoirs s'inscrivent dans un contexte social peu contraignant qui se révèle, à l'usage, largement incompatible avec les exigences d'une société se voulant moderne.

Les lois Auroux de 1982 s'efforcent de placer l'exercice de ce pouvoir dans un cadre juridique rénové renforçant considérablement les droits individuels des personnes.

---

<sup>1</sup> - A. Jeammaud, "Droit et direction du personnel", *Dr. Soc.* 1982.56  
"Le pouvoir patronal ", *Dr.soc.* n°1-1982, n° spécial, sous la direction de J.J Dupeyroux.

Le juge social constitue le garant de ce nouvel équilibre<sup>2</sup>. L'employeur se trouve désormais soumis à l'application de règles substantielles, en permanence renouvelées ou élargies, subordonnant la validité ou la licéité de ses actes à des conditions de fond, certains de ses choix étant inscrits dans des procédures contraignantes permettant d'en assurer le contrôle. La nature même du droit du travail participe cependant à la complexification de son intervention. Né dans une perspective civiliste et organisé autour du droit des obligations, ce droit intègre, peu à peu, la nécessité de protéger le salarié en faisant référence au droit des personnes. Il revient alors au juge de prendre en compte la complexité du statut du salarié à la fois objet et sujet du contrat de travail. Il peut ainsi, soit le considérer comme un contractant ordinaire sur le terrain du droit des obligations, soit considérer qu'il constitue l'objet même de la relation de travail en se plaçant sur le terrain du droit des personnes. Il lui revient de combiner deux logiques à priori contraires pour aboutir à une sorte de point d'équilibre<sup>3</sup>. Le juge devient l'arbitre de ce combat sur la base de deux exigences qu'il convient de respecter : la sauvegarde de l'autorité de l'employeur et la protection des droits des salariés.

Le juge social est aujourd'hui mis en cause par les structures de représentation patronales. Si dans le célèbre arrêt Brinon de 1956<sup>4</sup> la jurisprudence se voulait "*gardienne vigilante*" des prérogatives que le droit de propriété accorde aux dirigeants d'entreprise, la théorie de "*l'employeur seul juge*" ne semble plus d'actualité. L'employeur demeure le responsable de la gestion de l'entreprise mais des fautes peuvent lui être reprochées, en particulier lorsque celles-ci débouchent sur des suppressions d'emplois<sup>5</sup>. La hiérarchie dans l'entreprise n'est pas bouleversée mais elle s'exerce dans un contexte strictement encadré.

L'irruption des nouvelles technologies dans l'entreprise n'est pas sans conséquence sur ce modèle lentement élaboré par les juristes du travail. La création de rapports sociaux nouveaux très éloignés des concepts traditionnels de subordination amène à constater l'apparition de nouvelles formes de contraintes hiérarchiques que le droit ne maîtrise plus.

---

2 - La réalité du processus de judiciarisation des pouvoirs du chef d'entreprise est aujourd'hui incontestable. Il s'inscrit fort logiquement dans un mouvement plus vaste de renforcement des pouvoirs de magistrats confrontés à des textes souvent imprécis ou incomplets.

Cf. O. Dupeyroux, "La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit", *Mélanges Marty, Presses de l'Université Toulouse 1*, 1978.463. - J. Normand, "Le juge et le fondement du litige", *Mélanges Hebraud, Presses de l'Université Toulouse 1*, 1981.595 - P. Hebraud, "Le juge et la jurisprudence", *Mélanges Couzinet, Presses de l'Université Toulouse 1*, 1974.329 - A. Supiot, "Le juge et le droit du travail", *Dr. Soc.* 1980, sp. 59.

3 - J.C. Javillier, "Une illustration du conflit des logiques : "le contrôle médical" patronal des absences en cas de maladie du salarié", *Dr. Soc.* 1976.265.

4 - Cass. Soc. du 31/05/1956, GADT - Sirey 1980, n° 79, p. 201. *JCP* 1956 - II - 9397, note Esmein, *D.* 1958.21 note Levasseur.

5 - Cass. Soc. du 26/01/1994, Casinino de Beaulieu sur Mer, *Bull.* n° 26 ou *JCP.E* 1994 - II- 639.

## **Partie I - D'un droit patrimonial à un droit protecteur des salariés : la naissance du droit du travail.**

Figé sur le socle de principes inadaptés aux relations de travail<sup>6</sup>, le Code civil de 1804 organise le classement des activités humaines au sein de dispositifs juridiques consacrés aux marchandises. Les fondements de la structure hiérarchique de l'entreprise trouvent leur origine dans des logiques patrimoniales. Le droit fait prévaloir la nécessaire protection de l'autorité du chef d'entreprise en invoquant, dans un premier temps, le droit de propriété puis en appliquant les règles classiques du droit des contrats<sup>7</sup> (A).

L'émergence de nouvelles règles juridiques et la prise en compte, par le juge, de nouvelles contraintes sociales vont générer des évolutions significatives. On passe d'une hiérarchie non encadrée générant des pouvoirs sans limite à une hiérarchie contrôlée dans ses prérogatives (B).

### **A - L'ouvrier des forges et le droit patrimonial du travail: hierarchie et droit de propriété.**

Le droit des obligations constitue la source "*originelle*" du droit du travail. La relation individuelle de travail est considérée comme une relation contractuelle ordinaire organisant l'échange de deux prestations: le travail et le salaire, le Code civil de 1804 réduisant à 2 articles ce qui est assimilé à un simple contrat de "*louage de service*"<sup>8</sup>. L'employeur achète donc du travail et il en dispose librement.

La loi du 22 Germinal an XI sur les manufactures avait, auparavant, soumis la classe ouvrière, considérée comme "*classe dangereuse*", à une très stricte réglementation de police<sup>9</sup>. Le droit apparaît alors comme l'organisateur actif de la soumission du salarié à l'employeur. Dans un tel contexte, le problème de la confrontation du pouvoir de l'employeur avec le nécessaire respect des libertés des salariés ne se pose pas. La théorie "*classique*" de l'entreprise basée sur des concepts purement civilistes permet de justifier l'ampleur du pouvoir patronal s'exerçant, de la même façon, sur les biens et sur les personnes<sup>10</sup>.

L'article 544 du Code civil précise que les meubles et immeubles de l'entreprise appartiennent à l'employeur qui peut "*en jouir de la manière la plus absolue*" alors que l'article 1134 ajoute que, "*pour faire fonctionner ses machines, l'employeur recrute des salariés qui - en s'engageant - se soumettent à son autorité*". Le juge en déduit que l'employeur - chef d'entreprise - peut exercer sur ce qui constitue un bien privé tous les

---

6 - J.M. Lattes, "Le travail : objet de Propriété ?", in "Propriété et Révolution", ed. CNRS 1990 - 221. M.E. Chatelain, "Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du Code Civil", *RTDC* 1904 - 388. J. Carbonnier, *Les biens*, PUF 1980.13.

7 - J.C. Javillier, *Etudes Camerlynck*, op. cit.

8 - Art. 1780 du Code civil interdisant "*l'engagement à vie*" et l'art. 1781 réglant, au bénéfice du maître, la question de "*la preuve en matière de gage*" (abrogé en 1868).

9 - L. Chevalier, *Classes laborieuses, classes dangereuses à Paris pendant la 1ère moitié du XIXème siècle*, Paris-Plon 1958.

10 - M.F. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, L.G.D.J. 1996.

droits dévolus à un propriétaire comme sur n'importe quel autre bien - meuble ou immeuble - faisant partie de son patrimoine.

- Au-delà de cette référence originaire au droit de propriété, le droit des contrats participe à conforter le pouvoir de l'employeur. Le contrat de travail apparaît comme un contrat synallagmatique comportant des obligations incombant à l'un et à l'autre des deux partenaires sociaux. L'employeur et le salarié déterminent librement le contenu du contrat et ils pourront décider unilatéralement de le rompre à tout moment.

La jurisprudence privilégie l'autonomie contractuelle des volontés et justifie l'absence de contrôle externe par le simple respect du droit commun des obligations<sup>11</sup>.

Le cumul des règles relatives au droit de propriété avec celles organisant les conséquences juridiques de l'engagement contractuel du salarié caractérise la mise en place d'un véritable rapport d'autorité conférant à l'employeur un pouvoir quasi-discrétionnaire sur "les outils et les hommes" dans un contexte de liberté juridique pouvant être qualifié de "sauvage"<sup>12</sup>.

L'employeur est, dans cette acception, le législateur de son entreprise. Il y édicte librement les règles de fonctionnement : horaires de travail, rémunérations, modalités d'exercice du travail...<sup>13</sup>. Tous les domaines liés à la vie de l'entreprise sont placés sous sa seule autorité. La jurisprudence respecte fidèlement cette situation, l'employeur étant considéré comme "le seul juge" du non-respect de ses prescriptions. Les sanctions qu'il organise autour de ce pouvoir permettent d'en traduire l'effectivité, l'amende et le licenciement en constituant les principaux vecteurs<sup>14</sup>.

La Cour de Cassation bride toute évolution de cette logique civiliste en refusant, aux juridictions de premier et de second degré, le droit de contrôler les manifestations de discipline internes à l'entreprise au nom de la primauté de l'article 1780 du Code civil<sup>15</sup>. L'employeur dispose d'un pouvoir absolu au point que Jacques Le Goff le présente comme "*maître et possesseur du destin de ses ouvriers*"<sup>16</sup>.

B. Les premières lois sociales: création d'une hiérarchie juridiquement encadrée.

- Dans un tel contexte, la naissance du social apparaît comme une tentative de régulation du pouvoir patronal.

---

11 - On demeure ici sur les classifications fondamentales reprises par les grands auteurs civilistes. Cf. Ph. Malaurie, *Introduction générale au droit civil*, CUJAS 1991.

12 - J. Savatier, "Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée", *Mélanges R. Savatier, D.* 1965.863.

13 - L'étude des règlements des manufactures est, à cet égard, particulièrement significatif. Le salarié s'y voit imposer des devoirs, des injonctions, des interdictions... sans la moindre référence à ses droits --> J.P. Gaudemar, *L'ordre et la production. Naissances et formes de la discipline d'usine*, Dunod 1982.

14 - L'arrêt dit "*des sabots*" du 16/02/1866 illustre cette orientation.

15 - "*Le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes*".

16 - J. Le Goff, *Du silence à la parole*, Calligrammes la Digitale, 1985.38.

Cette évolution, tant au niveau des textes qu'au niveau du droit, va cependant s'étaler dans le temps, le Président Despax soulignant la lenteur du mouvement : "*Le 89 social a été dilué sur plus d'un siècle*"<sup>17</sup>.

Le droit de licencier illustre les réticences des juges face à ces mutations. Dans le contexte civiliste de l'application de l'article 1780, l'employeur conserve une liberté totale d'appréciation des difficultés économiques de l'entreprise. Dès que la production se met à fléchir et que la demande se raréfie, il a la possibilité de débaucher des salariés qu'il considère comme "excédentaires", parfois avec un court préavis et, le plus souvent, sans la moindre indemnité. La Cour de Cassation se montre très "déférente" à l'égard de la souveraineté patronale. Elle ne conteste pas l'autorité de l'employeur et considère qu'il n'est pas de la compétence des tribunaux de porter une appréciation sur les motifs même du licenciement<sup>18</sup>.

De nouveaux textes permettent cependant d'ébranler ces logiques. La loi du 27 décembre 1890 bouleverse la perception traditionnelle du louage de service en affirmant que, désormais, "la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des deux partenaires peut donner lieu à des dommages intérêts". Pourtant, alors que ce texte donne au juge la possibilité de sanctionner un employeur qui rompt abusivement un contrat de travail, les juridictions restent sur la logique de la protection du droit de libre rupture. La loi du 19 juillet 1928 s'inscrit dans cette perspective d'abandon progressif des logiques civilistes en rattachant les salarié à l'entreprise et non plus à son employeur<sup>19</sup>. Le célèbre arrêt Goupy, et sa lecture extensive, traduit la volonté des juges de s'émanciper des chemins traditionnels initiés par les fondements civilistes de la matière<sup>20</sup>. Les parties au contrat ne peuvent plus invoquer les conséquences de l'application de l'article 1134 du Code civil, la "permanence de l'entreprise" dominant la volonté des parties au contrat.

La doctrine juridique participe à cette évolution. Les travaux de Paul Durand<sup>21</sup> et ceux, bien sûr, de Michel Despax<sup>22</sup> reprennent les réflexions de Léon Duguit en opposant "*la théorie institutionnelle*" de l'entreprise à la logique contractuelle civiliste<sup>23</sup>. Dans un contexte juridique figé, les juges ne prennent pas à leur compte cette recherche doctrinale<sup>24</sup>.

Loin d'admettre que le contrat de travail ne peut être assimilé à un contrat ordinaire et que la réunion juridiquement organisée de personnes autour d'activités professionnelles débouche sur la mise en place d'une véritable communauté - au moins réduite aux acquêts - le juge ne sort pas du rôle incertain de censeur d'un abus de droit

---

17 - M. Despax, "Droit du travail et transformations sociales", Mélanges Cabrilac, Lib. techniques 1968.143.

18 - G.H. Camerlynck, "De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement", *JCP* 1958, Ed. G., I, 1425. J. Savatier, "Pouvoir patrimonial et direction des personnes" *Dr. Soc.* 1982.2. G. Lyon-Caen, "Du rôle des principes généraux du droit civil en Droit du travail", *RTDC* 1974.234.

19 - Art. L. 122 - 12 al. 2

20 - Cass. Civ. du 27/02/1934, Goupy, GADT n° 104 p. 284, *Gaz. Pal.* 1934.2.40., S. 1934.1 - 179.

21 - P. Durand, "Rapport sur la notion de l'entreprise" Travaux de l'Ass. H. Capitant, t. 3, 1947.45 et "Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail" *JCP* 1944, I, 387.

22 - M. Despax, "L'entreprise en droit du travail", Annales de la Faculté de droit de Toulouse, tome XIII, fasc. 2, 1965.127.

23 - P. Durand, "Le particularisme du droit du travail", *Dr. Soc.* 1945.298.

24 - L'arrêt Brinon, op. cit., illustre de manière on ne peut plus significative l'attitude "réservée" des juges en la matière.

bien difficile à établir côté salarié. A l'aube des années 70, la liberté de licencier demeure la "clé de voûte" des pouvoirs reconnus à l'employeur sans véritable contrôle du juge judiciaire<sup>25</sup>.

La grande réforme du droit du licenciement constitue une étape importante de cette évolution<sup>26</sup>. Malgré d'évidentes difficultés d'ordre probatoire, les lois de 1973 et de 1975 génèrent de nouvelles orientations jurisprudentielles sans que l'on puisse pour autant parler d'équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié licencié<sup>27</sup>. Le dogme de l'employeur "seul juge" renforcé par la mise en place de nouveaux instruments juridiques (contrats de travail précaires, filialisation des entreprises, transactions...) n'est pas remis en cause de manière définitive. La Cour de cassation tolère en effet des motifs contestables comme "la perte de confiance", la mésentente ou l'insuffisance professionnelle...<sup>28</sup> l'employeur demeurant, sauf détournement de pouvoir, le seul à même d'apprécier les mesures les plus appropriées "au redressement de la situation d'une entreprises". Les juges privilégient ici la théorie de "l'apparence" et donnent une impression d'inachevé à la réforme du droit de licenciement, le "sacro-saint" pouvoir de direction de l'employeur n'étant pas véritablement contrôlé<sup>29</sup>.

## Partie II. Le droit du travail à l'épreuve des mutations contradictoires.

Les textes qui prolongent les lois de 1973 et de 1975 génèrent eux une mutation bien plus significative en révélant véritablement la fonction sociale du juge dans son contrôle de la rupture de la relation de travail<sup>30</sup>.

### A. La reconnaissance de la citoyenneté du salarié: hiérarchie et droits de l'homme.

Certains situent à la Révolution industrielle la genèse de l'évolution actuelle. Succédant à des structures artisano-rurales<sup>31</sup>, l'entreprise permet le développement de nouvelles relations de travail au sein d'un "espace-temps" organisant une sorte de "clôture" tant matérielle que juridique autour des acteurs qui y participent. Il en découle

---

25 - J. Salavaire, "Du licenciement non motivé, ou... le silence est d'or", *Gaz. Pal.* 1969, I, doc. p. 11. H. Sinay, "Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel", *D.* 1972, chr. XXXVII, p. 241.

26 - J. Pelissier, *La réforme du licenciement*, Sirey 1974.

27 - Audinet, "Une réforme imparfaite : la loi du 13 juillet 1973", *JCP* 1973. G. Thomas, "La réforme du licenciement d'après les 75 premières décisions de jurisprudence" *RPDS*, mars 1975, 69. G. Couturier, "Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?" *Dr. Soc.* 1978, sp. 78 - A. Lyon-Caen, "La loi du 3 janvier 1975 : loi morte ?" *Dr. Soc.* 1981 - 287.

28 - Cass. Soc. du 19/01/1977, Amer c. Adam, *Bull. V*, n° 37 --> A. Chirez, "La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement" *D.* 1981, chr. 193. F. Gaudu, "Le licenciement pour perte de confiance", *Dr. Soc.* 1992.32.

29 - Cass. Soc. du 10/11/1976, Soc. Hom c. Mlle Abelly, *JCP - IV* - 393.

30 - Si les lois du 4 août 1982 et du 30 décembre 1986 renforcent les droits des salariés licenciés, c'est la loi du 2 août 1989 qui, en harmonisant leurs droits, va faire des droits de la défense, du contradictoire et de l'obligation d'information" des principes communs applicables à toutes les procédures", le doute profitant désormais au salarié. La loi du 27 janvier 1993 renforce cette orientation.

31 - J. Le Goff, op. cit.

de nouvelles relations de pouvoir que le droit devra prendre en compte. Le droit du travail contemporain constitue une sorte d'aboutissement, au moins dans sa partie "non flexible". Sans remettre en cause les fondements du pouvoir de direction de l'employeur, le droit social en limite les excès. Paradoxalement, les textes sociaux consacrant les libertés des salariés vont conduire les juges à les définir et, donc, à les limiter. On retrouve ici - comme dans d'autres domaines juridiques - "l'irréductible et terrible ambivalence de toute norme"<sup>32</sup>, la norme sociale se devant d'être confrontée à d'autres libertés publiques parfois très éloignées de ses fondements. On assiste, malgré ces réserves, à l'émergence de nouvelles formes de rapports sociaux redéfinissant la place du salarié dans l'entreprise et induisant, de fait, une redéfinition des rapports de pouvoir.

Les pouvoirs de l'employeur peuvent être regroupés autour de trois axes dominants : le pouvoir d'organiser l'activité de l'entreprise, le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de gestion.

**Le pouvoir d'organiser** l'entreprise se justifie par le nécessaire respect de règles permettant de garantir et d'assurer le fonctionnement de la collectivité de travail. S'il apparaît légitime, voire même indispensable, que l'entreprise - ordre juridique secondaire - fasse l'objet d'une réglementation, il faut aussi limiter et encadrer ce pouvoir pour éviter l'arbitraire et le discrétionnaire. La mise en place du Règlement intérieur constitue le domaine d'expression naturel du pouvoir réglementaire de l'employeur. La doctrine qui précède la première des 4 lois Auroux<sup>33</sup> témoigne des difficultés posées par l'absence d'encadrement législatif de ce type de document, certains auteurs considérant que le Règlement intérieur pouvait être comparé à "un héritage du Moyen Age"<sup>34</sup> alors que d'autres - plus mesurés - parlaient "d'anomalie juridique"<sup>35</sup>.

En organisant un encadrement de son contenu et de sa mise en place, la loi du 4 août 1982 replace le Règlement intérieur au cœur du droit du travail. En énonçant dans l'article L. 122-35 du droit du travail que le Règlement intérieur "*ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche accomplir ni proportionnées au but recherché*", le Code du Travail ne se limite pas à organiser un contrôle administratif. Au-delà du rôle dévolu à l'inspection du travail, le juge prud'homal développe un contrôle basé sur "*la proportionnalité*" de la mesure prise en imposant désormais de fortes exigences de justification<sup>36</sup>.

Le pouvoir de l'employeur dans l'organisation de son entreprise n'est pas remis en cause par le juge social. Il en organise l'usage et en limite les excès. Ce pouvoir, plus que tout autre, témoigne de la jurisprudence d'équilibre de la Cour de Cassation

---

32 - J.C. Javillier, "La dynamique du droit du travail", Droit du travail, LGDJ 1992.13.

33 - J. Pelissier, "Le règlement intérieur et les notes de service", *Dr. Soc.* 1982.75.

34 - M. Cohen, "Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise", *Dr. Soc.* 1980.165.

35 - G. Lyon-Caen, "Une anomalie juridique : le règlement intérieur", *D.* 1969, chr. 247.

36 - La Cour de Cassation considère, en la matière, que "le règlement intérieur est un acte juridique de droit privé" et que le juge judiciaire peut donc connaître d'une action principale en nullité d'une ou plusieurs clauses du règlement intérieur. --> Cass. Soc. du 16/12/1992, *D.* 1993.334, note X. Pretot. *Dr. Soc.* 1993.267, note A. Jeammaud.

recherchant une conciliation difficile entre la liberté d'entreprendre et le respect des droits des personnes.<sup>37</sup>

**Le pouvoir disciplinaire** de l'employeur s'inscrit dans une évolution similaire, la loi du 4 août 1982 organisant sa transformation en un véritable "*droit disciplinaire*"<sup>38</sup>. La sanction est désormais définie d'une manière suffisamment large pour éviter que l'employeur n'intervienne "*à la marge*" et évite une procédure destinée à préserver les droits de la défense du salarié<sup>39</sup>. Cette évolution permet, de fait, un contrôle plus poussé de la sanction par le juge social<sup>40</sup> même si toutes les ambiguïtés ne sont pas levées<sup>41</sup>.

L'exercice du **pouvoir de gestion** de l'employeur se révèle le plus délicat à analyser. Celui-ci détermine dans l'entreprise qu'il dirige les options de gestion fondamentales tout en assumant la responsabilité économique et financière des choix qu'il initie. La mutation est ici significative et, de fait, controversée.

L'idée que l'employeur est "le seul juge" de ses choix est aujourd'hui bridée par la mise en cause de sa responsabilité lorsqu'il commet des fautes considérées par les juridictions sociales comme significatives. Alors que le juge se limitait, dans un premier temps, à se retrancher derrière des éléments généralistes au nom de "la bonne marche de l'entreprise"<sup>42</sup>, la Chambre Sociale s'inscrit désormais dans une démarche qui témoigne, de manière très significative, des mutations connues par le droit du travail. Si le juge ne s'intéressait, à l'origine, qu'au contrôle de la légalité de la mesure prise en s'interdisant d'analyser l'opportunité des choix de l'employeur<sup>43</sup>, la Cour se penche aujourd'hui non sur ces derniers mais sur leur justification. De fait, l'analyse de la jurisprudence récente démontre, à l'évidence, que le juge ne conteste pas les décisions prises par l'employeur mais analyse leurs motivations ou leurs fondements<sup>44</sup>. Les contrôles du juge ne portent pas ici sur les choix gestionnaires de l'employeur, ils portent sur son silence ou, au moins, sur son défaut d'explication. Ils traduisent la progression de l'intervention du pouvoir judiciaire dans la régulation des rapports de travail<sup>45</sup>.

---

37 - Cass. Soc. du 10/06/1982, Sté ed. Quo Vadis, *Bull. V*, n° 392.

38 - C. Rade, "A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique", *Dr. Soc.* 1993.3.

39 - Art. L. 122.4 du Code du Travail --> On prend désormais en compte non seulement "l'atteinte à la présence du salarié dans l'entreprise" mais aussi tout ce qui peut porter sur "sa fonction, sa carrière ou sa rémunération".

40 - J. Deprez, "L'évolution de la jurisprudence en matière disciplinaire", *AJS* 1994.351.

41 - A. Mazeaud, "Ambiguïtés du droit disciplinaire", *Etudes J. Savatier* 1992.367.

42 - La Cour parle alors du "droit pour l'employeur d'organiser les services de l'entreprise" (Cass. Soc. du 26/06/1974, *Bull. Civ. V*, n° 386), de son "droit d'être "juge des mesures à prendre pour remédier à la baisse du chiffre d'affaire d'une succursale (Cass. Soc. 22/06/1978, *Bull. Civ. V*, n°5.8), de sa liberté de choix "dans la bonne marche de l'entreprise" (Cass. Soc. du 22/01/1975, *Bull. V*, n°25) ou pour prendre "les mesures les mieux appropriées pour redresser la situation de l'entreprise" (Cass. Soc. du 4/01/1980, *Bull. V* n° 6).

43 - J. Savatier, "Pouvoir patrimonial et direction des personnes", *Dr. Soc.* 1982.1. P. Langlois, "Le pouvoir d'organisation et les contrats de travail", *Dr. Soc.* 1982.83.

44 - L'arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 5/04/1995, Société Thomûson, est ici particulièrement significatif. Le juge se refuse de considérer, à priori, qu'un "motif d'économies" est un "motif économique" pour une entreprise florissante.

45 - J.E. Ray, "L'utilisation du juge judiciaire dans les rapports de travail", *Mélanges Percerou, Vuibert* 1994.165.

## B. Les nouvelles technologies dans l'entreprise: d'une hiérarchie juridique à une "cyber hiérarchie".

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"* <sup>46</sup> . 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<sup>47</sup> et de tout exploiter sans que le salarié en ait parfaitement conscience. De plus, au-delà de l'information strictement professionnelle, ces nouveaux outils 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<sup>48</sup>. 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"* <sup>49</sup> 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<sup>50</sup>. 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.

---

46 - Rapport de Juin 2000 sur la *"Cybersurveillance des salariés"*.

47 - *"Les nouveaux mouchards de l'entreprise"*, *Liaisons sociales*, oct.1999.

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

49 - Loi du 6.01.1978.

50 - 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 ).

## 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.

Le droit, auquel le juge est subordonné, se révèle par son intervention dans sa réalité effective, celle dont, au niveau du droit objectif, la jurisprudence est l'expression. Le juge dispose, pour reprendre l'analyse de Maurice HAURIOU, "d'un incoercible pouvoir d'arbitrage et de création du droit".<sup>51</sup>

Le juge social est soumis, nous l'avons évoqué, à de multiples contraintes juridiques, souvent divergentes, et dont il se doit d'arbitrer l'application. Si le Préambule de la Constitution de 1946 affirme que "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" ..., la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 consacre la propriété comme "un droit inviolable et sacré".

Si les décisions que nous venons d'évoquer ne sont pas - loin s'en faut - à l'abri de toute critique, elles nous semblent traduire une évolution tant législative que sociologique qui va bien au-delà du monde de l'entreprise<sup>52</sup>. Cette évolution ne nous semble pas critiquable même si, en la matière, le mieux et l'ennemi du bien et que les juges, soumis à des recours de plus en plus fréquents, doivent conserver une lecture équilibrée de l'intérêt de l'entreprise.

Dans la préparation de cette intervention sur "Pouvoir et Juge" nous ne pouvions pas ne pas faire référence à la thèse de Michel DESPAX, soutenue en 1956, sur "L'entreprise et le droit"<sup>53</sup>. Dans son ouvrage visionnaire, Michel DESPAX considérait que la recherche d'un équilibre entre les différents intérêts mis en jeu par le fonctionnement de l'entreprise devait constituer une des lignes directrices de l'évolution du droit du travail.

---

51 - M. HAURIOU, "Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes", Revue de métaphysique et de morale 1928.193. R. EXERTIER, "Mais quelle est donc la liberté de décision du juge", Décisions et Gestion, tome 7, Presses de l'Université Toulouse 1, 1999.433.

52 - On lira, sur ce sujet, l'allocution prononcée par Monsieur BURGELIN, Procureur général auprès de la Cour de Cassation, lors de l'audience solennelle du 9 janvier 1998.

53 - M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ 1956.