

Gestion et droit du travail : de l'employeur seul juge à l'employeur socialement responsable

Jean-Michel Lattes

Maître de Conférences, Université Toulouse1

INTRODUCTION

Le statut de l'employeur ne peut être détaché de l'évolution du droit du travail. Il est, en effet, aisé de mettre en évidence le lien étroit qui existe entre sa capacité d'action et le contexte juridique dans lequel il se trouve ¹. La naissance du droit du travail est généralement justifiée par l'impérieuse nécessité de protéger les salariés des atteintes subies dans le cadre de leurs activités professionnelles ². L'Etat intervient très progressivement pour limiter les abus les plus choquants d'une relation soumise, à l'origine, aux méfaits conjugués du libéralisme sauvage et du capitalisme industriel.

Qualifié à l'origine de « droit ouvrier », le droit du travail va peu à peu organiser un véritable « statut » du salarié, profitant pour cela des phases de croissance économique. Le droit du travail et le droit de la protection sociale constituent le socle d'une identité nouvelle faisant du salarié une personne juridiquement protégée dans son rôle social ³.

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. Les juristes ne peuvent plus, dès lors, considérer les travailleurs comme des contractants ordinaires. La nécessaire protection de leur corps, leur sécurité tant physique que morale, leurs droits économiques

1. Cf. DESPAX M., *Le droit du travail*, Que sais-je ?, n°1268, PUF ; VIRTON P., 1968, « Histoire et politique du droit du travail », *Bibliothèque de la recherche sociale*.

2. Cf. LATTES J.-M., « Le corps du salarié dans l'entreprise », *Mélanges Despax*, à paraître.

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

4. LATTES J.-M., 1991, « Le travail, objet de propriété ? », *Actes du colloque Propriété et Révolution*, Ed. du CNRS, pp. 221 et s.

peu à peu reconnus, 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 au profit de l'ensemble des salariés.

A partir des années 70, le droit du travail, droit 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 dans laquelle se trouvaient les salariés⁵. La mutation du droit social vers des logiques nouvelles permettant de le qualifier de « droit de l'emploi » n'est pas sans conséquence sur le pouvoir dont dispose l'employeur pour gérer le personnel dont il dispose. Sans qu'il soit possible de parler de bouleversement des logiques originaires⁶, on constate l'émergence de processus contradictoires.

Il est aisé de constater que les outils juridiques dont dispose l'employeur lui permettent de disposer aujourd'hui d'un pouvoir beaucoup plus important que celui qui était le sien il y a encore quelques années⁷. L'émergence d'un droit « à plusieurs vitesses » facilitant les choix et les alternatives permet de considérer qu'à côté d'un droit traditionnel du travail se développe une sorte de deuxième marché de l'emploi⁸ ne respectant pas les fondements même de la protection sociale au nom de la nécessité de créer des postes nouveaux. 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 voire de la gestion quotidienne de la relation de travail ne retrouve pas les mêmes perspectives dans la rupture de la relation de travail. Le pouvoir de l'employeur est ici 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 les postes existants au point d'essayer de faire du licenciement un acte ultime et non un acte de gestion courante. La jurisprudence sociale relaye cette volonté au point que certains employeurs n'ont pas hésité à qualifier de pouvoir d'ingérence des juges dans leur gestion de l'entreprise⁹.

Le droit du travail, dans son évolution, a peu à peu organisé – pour le réguler – le pouvoir de gestion de l'employeur. Le passage d'une logique purement civiliste à

5. SUPIOT A., 1994, *Critique du droit du travail*, PUF.

6. JEAMMAUD A., « Droit du travail 1998 : des retournements plus qu'une crise », *Dr.Soc.*1988, p. 583.

7. LATTES J.-M., 1997, « 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, pp. 261 et s.

8. PELISSIER J., « La relation de travail atypique », *Dr.Soc.*1985, pp. 531 et s.

9. LATTES J.-M., « Pouvoir et Juge », *Journées Michel Despax de Mai 2000 sur « Le pouvoir de l'employeur »*, à paraître chez Dalloz.

une nouvelle perspective éloignée des référents patrimoniaux a permis de construire un véritable statut du salarié et d'ouvrir ainsi de nouveaux champs juridiques (I).

Le social est cependant placé aujourd'hui au cœur de mutations dont il est difficile de mesurer les conséquences sur le long terme¹⁰. La volonté du législateur de favoriser l'emploi l'a conduit, dès 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 (II).

I. LA PROTECTION DU SALARIE, ACTE FONDATEUR DE LA LEGISLATION SOCIALE

La nature même du travail humain a évolué au cours des siècles. Ainsi, la fonction de « production », base de l'activité au XIX^e siècle, va voir sa part peu à peu réduite au profit des activités de service alors que la rémunération du salarié est complétée par des prestations sociales au détriment de ce qu'il convient d'appeler les revenus « directs » du travail.

Le droit participe à ces mutations, même s'il les accompagne plus qu'il ne les organise. Le passage d'un droit exclusivement civiliste à un droit nouveau : le droit social¹¹ constitue le témoignage de ces évolutions essentielles.

A. LE DROIT CIVIL AU CŒUR DES RELATIONS PROFESSIONNELLES

Les rapports sociaux du début du XIX^e siècle s'inscrivent dans un contexte juridique exclusivement civiliste. Le droit de propriété¹² domine les rapports employeurs - salariés au point d'entraîner l'assimilation du travail humain à une simple marchandise que l'on vend et achète librement. Le Code Civil de 1804, directement inspiré par les orientations prises par le législateur révolutionnaire¹³, maintient le travail humain dans la catégorie réductrice des choses qui peuvent être

10. La littérature sociale est aujourd'hui considérable, on lira en particulier : MEDA D., 1995, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto-Aubier ; SCHNAPPER D., 1998, *Contre la fin du travail*, Textuel ; LEBAUBE A., 1997, *Le travail, toujours moins ou autrement*, Le Monde éditions ; BOISSONNAT J., 1995, *Le travail dans vingt ans*, Éditions Odile Jacob.

11. DURAND P., « Le particularisme du droit du travail », *Dr.Soc.* 1945, pp. 208 et s. ; CAMERLYNCK G.-H., « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chr.23.

12. BERGEL J.-L., « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », *Mélanges J.-P. Beguet*, pp. 14 et s. ; LYON-CAEN G., 1974, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *R.T.D.C.*, pp. 229 et s.

13. 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. LE GOFF J., 1985, *Du silence à la parole*, Calligrammes-La Digitale.

achetées et vendues librement¹⁴. De fait, seuls deux articles du nouveau code sont consacrés au « contrat de louage de service »¹⁵, l'objectif du législateur de l'époque étant d'organiser l'étendue et les limites du droit de propriété considéré en lui-même et dans ses rapports avec les diverses espèces de biens. 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 principe d'égalité juridique entre les personnes¹⁶, une main d'œuvre bon marché lui étant ainsi assurée¹⁷. L'employeur est propriétaire des biens meubles et immeubles de l'entreprise et il peut « en jouir de la manière la plus absolue »¹⁸. Pour faire fonctionner ses machines, il recrute des salariés qui en s'engageant se soumettent à son autorité¹⁹.

Cette situation juridique ouvre le règne de l'autonomie de la volonté, en particulier au profit de l'employeur, en continuité directe avec les réflexions dominantes des économistes du XVIII^e siècle prônant les bienfaits supposés de l'ultra libéralisme²⁰. Ce droit « marchand » du travail reste très éloigné de l'idée même d'insertion sociale, les rapports entre les partenaires au contrat se situant dans une sphère purement économique²¹.

C'est le règne de l'employeur « seul maître ». Pour ne privilégier personne, le législateur néglige la protection des faibles. Les conséquences de cette situation vont être dramatiquement 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 document va révéler la réalité dramatique de la vie des ouvriers de l'époque, conséquence directe de l'absence d'encaînement juridique du pouvoir de direction de l'employeur sur les personnes qu'il fait travailler.

Rémunérations dérisoires, conditions de travail harassantes et dangereuses, journées de travail sans limites dans le temps, absence de protection juridique des femmes et des enfants, licenciements libres, ... l'organisation civiliste du travail humain révèle ici toutes ses carences.

Il devient indispensable aux juristes de l'époque de désentraver le contrat de travail de son carcan civiliste en abandonnant les dogmes ultra-libéraux pour qui l'intervention de l'Etat dans le jeu économique se révèle fondamentalement contre nature et intrinsèquement dangereuse. Cette mutation est rendue pleinement légitime par les conséquences de la liberté juridique antérieure. Il ne s'agit pas de

14. *Naissance du Code Civil*, Préface de F. Ewald, Flammarion, 1989.

15. Art. 1780 et 1781, et Art. 1779.

16. BATTIFOL H., 1976, *Signification de l'égalité pour la philosophie du droit*, L.G.D.J., pp. 447 et s.

17. SAVATIER J., 1965, « Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée », *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, pp. 863 et s. et « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. Soc.* 1982, p. 1.

18. Art. 554.

19. Art. 1134.

20. SMITH A., 1991, *Recherches sur les causes de la richesse des nations*, CF Flammarion.

21. CHATELAIN M.E., 1904, « Esquisse d'une nouvelle théorie sur le monde du travail conforme aux principes du Code Civil », *R.T.D.C.*, p. 388.

remettre en cause la légitimité de l'intervention de l'employeur mais d'en limiter les excès ²².

C'est cependant un droit à vocation purement humanitaire qui va, dans un premier temps, venir border les dérives civilistes. Il ne s'agit pas de libérer les corps mais simplement de 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 aussi « une forme de pouvoir sur une personne productive » ²³.

De ce constat va naître la législation du travail. Les orientations de la première grande loi sociale, la loi du 22 mars 1841, illustrent la nécessité de tenir compte de la dimension humaine du travail salarié en protégeant les ouvriers de l'emprise excessive du pouvoir patronal ²⁴. En interdisant le travail des enfants de moins de 8 ans, le droit prend acte de leur impossible insertion physique dans un dispositif industriel. Les textes qui prolongent ces premières orientations participent à ce mouvement en préservant les femmes et, surtout, les mères dans l'entreprise ²⁵.

Les débats sur le rôle de l'Etat dans la protection des personnes ne vont cesser de se développer à la fin du XIX^e siècle. Doit-il préserver l'entité entreprise et ne se consacrer qu'à l'organisation et à la régulation de la société qui l'entoure ou, doit-il, au contraire, participer directement au ré-équilibre des rapports professionnels ?

Malgré les réticences évidentes des responsables économiques, le choix de mettre en place de nouvelles logiques sociales va peu à peu s'imposer. Au-delà du contrat qui lie l'employeur à ses salariés et des effets juridiques qu'il génère, l'Etat impose par le droit du travail 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 en situation de subordination vis à vis de son employeur ²⁶.

B. LE DROIT DU TRAVAIL, OUTIL DE CHANGEMENT DES RAPPORTS SOCIAUX

Les textes mis en place entre 1860 et 1936 permettent de mesurer les mutations générées par la prise en compte de nouvelles logiques sociales. La reconnaissance des droits syndicaux ouvre la voie à la mise en place de rapports sociaux collectifs plus équilibrés ²⁷, l'employeur étant désormais confronté dans ses choix à un vérita-

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

23. DESPAX M., 1968, « Droit du Travail et transformations sociales », *Mélanges Cabrillac*, pp. 143 et s.

24. DESPAX M., 1957, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J. ; AUBERT-MONPEYSSSEN Th., 1988, *Subordination juridique et relation de travail*, Ed. du CNRS.

25. Loi du 19 mai 1874.

26. 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).

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

ble contre-pouvoir issu de structures collectives de représentation. Par suite, le salarié se voit reconnaître progressivement un statut particulier par la mise en place de textes organisant de nouvelles voies juridiques.

La loi du 27 décembre 1890 précise désormais que « la résiliation du contrat par l'effet d'un seul peut donner lieu à des dommages et intérêts », limitant ainsi la possibilité pour l'employeur de rompre abusivement la relation de travail. Ce texte constitue la première étape significative vers la mise en place d'un droit de la rupture du contrat de travail distinct du droit commun des contrats. 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.

D'autres textes auraient pu participer ici à notre réflexion : lois sur le repos obligatoire²⁸, 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 ... Ils témoignent par leurs orientations de la prise en compte de nouvelles logiques juridiques, le Code du travail de 1910 participant à cette émancipation en développant sa propre perception des rapports sociaux. 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'entreprise²⁹. 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. Le poids des choix contractuels ne résiste pas aux protections quasi-statutaires progressivement élaborées.

Le Front Populaire correspond à une accélération de la mise en place de ces logiques nouvelles. La réduction du temps de travail³⁰, les garanties de rémunération³¹, la cessation - suspension du contrat de travail³², la libre détermination collective des relations de travail³³, l'organisation de la représentation du personnel³⁴, la participation des salariés aux résultats de l'entreprise³⁵, l'encadrement du droit

28. Lois du 13 Juillet 1906 sur le repos hebdomadaire et loi du 23 Avril 1919 sur la journée de 8 heures.

29. DONZELOT J., 1984, *L'invention du social*, Fayard ; CASTEL R., 1995, *Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat*, Fayard ; WEILL S., 1951, *La condition ouvrière*, Gallimard ; SELLIER F., 1979, *Les salariés en France*, PUF.

30. Lois des 11-12 Juin 1936 sur la semaine des 40 heures.

31. Loi du 11 février 1950.

Cf. LYON-CAEN G., 1981, *Les salaires*, Traité Dalloz, tome 2.

32. Il s'agit essentiellement ici de la grève, de la maladie, de la maternité ou de l'accident.

33. Lois du 24 Juin 1936 et du 11 Février 1950.

34. 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. COHEN M., 1991, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J. ; VERDIER J.-M., 1979, *Le Droit syndical dans l'entreprise*, Dalloz.

35. Ordonnance du 7 Janvier 1959, loi du 12 juillet 1965, ordonnances du 17 août 1967.

Cf. DESPAX M., « Les accords de participation », *Dr.Soc.* 1969, p. 378.

du licenciement ³⁶, l'organisation de la prévention dans l'entreprise ³⁷ ... constituent les principaux jalons d'une évolution qui connaît son apogée avec les lois Auroux ³⁸.

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 totalement autonome ³⁹.

Toutes ces évolutions s'inscrivent dans le cadre de réflexions fortes sur la notion même d'entreprise. Celle-ci n'est plus seulement un patrimoine, elle constitue une véritable communauté, certains préférant parler d'institution ⁴⁰. Le problème de la montée du chômage va remettre en cause ces perspectives, la protection du salarié ne constituant plus la principale préoccupation du législateur.

II. VERS LA MISE EN PLACE D'UN DROIT DE LA PROTECTION DE L'EMPLOI

La nécessaire protection de l'emploi voire la recherche de son développement entraînent le législateur vers des chemins nouveaux. La mesure du pouvoir de l'employeur est directement concernée par ces évolutions. Si dans ses choix de gestion il voit sa tâche facilitée, il subit au contraire un contrôle de plus en plus étroit de ses décisions économiques susceptibles de déboucher sur des suppressions de postes.

Les conséquences sont aisément mesurables tant sur la situation personnelle des salariés que dans le fonctionnement même de l'entreprise.

A. FLEXIBILITE ET GESTION DU PERSONNEL

Le début des années 80 constitue un véritable tournant dans l'étude de l'évolution de notre réglementation sociale. Si les lois Auroux constituent un corps de règles inscrit dans la tradition sociale française, elles apparaissent aujourd'hui comme l'ultime aboutissement d'une logique désormais contestée. L'idée selon laquelle l'excès de règles protectrices participe à la dégradation du marché du tra-

36. Lois du 13 Juillet 1973 et du 3 Janvier 1975.

Cf. LYON-CAEN G., BONNETETE, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 Juillet 1973 », *Dr.Soc.* 1973, p. 493 ; PELISSIER J., « Les licenciements pour motif économique », *D.* 1975, chr.135.

37. Loi du 6 Décembre 1976.

Cf. ROGER M., « 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 ; ALVAREZ N., « La formation des travailleurs à la sécurité », *D.O.* 1979, pp. 359 et s.

38. Lois du 4 Août, 28 Octobre, 13 Novembre et 23 Décembre 1982.

39. Rapport AUROUX du 8.09.1981 sur les droits des travailleurs, *L.D.F.* Collection des Rapports Officiels 1982 ; JAVILLIER J.-C., 1985, *Les réformes du droit du travail depuis le 10 Mai 1981*, L.G.D.J.

40. 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. DESPAX M., 1957, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J.

vail se développe dans un contexte où le chômage devient le problème majeur de nos sociétés.

La finalité de la norme sociale n'est plus de protéger le salarié mais désormais de faciliter son employabilité en assouplissant les contraintes pesant sur l'employeur. Le mot « flexibilité »⁴¹ s'inscrit peu à peu dans le langage social au point de devenir un critère essentiel de détermination des choix de mutations juridiques.

Le rapport traditionnel de subordination caractérisant la relation de travail ne résiste pas à cette évolution, un droit de l'activité se substituant au droit de la protection du salarié.

L'exemple du droit d'utiliser les contrats à durée déterminée illustre parfaitement 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 vont suivre vont, au contraire, ouvrir le champs de leur utilisation. La nécessité de relancer le marché du travail va écarter toute réflexion sur la fragilité dans laquelle se trouvent les bénéficiaires de ce type de contrat. Cette évolution n'est pas neutre pour le salarié. Le mythe du contrat stable disparaît, les relations professionnelles devenant majoritairement précaires⁴². De nouveaux contrats, tous inscrits dans cette perspective, facilitent encore la liberté de l'employeur tout en générant de nouvelles logiques. C'est le retour à une lecture appauvrie de la relation de travail : échange de travail contre rémunération. Le droit de l'emploi participe directement à la « désinsertion professionnelle » de l'homme au travail, le salarié n'intégrant pas véritablement l'entreprise, n'en partageant pas les valeurs et, de fait, n'en comprenant pas les finalités.

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 schémas classique de l'activité insérée dans un espace délimité et commun à tous étant désormais inscrit dans l'exception⁴³.

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

41. 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 ».

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

43. MORIN M.-L., SUBLET S., « La loi quinquennale du 20 décembre 1993. Une étape dans l'évolution du régime juridique du temps de travail », *Note du Lirhe* ; BARTHELEMY J., « L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail », *Dr.Soc.* 1994, p. 156 ; GAVINI Ch., TOLLET J.-Y., « La durée du travail, construction et déconstruction d'une norme », *Dr.Soc.* 1994, p. 365.

des dirigeants d'entreprise, ceux ci n'hésitant pas à mettre dans la balance de la négociation le maintien des emplois ⁴⁴.

Les conséquences des nouvelles perceptions de ces contraintes sociales apparaissent dramatiquement dans les statistiques des médecins du travail. Il est possible de considérer que 3 groupes de salariés se détachent de notre dispositif juridique : les salariés « stables » car bénéficiant des dispositifs sociaux anciens, les salariés « précaires » inscrit dans des logiques flexibles et fragiles et les salariés « externalisés » ⁴⁵ ne bénéficiant plus du dispositif social. 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 ⁴⁶.

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 » ⁴⁷, le droit n'étant plus qu'un moyen d'optimiser cet échange.

Le droit Européen permet de limiter ces tendances problématiques en introduisant de nouvelles régulations. Il est d'usage de constater pour s'en plaindre de l'absence d'Europe sociale ⁴⁸. 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. La formalisation du contrat de travail, les prémices de la mesure du temps de travail ⁴⁹, la mise en place de règles contraignantes dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité ⁵⁰, la prise en compte des mutations d'entreprise ⁵¹, l'organisation d'un embryon de représentation du personnel ⁵², ... partici-

44. SIRE B., 1994, « Développer la flexibilité par la gestion des rétributions », *Revue Fr.de Gestion*, n° 98.

45. 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. AUBERT-MONPEYSSSEN Th., « La définition du salariat par la loi Madelin », *Les Petites Affiches* du 22.09.1995, n° 114, p. 14 ; MORIN M.-L., « Sous traitance et relation salariale », *Etudes pour le commissariat Général du Plan*, Sept.1993 ; ARSEGUEL A., ISOUX Ph., « Loi initiative et entreprise individuelle-Aspects sociaux », *Bull.Joly* Mai 1994, n° 5, p. 142 ; DOROY F., « La vérité sur le faux travail indépendant », *Dr.Soc.*1995, p. 638.

46. « Souffrances et précarités au travail. Parole de médecins du travail », *Alternatives Sociales*, Syros 1994.

47. MEDA D., 1995, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto-Aubier.

48. 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 ; SUPLOT A., 1994, *Critique du droit du travail*, PUF.

49. CJCE du 23.03.1982, Levin in Rec.1035, du 28.02.1991(c.312.89) ou du 2.06.1994 (C. 9.93).

50. Directive n°89/391 in J.O.C.E. du 29.06.1989.

51. POUSSON A., 1995, *Cession d'entreprise et droit du travail*, Annales de l'Université Toulouse 1.

pent à stabiliser quelque peu un droit dont les orientations nationales amènent à s'interroger sur sa finalité⁵³.

Au-delà de ces bouleversements, 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.

B. LE LICENCIEMENT, ACTE CONTROLE

Alors que le pouvoir du juge en droit du travail était considéré comme très « relatif »⁵⁴, les années 90 vont le placer au cœur des problématiques sociales⁵⁵ en particulier dans le domaine du contrôle des licenciements économiques⁵⁶. Cette mutation apparaît comme très directement liée à la mise en place d'un droit nouveau protégeant en priorité l'emploi, le juge se voyant attribuer une responsabilité de plus en plus importante par des textes réduisant, en la matière, l'autonomie de l'employeur.

A cet égard, la loi du 2 août 1989, permet 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 »⁵⁷. La jurisprudence des années 90 entre alors en conflit direct avec le pouvoir de gestion de l'employeur.

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 d'activité », les difficultés économiques devant être appréciées au regard de l'activité du groupe auquel appartient l'entreprise où s'organise la suppression d'emploi⁵⁸. La Cour remet en cause la qualification économique en

52. DESBARATS I., « A propos du Comité d'Entreprise Européen », *Les Petites Affiches* du 30.06.1995 ; TEYSSIE B., « Le comité d'entreprise européen : de la directive à la loi », *Semaine Sociale Lamy* du 13.05.1996 n° 792 p. 2.

53. SUPIOT A. et autres, 1996, *Manifeste pour une Europe sociale*, Desclée de Brouwer.

54. « Le pouvoir patronal », *Dr.Soc.* N°1-1982, Numéro spécial sous la direction de J-J Dupeyroux. SUPIOT A., « Le juge et le droit du travail », *Dr.Soc.* 1980.sp.59.

55. LATTES J.-M., « Pouvoir et juge », Actes du colloque *Pouvoir et Employeur*, Lirhe-Toulouse Mai 2000, Dalloz, à paraître.

56. LATTES J.-M., « L'évolution du contrôle judiciaire de la décision de licenciement », Actes du colloque *Décisions et Gestion*, Presses de l'Université Toulouse1, 1999.405.

57. ANTONMATTEI P.H., *Le motif économique de licenciement*, Droit-Tome 5, Litec 1996.91.

58. 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.

cas de « simple ralentissement des ventes »⁵⁹, de « légère baisse d'activité »⁶⁰, du « coût élevé d'un salaire pourtant compatible avec la situation économique de l'entreprise »⁶¹ ... Les juges n'hésitent plus désormais à contrôler jusqu'à l'origine de certaines difficultés économiques pour déclasser le motif avancé par l'employeur⁶². Le motif économique est alors admis pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise⁶³ et non dans le simple but d'en augmenter les bénéfices⁶⁴.

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 »⁶⁵. 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 ultime⁶⁶.

Les syndicats d'employeurs s'insurgent contre cette évolution en considérant que l'on retrouve dans l'entreprise⁶⁷ 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 reclassement⁶⁸ y compris dans la recherche de solutions diversifiées non prévues par l'employeur⁶⁹, vérification du respect de l'ordre des licenciements⁷⁰, contrôle de l'élaboration et du respect du plan

59. Précis Dalloz Droit du travail, N° 459.486.

60. Cass.Soc. du 12/12/1991, SA SIC, RJS 2/92, N°134.

61. Cass.Soc. du 24/04/1990.

62. 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).

63. Cass.Soc. du 30.09.1997, Soc.Unise de Rosières, Dr.Soc. 1997.1098.

64. Cass.Soc. du 26/11/1996, Soc.MHLP, RJS 3/97 n° 266.

65. Cass.Soc. du 25/02/1992 in Bull.V N°212 ou Lyon-Caen A., « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de Cassation », S.Soc.Lamy 1992, n°596.3.

66. Cass.Soc. du 17/03/1999, Stenger et l'analyse de G.Couturier, « Vers un droit du reclassement ? », Dr.Soc. 1999.497.

67. LEMAÎTRE F., « Les chefs d'entreprise s'inquiètent du rôle croissant des juges face aux plans sociaux », Le Monde du 19/11/1998.

68. Cass.Soc. du 17/05/1995, RJS 6/95, n° 632.

69. Cass.Soc. du 28/03/2000, FRS, 14/00.14.

70. Cass.Soc. du 14/01/1997, Soc.Parisienne de nettoyage, Dr.Soc. 1997.159, note LYON-CAEN ; JACOTOT D., « Choix et respect des critères de l'ordre des licenciements », D.1997.1994.677.

social ⁷¹ ... 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.

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.

71. 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 : DE CAIGNY Ph., « Insuffisance du plan social, nullité de la procédure de licenciement », *Dr.Soc.* 1997.249.