

# **PLAN**

## **"Désinsertion professionnelle et droit du travail"**

par

**Jean-Michel LATTES**  
Maître de Conférences en Droit privé  
Chercheur au Laboratoire Interdisciplinaire de Recherche  
sur les Ressources Humaines et de l'Emploi  
(LIRHE - CNRS - ESA 5066)

### **Introduction**

#### **Partie 1 : La mise en place du droit du travail : de la simple protection du salarié à sa participation à la vie de l'entreprise**

- 1 - La domination du droit civil et de la notion de "travail marchandise"
- 2 - La mise en place d'un droit de la protection de la personne : de la protection des corps aux prémisses de la protection de la dignité humaine
- 3 - L'émergence d'un droit du travail, droit autonome de la protection des salariés : des accords Matignon aux lois Auroux
  - a - Du Front Populaire à Mai 68 : des progrès non aboutis
  - b - Des Accords de Grenelle aux réformes Auroux : la mise en place progressive d'une véritable citoyenneté du salaire dans l'entreprise

#### **Partie 2 : La transformation du droit du travail en droit de l'emploi : vers l'abandon de la recherche de l'insertion ?**

- 1 - Un droit flexible organisant la précarité
- 2 - Un droit de l'activité débouchant sur l'externalisation des emplois
- 3 - Le droit social européen, facteur de renforcement des droits des salariés

### **Conclusion**

## INTRODUCTION

"Désinsertion professionnelle et droit du travail"... il peut sembler curieux de juxtaposer ces deux termes tant il semble - à priori - évident que l'une des fonctions principales du droit du travail consiste à faciliter l'insertion professionnelle des travailleurs salariés.

On explique généralement la naissance du droit du travail par la nécessité de mettre en place un droit de la protection des salariés <sup>1</sup>.

L'Etat va progressivement intervenir pour limiter les abus les plus choquants d'une relation soumise, à l'origine, aux méfaits conjugués du libéralisme sauvage et du capitalisme industriel. Le droit du travail, à l'origine qualifié de "droit ouvrier", va jeter les bases d'un véritable "statut du travailleur". La croissance économique et son corollaire, le plein emploi, vont faciliter le développement simultané et continu des droits du travail et de la protection sociale.

Mutation inachevée de l'esclavage au 19<sup>e</sup> siècle <sup>2</sup>, le salariat devient, dans les années 60, le socle d'un véritable statut constitutif d'une indispensable identité sociale <sup>3</sup>.

En se détachant des fondements du droit civil, le droit du travail va valoriser... jusqu'à les placer au tout premier plan... les éléments extrapatrimoniaux <sup>4</sup> de la relation complexe qui se met en place entre l'employeur et ses salariés. Le travailleur ne peut plus, dès lors, être considéré comme un contractant ordinaire. Son corps <sup>5</sup> et sa nécessaire protection, sa sécurité non seulement physique mais aussi, bien sur, économique, le respect de son identité propre par le travail puis dans le travail... tous ces éléments seront pris en compte par ce droit nouveau pour aboutir à la construction d'une véritable identité collective liée essentiellement à la reconnaissance de droits homogènes et uniformes au profit de l'ensemble des travailleurs.

Le Contrat de Travail à temps plein et à durée indéterminée constitue la véritable "clé de voûte" de la socialisation par le travail débouchant sur la reconnaissance de cette identité professionnelle <sup>6</sup>.

A partir des années 70, la nature même du droit du travail va se trouver fondamentalement modifiée, les politiques dites de "flexibilisation" ou de "déréglementation" des relations de travail aboutissant à une très large diversification de la situation juridique des salariés <sup>7</sup>.

Ce phénomène peut, sans doute, s'expliquer partiellement par le développement du droit conventionnel du travail <sup>8</sup> mais c'est surtout, la création par l'Etat de nouvelles formes

- 
- <sup>1</sup> - Cf. M. Despax, "Le droit du travail", Que sais je ? n° 1268, PUF, Octobre 1996, 8<sup>ème</sup> édition.  
Barret, "Histoire du travail", Que sais je ? n° 164, PUF  
P. Virton, "Histoire et politique du droit du travail", Bibliothèque de la recherche sociale, 1968  
Bouvier-Ajam, "Histoire du travail en France depuis la Révolution", LGDJ 1968  
G. Lefranc, "Histoire du travail et des travailleurs", Flammarion, 1975.  
Parias (sous la direction de ...), Histoire générale du travail, NLF, 1959, 4 vol.
  - <sup>2</sup> - Cf. Cl. Nicolet, "Le radicalisme" PUF 1974, p. 54.
  - <sup>3</sup> - Sur cette idée, on lira : R. Castel, "Les métamorphoses de la question sociale", Fayard, 1996.  
A. Supiot, "Critique du droit du travail", PUF, 1994  
C. Dubar, "La socialisation", PUF, 1991.
  - <sup>4</sup> - Cf. J-M Lattes, "Le travail, objet de propriété ?", Actes du colloque "Propriété et Révolution", Edition CNRS/Université Toulouse 1, Février 1991, pp. 221 à 229.
  - <sup>5</sup> - Cf. J-M Lattes, "Le corps du salarié", Colloque "Le corps saisi par le Droit", Centre de Droit médical de l'Université Toulouse 1, 3 Décembre 1996, Actes en cours de publication.
  - <sup>6</sup> - Il convient de constater ici que le rapport contractuel fortement imprégné d'individualisme dans le code civil s'organise autour de logiques fondamentalement différentes en droit du travail. Si, à l'origine, le contrat de travail apparaît comme l'expression nécessaire d'un lien individualisé entre un employeur et un salarié, il devient progressivement une sorte de passage obligé permettant d'accéder à un droit des travailleurs défini collectivement.
  - <sup>7</sup> - Cf. A. Jeammaud, "Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise" in Dt Soc. 1988, p. 583.
  - <sup>8</sup> - Ce sont, le plus souvent, des accords d'entreprise qui illustrent ce type d'évolutions.

d'emplois pouvant être qualifiées "d'atypiques" <sup>9</sup> qui conduit à l'émergence d'un véritable droit du travail à deux vitesses.

Ainsi à côté d'un droit du travail qui, souvent protecteur... on voit se constituer une sorte de "deuxième marché du travail" remettant en cause ses fondements juridiques traditionnels et soumettant certains groupes sociaux à une précarité économique ne respectant plus jusqu'à leur sécurité physique <sup>10</sup>.

Cette remise en cause, parfois brutale, de sécurités acquises peu à peu participe à la réduction de la capacité d'intégration sociale du droit du travail. Chaque salarié est désormais doté d'une situation juridique individualisée et variable qui dépend, à la fois, de la branche d'activité et de l'entreprise à laquelle il appartient et du type de contrat dont il bénéficie.

Nul doute que cette orientation contemporaine du droit du travail conduit à un affaiblissement évident de "l'identité collective" des salariés, certains d'entre eux se trouvant isolés dans des emplois "fragiles et atypiques" destinés avant tout à lutter contre le chômage grâce à des outils juridiques discriminatoires.

En réservant certaines catégories d'actions sociales à des groupes de personnes bien identifiées et en grande difficulté <sup>11</sup>, le législateur a introduit dans les dispositifs contractuels une sorte "d'émiettement" du cadre juridique de la relation de travail. On a vu ainsi réapparaître l'identité individuelle du salarié au détriment de l'identité collective des travailleurs.

Le droit du travail, droit de la protection des salariés, devient peu à peu un droit de l'emploi. Cette mutation s'accompagne de la remise en cause des fondements même de la matière. La nature humaine de la personne du salarié n'est plus prise en compte, le droit social se focalisant de manière exclusive sur le problème du coût de la relation professionnelle. C'est désormais l'intérêt économique de l'entreprise qui domine, l'objectif majeur étant la création d'emplois.

Le travail redevient - comme au 19<sup>e</sup> siècle - une simple marchandise ou un simple "rapport technique de protection" perdant ainsi sa fonction, pourtant essentielle, de support privilégié de l'inscription de l'homme dans une structure sociale.

On ne peut douter, en effet, que l'association d'un travail stable et d'une insertion relationnelle solide constitue les principales caractéristiques d'une véritable intégration alors que l'absence de participation à une activité productive cumulée avec un isolement relationnel participent à la mise en place de l'exclusion <sup>12</sup>.

Le devenir de notre droit du travail constitue un des débats majeurs de notre société. Allons nous connaître, avec le changement de siècle, la disparition des sociétés fondées sur le travail, le droit accompagnant cette mutation... ou, à l'inverse, le travail sera-t-il peu à peu relégitimé dans sa fonction fondamentale d'insertion sociale et professionnelle ? <sup>13</sup>

Dans son rapport relatif au "travail dans vingt ans" <sup>14</sup>, Jean Boissonnat souligne les 3 grandes fonctions du travail dans notre société contemporaine tout en mesurant l'ampleur de leurs évolutions.

<sup>9</sup> - Travail à durée déterminée, à temps partiel, temporaire ou intermittent...

Cf. J. Pelissier, "La relation de travail atypique", *Dt Soc.* 1985, pp. 531 et s.

<sup>10</sup> - Cf. "Souffrances et précarités au travail", *Paroles de médecins du travail. Alternatives sociales*, Syros, 1994.

<sup>11</sup> - ... jeunes sans formation ou avec une qualification inadaptée, femmes justifiant d'une situation de famille difficile, chômeurs de longue durée, salariés âgés.... Cf. JM. Lattes, "Handicap et insertion professionnelle", *Mélanges Boyer*, Presse de l'Université Toulouse 1, 1996, pp. 347 à 363.

<sup>12</sup> - Cf. J-M Lattes, "Sécurité Sociale et exclusion : du Plan Larroque au Plan Juppé", *Mélanges Vincens*, Presses de l'Université Toulouse 1, 1997.

<sup>13</sup> - Cf. 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.

<sup>14</sup> - J. Boissonnat, "Le travail dans vingt ans", Rapport du Commissariat général du Plan, Editions Odile Jacob, Octobre 1995.

Ainsi, la fonction de production du travail a été très largement modifiée par le développement économique et ses nouvelles orientations, les travailleurs ayant peu à peu "basculés" de la production vers les services.

La deuxième fonction du travail, la rémunération du travailleur, a connu - elle aussi - de profondes transformations. La part des revenus "directs" du travail n'a pas cessé de diminuer au cours de ces dernières années au point que désormais les prestations sociales fournissent à la population, une part importante de revenus pouvant être qualifiés de "libres".

C'est cependant la troisième fonction du travail considéré comme moyen d'insertion sociale et d'épanouissement personnel qui se situe au centre de notre analyse. Si l'entreprise ne constitue pas - loin s'en faut - le seul lien susceptible de permettre une véritable intégration sociale, son rôle s'est cependant largement développé jusqu'à devenir dominant du fait des deux fonctions du travail précédemment énoncées. Il n'en reste pas moins que c'est l'absence de cette troisième fonction du travail qui renforce le sentiment d'exclusion du demandeur d'emploi.

La nature même du travail humain a évolué au cours des siècles. Le droit ouvrier au 19<sup>ème</sup> siècle, puis le droit du travail ... aujourd'hui peut-être "le droit de l'emploi" ... ont participé à la structuration de ces évolutions. Si l'insertion professionnelle a constitué une des bases de la réflexion des pères fondateurs de notre système social, les grandes orientations du droit contemporain semblent se détacher de cette vocation première du fait de la pression des difficultés économiques.

Il convient donc de tenir compte de cette évolution pour évoquer la réalité de la fonction d'insertion du droit du travail. Le droit du travail, droit de la protection du salarié, constitue un vecteur évident de l'insertion professionnelle (Partie I).

Le "droit de l'emploi" en réduisant l'activité salariée à la vision purement économique d'Adam Smith et à sa conceptualisation du "marché du travail" abandonne cette fonction centrale au profit d'autres logiques moins impliquées dans le devenir de l'homme. Loin de favoriser l'insertion, il écarte le salarié de l'idée de professionnalisation (Partie II).

## **Partie 1 : La mise en place du droit du travail : de la simple protection du salarié ... à sa participation à la vie de l'entreprise**

Les rapports sociaux vont connaître, au début du 19<sup>e</sup> siècle, une orientation juridique purement civiliste. La perception résolument "marchande" des rapports employeurs - salariés va écarter de fait, toute idée d'insertion professionnelle<sup>15</sup>.

Les dégâts provoqués par cette situation de vide juridique vont déboucher sur une première étape juridique destinée, avant tout, à sauvegarder la situation "physique" du salarié ou, au moins, à réparer les atteintes qu'il subit dans son activité professionnelle<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> - Cf. 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 (première approche)", RTDC, 1974, pp. 229 et s.

P. Durand, "Le particularisme du droit du travail", Dt. Soc. 1945, pp. 208 et s.

G.H. Camerlynck, "L'autonomie du droit du travail", D. 1956, chr. 23

<sup>16</sup> - 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 de la loi Le Chapelier des 14 - 17 Juin 1791 qui condamne les "coalitions patronales et ouvrières". Ces textes vont organiser le libre achat du travail humain en écartant tout contre pouvoir, la création de syndicats étant interdite.

Cf. Sur les effets juridiques de ces textes :

P. Virton, "Histoire et politique du droit du travail", Bibliothèque de la recherche sociale, 1968, pp. 24 et s.

J. Le Goff, "Du silence à la parole (Droit du travail, Société, Etat)", Calligrammes, La Digitale, 1985.

Dans un troisième temps, enfin, le droit du travail va faire du salarié un acteur majeur de l'activité professionnelle. Sa présence dans l'entreprise sera pleinement reconnue et valorisée au point que l'on parlera - lors de l'ultime étape de cette évolution - de "citoyenneté dans l'entreprise". Le droit du travail joue alors un rôle moteur dans l'insertion professionnelle du salarié au sein d'un vecteur majeur de sociabilité : l'entreprise !<sup>17</sup>

### 1 - La domination du droit civil et de la notion de "travail marchandise"

La naissance et la mise en place du droit du travail vont dépendre - très largement - de l'abandon progressif de Principes juridiques purement civilistes.

Ainsi, le Code Civil de 1804<sup>18</sup>, directement inspiré par les orientations prises par le législateur Révolutionnaire, va maintenir le travail humain dans la catégorie réductrice des simples marchandises susceptibles d'être achetées et vendues en toute liberté.<sup>19</sup>

Il est significatif de constater, à la lecture de ce document, que seuls deux articles sont consacrés au "contrat de louage de services".

L'objectif poursuivi par les codificateurs napoléoniens reste ici, avant tout, 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<sup>20</sup>.

Dans la logique juridique développée pendant la période révolutionnaire et qualifiée par certains de "bourgeoise"<sup>21</sup>, le Code Civil s'efforce de protéger "les propriétaires" tout en leur garantissant une main-d'oeuvre bon marché... "la valeur travail" restant noyée dans le droit commun de la propriété.

Le contrat dit de "louage de services"<sup>22</sup> est purement et simplement assimilé à un contrat civil et, même si quelques limites sont fixées pour interdire tout retour à l'esclavage<sup>23</sup>, la protection juridique du propriétaire est consacrée<sup>24</sup> au delà même du respect du principe de l'égalité juridique entre les personnes<sup>25</sup>.

---

J.D. Reynaud, "Les syndicats en France", Ed. du Seuil, 1975, tome 1, pp. 6 et s.

F. Braudel et E. Labrousse (sous la direction de ...), "Histoire économique et sociale de la France", tome III, 1789 - 1980, PUF 1976, pp. 10 et s.

J.M. Lattes, "Révolte et création juridique en Droit du travail (de l'évolution du droit de grève...)", Actes du colloque "Révolte et société", publications de la Sorbonne, 1989, pp. 131 et s.

B. Teyssié, "Grève dans le secteur privé", Jurisclasseur Travail, fasc. 70 - 10

L. Jullian, "Y a-t-il eu une protection sociale sous la Révolution ?", Revue de l'Economie sociale, Mars 1989, pp. 27 et s.

<sup>17</sup> - Cf. Naissance du Code Civil, Préface de François Ewald, Paris, Flammarion, 1989.

<sup>18</sup> - Cf. A. Lebigre, "Inégalités sociales et droit pénal", Mélanges Imbert, PUF, pp. 357 et s.

Saleilles, "Introduction à l'étude du droit civil allemand", 1904, pp. 20 et s.

<sup>19</sup> - Art. 1779.

<sup>20</sup> - Art. 1780 : "On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée".

<sup>21</sup> - Art. 1781 : "Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité de ses gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante".

<sup>22</sup> - H. Battifol, "Signification de l'égalité pour la philosophie du droit", LGDJ, 1976, pp. 447 et s.

<sup>23</sup> - L'influence d'Adam Smith sur les fondateurs de "l'école libérale", en particulier Ricardo et Say, se retrouve très largement dans la pensée française de l'époque. "Le devoir de travailler" contenu dans "l'Emile" de J. J. Rousseau ("... hors de la société, l'homme isolé ne devant rien à personne, a droit de vivre comme il lui plaît ; mais dans la société où il vit nécessairement au dépens des autres, il leur doit en travail le prix de son entretien, cela sans exception. Travailler est un devoir indispensable à l'homme social..." in Emile ou l'éducation, Flammarion, GF, pp. 253 et s.) débouche dans les nouveaux textes sur l'assimilation de la valeur travail à un bien susceptible de rattachement au droit de propriété et cela au même titre que la terre ou le capital.

Cf. G. Incorvati, "La force de la législation contre la force des choses ?", Rousseau et le droit civil de la Révolution, Actes du colloque d'Orléans de 1986, "La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?" PUF, 1988, pp. 3 et s.

Voir par ailleurs : A. Smith, "Recherches sur les causes de la richesse des nations", CF, Flammarion, 1991.

<sup>24</sup> - Cf. J. Savatier, "Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée", Mélanges René Savatier, Dalloz, 1965, pp. 863 et s. ou "Pouvoir patrimonial et direction des personnes", Dt. Social 1982, p. 1.

<sup>25</sup> - Cf. K. Polanyi, "La grande transformation", Paris Gallimard, 1983.

Cette situation ouvre le règne de la théorie de l'autonomie de la volonté, continuité sur le terrain du droit de la réflexion dominante chez les économistes et relative aux bienfaits supposés du libéralisme <sup>26</sup>. De fait, et puisque l'activité économique se confond, dans une large mesure, avec les activités domestiques... il n'apparaît pas nécessaire aux juristes d'organiser l'entreprise comme une collectivité distincte de la communauté familiale.

En outre, l'inégalité économique qui caractérise le rapport qui s'organise entre le travailleur qui loue ses services et l'employeur qui lui propose un travail n'apparaît pas suffisante pour justifier la mise en place d'une réglementation d'un contrat librement conclu <sup>27</sup>.

Ce droit "marchand" du travail <sup>28</sup> demeure bien éloigné de l'idée d'insertion professionnelle. Les rapports entre les partenaires sociaux restent limités à leur dimension économique. On ne peut parler ici de la moindre volonté d'insertion professionnelle du salarié.

## **2 - La mise en place d'un droit de la protection de la personne : de la protection des corps aux prémisses de la protection de la dignité humaine**

Rarement dans notre histoire juridique le décalage entre le droit et la réalité sociale n'aura été aussi important. Quel paradoxe que cette situation où le législateur, pour ne privilégier personne, néglige la protection des faibles ! La misère du prolétariat industriel est révélée par le rapport du docteur Villermé qui, en 1840, dresse le "Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton de laine et de soie" <sup>29</sup>.

Rémunérations dérisoires, conditions de travail harassantes et dangereuses, longues journées de travail, absence de protection des femmes et des enfants, licenciements libres... la liberté juridique organisée par le Code civil se révèle dramatique pour les ouvriers dans cette première moitié du 19<sup>e</sup> siècle <sup>30</sup>.

<sup>26</sup> - Cf. Rapport du docteur Villermé, Union Générale d'Éditions, coll. 10/18, n° 582.

Voir aussi :

E. Dolleaux et G. Dehove, "Histoire du travail en France des origines à 1919" Ed. Domat - Montchrestien, 1953, tome 1, pp. 166 et s.

<sup>27</sup> - P. Ourliac, "Le droit social au Moyen-Âge" Mélanges J. Imbert, PUF, pp. 447 et s.

<sup>28</sup> - Cette évolution est reprise par une partie de la doctrine juridique de l'époque qui tente d'élaborer de nouveaux Principes plus compatibles avec le monde industriel de l'époque. Voir en particulier :

M.E. Chatelain, "Esquisse d'une nouvelle théorie sur le monde de travail conforme aux principes du Code Civil", Revue Trimestrielle de droit civil, 1904, p. 388.

Radbruch, "Archives de philosophie du Droit", 1934, p. 388.

P. Rongere, "Rôles et conflits de rôles en Droit du travail. Réflexions sur la jurisprudence", Etudes André Brun, Librairie Sociale et Economique, 1974, pp. 451 et s.

P. Deschanel, "La question sociale", Calmann Lévy, 1898

E. Menu de Saint Mesnin, "L'ouvrier. Autrefois et aujourd'hui", Hachette, 1886.

<sup>29</sup> - Cf. L.H. Parias (dirigé par ...), "Histoire générale du travail", Nouvelle Librairie de France, t. 3 1964, pp. 40 - 41.

E. Buret, "De la misère des classes laborieuses en France et en Angleterre", Paris, 1840, t. I, pp. 120 et s.

P. Leroy-Beaulieu, "De l'état moral et intellectuel des populations ouvrières et de son influence sur les taux de salaires", Guillaumin, 1868.

R. Noiriel, "Les ouvriers dans la société française", Le Seuil, 1986, pp. 18 et s.

A. de Tocqueville, "Mémoire sur le paupérisme", Cherbourg 1835 in Revue Internationale d'action communautaire, n° 16/56, 1986, pp. 27 et s.

Levasseur, "Histoire des classes ouvrières" Hachette 1868, pp. 434 et s.

Guerneau, "La législation restrictive du travail", Revue d'Histoire Economique et Sociale, 1927, pp. 676 et s.

<sup>30</sup> - Pour l'idéologie libérale de l'époque, l'intervention de l'Etat dans le jeu économique se révèle fondamentalement contre nature et intrinsèquement dangereuse. Les premiers mouvements

Il devient indispensable de "désentraver" le droit social. L'abandon de la logique purement civiliste de l'organisation des rapports professionnels ainsi que la reconnaissance du particularisme du contrat de travail apparaissent comme les voies indispensables à la mise en oeuvre d'un droit protecteur de l'ouvrier<sup>31</sup>.

Il convient cependant de ne parler, dans ses prémisses, que d'un droit du travail "humanitaire" destiné à préserver les ouvriers des atteintes physiques et morales les plus choquantes<sup>32</sup>. Il s'agit avant tout de protéger les corps, il ne peut être question de les libérer<sup>33</sup>.

L'apport du rapport Villermé est ici essentiel. Il introduit l'idée que le salarié, pour réaliser sa prestation, recourt à un engagement physique... l'employeur n'achetant pas simplement une "quantité de travail" mais aussi "une forme de pouvoir sur une personne productive"<sup>34</sup>.

De la reconnaissance de ce fait 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 salariés de l'emprise excessive du pouvoir patronal<sup>35</sup>. En interdisant le travail des enfants de moins de 8 ans, le droit va prendre acte de leur impossible insertion dans un dispositif industriel. Les textes qui prolongent ces premières orientations participent à ce mouvement. Ainsi, la loi du 22 février 1851 va porter sur "l'utilisation des contrats d'apprentissage" alors que la loi du 19 mai 1874 réglementera "le travail des enfants et des filles mineures dans l'industrie". Il est possible, à ce stade, de tirer un certain nombre d'enseignements sur la naissance du droit social. Les premières lois sociales ne concernent que quelques catégories de salariés considérés comme particulièrement exposés<sup>36</sup>. Leur champs d'application est limité à certaines entreprises<sup>37</sup> et le pouvoir de l'employeur n'est pas fondamentalement remis en cause. De fait, on ne peut que constater l'omniprésence et l'omnipotence de la logique économique dans cette tentative de régulation des rapports sociaux.

---

ouvriers, les fondateurs du socialisme utopique, les catholiques sociaux... vont participer à son évolution. Souhaitant se concilier les milieux ouvriers, les penseurs libéraux vont peu à peu admettre une intervention publique "à la marge" destinée à limiter les abus les plus choquants.

Voir sur ce thème :

G. Lefranc, "Histoire des doctrines sociales de l'Europe contemporaine", Aubier-Montaigne, 1966.

R. Lavolle, "Les classes ouvrières en Europe", Paris, 1896, tome III, pp. 61 - 62.

G. Noirel, "Les ouvriers dans la société française - XIXe, XXe siècle, Seuil, 1986.

J.M. Lattes, "L'encyclique Rerum Novarum et son influence sur la mise en place du droit du travail au XXème siècle", Actes du colloque " Lourdes ou l'appel des pauvres", Symposium sur la doctrine sociale de l'église, Ed. Mame, 1991, pp. 127 à 142.

E. Bernstein, "Les présupposés du socialisme", Seuil, 1974.

<sup>31</sup> - A. Supiot, "Le juge et le droit du travail", Thèse Bordeaux, 1979, pp. 88 et s.

<sup>32</sup> - Cf. Loi du 22 mars 1841 relative "au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers".

<sup>33</sup> - Seuls les enfants et les jeunes filles sont véritablement pris en compte par ces textes.

<sup>34</sup> - Ils ne concernent, en effet, que les structures privées, les manufactures utilisant des moteurs, les ateliers de plus de 20 salariés et les lieux consacrés à la production. Ils ne portent pas, par exception, sur les ateliers de famille, ouvriers et orphelinats.

<sup>35</sup> - Le critère de "la subordination" se situe au coeur de la reconnaissance d'un véritable statut du salarié. Ce n'est sans doute pas un hasard si la précarité sociale contemporaine s'accompagne d'une remise en cause, au moins partielle, de ce concept. On lira sur ce point :

Costes, "Essais sur la nature juridique du contrat d'entreprise" Thèse Toulouse, 1913.

M. Despax, "L'entreprise et le droit", LGDJ, 1957.

I. Vacarie, "L'employeur", Thèse, Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, 1980.

T. Aubert-Monpeyssen, "Subordination juridique et relation de travail", Editions du CNRS, 1988.

A.M. Estève, "La nature du prolétariat et les révisions de sa définition dans le mouvement ouvrier. Tentative d'évaluation du prolétariat en France de 1866 à 1972", Thèse Grenoble 1976.

<sup>36</sup> - Sur les débats parlementaires, et sur les orientations du texte, il peut être utile de se reporter au rapport introductif aux débats parlementaires in Dalloz, IV, 1864, p. 66.

<sup>37</sup> - Sur les réserves exprimées sur ce texte par les syndicalistes eux-mêmes, on se reportera à : H. Lagardelle, "L'évolution des syndicats ouvriers en France" Thèse, Paris, 1904.

La fin du 19<sup>ème</sup> siècle va permettre d'aller beaucoup plus loin que cette première approche. L'intensité des débats de l'époque témoigne des difficultés rencontrées par les juristes pour se dégager de l'emprise des doctrines ultra-libérales. Le rôle de l'Etat est au centre de ses réflexions.

Doit-il préserver l'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 à l'équilibrage des rapports professionnels ? Malgré la résistance des responsables économiques tentant de maîtriser la progression du social en la maintenant le plus près possible de ses racines civilistes, on voit se mettre en place - très progressivement - les éléments indispensables à une nouvelle perception de la nature même des rapports de travail.

Au delà du contrat liant l'employeur au salarié et des conséquences juridiques de son application, le droit du travail organise la reconnaissance de l'existence d'un véritable statut de l'ouvrier. L'Etat se doit d'organiser la responsabilité de la régulation de rapports sociaux destinés à compenser l'inégalité structurelle dans laquelle se trouve le salarié placé en situation de "subordination"<sup>38</sup> vis-à-vis de l'employeur.

Un rapide survol des textes mis en place entre 1860 et 1936 permet de mesurer le sens de cette évolution.

Face à la montée de revendications ouvrières collectives, deux textes vont sembler organiser une forme de reconnaissance du "fait syndical". Ainsi la loi du 25 mai 1864<sup>39</sup> sur les coalitions comme celle du 21 mars 1884<sup>40</sup> sur les syndicats vont apparaître comme les actes fondateurs du syndicalisme en France. Il est évident que l'historien du droit peut trouver dans ces références les premiers éléments ayant participé à l'organisation de la représentation du personnel dans notre pays. Pourtant de nombreuses réserves doivent permettre de mesurer les limites de leur effectivité.

Ainsi, en supprimant le délit de coalition, la loi de 1864 ne reconnaît, en fait, ni le droit de grève, ni le droit de réunion. La loi de 1884, de son côté, est censée réconcilier le droit avec le constat de la réalité des faits. Pourtant, le syndicat ne se voit reconnaître aucune existence légale dans l'entreprise et la liberté syndicale n'est pas garantie par des sanctions efficaces à l'encontre des employeurs réfractaires. Il convient, malgré tout, de constater que la conception du "travailleur collectif" commence à s'imposer au législateur, aux lieu et place du travailleur isolé.

La période 1880 - 1936 va constituer le grand tournant de cette nouvelle évolution. Progressivement le salarié va se voir reconnaître une véritable identité, le social constituant peu à peu une question dominante de la réflexion politique au même titre que l'économie.

Le droit du travail acquiert une véritable autonomie en développant sa propre logique de fonctionnement.

Plusieurs domaines permettent d'illustrer cette nouvelle perception des rapports de travail.

- Le régime juridique des relations individuelles entre employeurs et salariés va se dégager lentement de son carcan civiliste. La loi du 27 décembre 1890 précise, dans un premier temps, que "la résiliation du contrat par la volonté d'un seul peut donner lieu à des dommages-intérêts". Ce texte remet en cause le risque de rupture abusive de la relation de travail subi par le salarié en intervenant pour la première fois dans le champ contractuel.

<sup>38</sup> - Si les effets de la loi seront immédiatement remis en cause par la Cour de Cassation, la jurisprudence dans un arrêt Gagner et autres confirmera par la suite la nature originale de la relation de travail. Cf. C. Cass. du 8/01/1907, Dalloz, p. 422. La loi du 19 juillet 1928 vient, par la suite, renforcer la mise en cause du caractère discriminatoire de la rupture du contrat de travail.

<sup>39</sup> - B. Mattei, "La normalisation des accidents de travail", Les Temps Modernes 1976, pp. 988 et s. Duliin, "L'hygiène et la sécurité du travail", Thèse Lyon, 1903. F. Ewald, "L'Etat providence", Grasset, 1986.

<sup>40</sup> - Cf. Dalloz, 1910, IV, p. 105. On notera ici que la loi de codification de 1910 va consacrer officiellement et définitivement, dans son titre II, la notion même du "contrat de travail". Voir aussi : Dupin et Desvaux, "Précis de législation ouvrière et industrielle", Dunod, 1912.



Il jette ainsi les bases de la reconnaissance de la subordination comme élément caractéristique du statut de l'ouvrier<sup>41</sup>.

La loi du 9 avril 1898 relative aux accidents de travail et à leur régime de réparation confirme cette orientation en réservant son application "aux ouvriers et employés"<sup>42</sup>.

L'identité propre du droit du travail se trouve confirmée dans la loi de codification de 1910<sup>43</sup>. L'ouvrier ne peut plus être considéré comme un simple "vendeur de travail". Il est, à la fois, "corps et esprit" et le contrat de travail n'est pas un contrat comme un autre.

- La simple protection du "corps du salarié" est, elle aussi, remise en cause<sup>44</sup>. En instituant le repos hebdomadaire par la loi du 13 juillet 1906 puis en satisfaisant avec la loi du 23 avril 1919 la vieille revendication de la "journée de 8 heures", le législateur va aller au delà du simple "repos des corps" pour introduire une nouvelle dimension : celle de la détente et des loisirs.

C'est un véritable "droit à l'existence" au sens large qui est peu à peu reconnu. L'ouvrier n'est plus considéré comme un "simple corps", il apparaît désormais comme un être de besoins à la fois matériels et culturels.

Le droit du travail introduit la dimension humaine du salarié au coeur de la relation professionnelle<sup>45</sup>.

- L'équilibre même des relations de pouvoir qui s'organisent dans l'entreprise est concerné par ces mutations progressives. Le début du 20ème siècle emporte les derniers vestiges du paternalisme. La conscience ouvrière ne peut plus accepter des pratiques de sollicitude et de charité fondées sur une perception infantilissante de la classe laborieuse. L'enjeu est ici, pour l'employeur, d'organiser un rapport de dépendance morale allant à l'encontre de l'indépendance individuelle et de la liberté du salarié.

Cette pratique paternaliste s'accompagne de la mise en place d'un rapport créancier/débiteur, le salarié étant incité à consommer à l'économat de l'entreprise.

Le droit nouveau du travail va progressivement limiter ces débordements du pouvoir patronal. La loi du 2 juillet 1890 va supprimer le livret ouvrier<sup>46</sup> alors que les lois du 7 décembre 1909 et du 25 mars 1910 vont prohiber les économats.

<sup>41</sup> - J.M. Lattes, "Le corps du salarié", op. cit.

G. Etienne, "Utilisation des loisirs des travailleurs", Belin, 1935.

<sup>42</sup> - Sur l'ensemble de cette question relative à la perception juridique du corps du salarié, on lira :

J.P. Baud, "L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps", Seuil 1993.

F. Meyer, "Le corps humain en droit du travail", Thèse Strasbourg, 1985.

T. Revet, "La force de travail" Préface F. Zenat, LITEC 1992.

I. Rouzet, "Le contrôle de l'utilisation de la force de travail", Thèse Paris II, Décembre 1996.

G. Lyon-Caen, "Défense et illustration du contrat de travail", Archives de philosophie du droit, T. 13, Sirey 1968, pp. 59 et s. ou "Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail, Hommage à Paul Horion", Liège 1972, pp. 173 et s.

A. Jeammaud, "Les polyvalences du contrat de travail", Etudes Lyon-Caen, Dalloz 1989, pp. 303 et s.

<sup>43</sup> - Cf. M. Sauzet, "Le livret obligatoire des ouvriers", Paris 1890, p. 14.

<sup>44</sup> - La proposition de loi "dite FERROUL", déposée en 1892, propose d'interdire les amendes ainsi que l'affichage des règlements intérieurs qui n'auraient pas, au préalable, été approuvés par une commission mixte employeurs/ouvriers. Il faut attendre une loi du 7 décembre 1909 sur "le paiement des salaires" et, surtout, une loi du 9 février 1932 pour que ces survivances "féodales" soient véritablement remises en cause au moins dans leur principe. Cf. :

P. Pic, "Traité de législation industrielle, 1912, p. 826.

Cuche et Capitant, "Manuel de législation industrielle", 1921

Desroys du Roure, "Les règlements d'atelier et le contrat de travail", Thèse Paris, 1920.

A. Melucci, "Action patronale, pouvoir, organisation", Le Mouvement Social, n° 97 oct. - déc. 1976, p. 157.

<sup>45</sup> - L'objectif du texte est ici, à la fois, de prévenir les conflits et de les régler par des procédures de conciliation et de pacification sociale. Cf. Circulaire du 23 janvier 1893, Dalloz 1893, IV, p. 35.

<sup>46</sup> - Cf. G. Morin, "La révolte des faits contre le Code", Grasset, 1920, p. 52 ou "La décadence de la loi et du contrat", 1927, p. 109. L. Duguit, "Les transformations générales du droit privé", Paris, 1920, p. 135.

Le problème des règlements d'ateliers et des amendes patronales sera à l'origine de débats, parfois violents, et il faudra près de 30 ans pour que soit remis en cause le droit pour l'employeur de fixer librement la loi de son entreprise<sup>47</sup>.

Cette évolution générale s'accompagne de la prise en compte de l'identité collective de la classe ouvrière. Les lois du 27 décembre 1892 relative "au règlement des conflits"<sup>48</sup> et du 25 mars 1919 instituant, pour la première fois, le régime des conventions collectives<sup>49</sup> renforcent l'architecture globale d'un dispositif pouvant être qualifié de "droit des relations sociales".

Il est possible à ce stade, de retirer un certain nombre d'enseignements de ces évolutions. Le code civil de 1804 organise le développement d'un droit étranger et indifférent à la question sociale. La naissance du code du travail en 1910 constitue une forme d'émancipation d'un droit nouveau développant une logique à la fois institutionnelle et statutaire. La notion d'institution<sup>50</sup> permet de justifier la présence syndicale considérée comme l'organe représentatif de la profession. L'entreprise se voit reconnaître, dans cet esprit, une vie propre et autonome.

Le pouvoir de l'employeur ne vient plus du droit de propriété mais sa pleine reconnaissance se justifie par les nécessités du bon fonctionnement de l'ensemble social. Ses droits sur l'entreprise ne sont plus "personnels et absolus" par référence au Code Civil mais "sociaux et relatifs" par référence à une nouvelle logique juridique.

La création d'un véritable statut du salarié illustre la remise en cause par la législation sociale du traditionnel clivage droit privé/droit public. L'autonomie de la volonté est remise en cause dans le contrat de travail où la liberté contractuelle est progressivement réduite par la mise en place d'un véritable statut échappant au jeu des volontés individuelles.

La loi du 20 juillet 1928 réalise la synthèse de cette double évolution institutionnelle et statutaire<sup>51</sup>. Le salarié y apparaît comme rattaché à l'entreprise analysée comme une

<sup>47</sup> - La notion d'institution constitue une des plus grandes inventions de la pensée juridique du début du XX<sup>ème</sup> siècle. Au coeur de la pensée juridique de Maurice Hauriou, cette théorie de l'institution va influencer de manière significative l'évolution de la perception sociale de l'entreprise. Cf. Maurice Hauriou, "Principes de droit public", 1910 ou "La théorie de l'institution et de la fondation in Cahiers de la Nouvelle Journée, 1925, n° 4, p. 2. G. Gurvitch, "L'idée du droit social", Sirey 1931, p. 647 à 710 ou "Le temps présent et l'idée du droit social", Sirey, 1931.

<sup>48</sup> - La loi de 1928 trouve son expression dans l'article L. 122 - 12 alinéa 2 du Code du Travail contemporain qui prévoit que "s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise".

<sup>49</sup> - Sur cette idée, on lira :

J. Donzelot, "L'invention du social", Paris, Fayard, 1984.

R. Castel, "Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat", Fayard, 1995.

A. Cottin, "L'homme au travail", Fayard, 1987

S. Weill, "La condition ouvrière", Gallimard, 1951, p. 188 à 190.

F. Sellier, "Les salariés en France", PUF, 1979

A.M. Guillemard, "Le déclin du social", Le Seuil, 1986.

<sup>50</sup> - La période d'occupation et le régime Vichy s'inscrit comme une véritable rupture dans notre histoire sociale. C'est un retour pur et simple au corporatisme de l'ancien régime que consacre le "droit" de l'époque. Ainsi la Charte du travail du 4 octobre 1941 proclame le devoir de "pratiquer loyalement à l'égard des autres membres de la profession la collaboration et la solidarité". Les syndicats et la grève sont interdits et la main mise de l'Etat sur les entreprises est consacrée.

Cf. M. Olivier, "A propos de la Charte du travail", Droit Social, 1942.

Paxton, "La France de Vichy", Le Seuil, p. 209.

Brethe de la Gressaye in Dt Soc. 1941, p. 5.

<sup>51</sup> - L'histoire du droit du travail est imprégnée de la nécessité de limiter le temps professionnel, au départ dans une optique de protection, ensuite pour ouvrir de véritables plages de "temps libéré". Dans cette logique l'âge d'entrée au travail ne va cesser d'être élevé : 8 ans en 1841, 12 ans en 1874, 13 ans en 1882, 14 ans en 1936, 16 ans en 1959. De même le repos hebdomadaire va être organisé (6 jours de travail en 1906) alors que les jours fériés se développent (fêtes légales

institution ayant son existence propre et cela au détriment du lien qui le place sous l'autorité de l'employeur.

On peut en déduire la remise en cause de la théorie contractuelle du contrat de travail et l'émergence d'une logique statutaire.

### **3 - L'émergence d'un droit du travail, droit autonome de la protection des salariés : des accords Matignon aux lois Auroux**

Le salarié est désormais reconnu comme un être social. Il est, certes, relié à son employeur par un contrat individuel et synallagmatique mais il est aussi le compagnon de travail d'autres salariés tant au niveau de son entreprise qu'au niveau de sa branche d'activité.

Le droit du travail va, dans son évolution, conforter cette identité collective des salariés en renforçant la détermination conventionnelle du droit du travail, en organisant et en protégeant la main-d'oeuvre salariée et en mettant en place une véritable participation des salariés à la vie économique et sociale<sup>52</sup>.

A partir du Front Populaire et jusqu'au début des années 80 vont se former les grands objets contemporains du salarié dans l'entreprise.

Ils participent à une véritable insertion professionnelle du salarié dans l'entreprise.

#### **a - Du Front Populaire à Mai 68 : des progrès non aboutis**

Le Front Populaire incarne, plus que toute autre période de notre histoire sociale, la mesure de cette mutation.

La notion de "salaire de loisir" va permettre au travail de changer de sens.

La libération va confirmer les orientations de 1936 en intervenant dans le domaine de l'action ouvrière collective, en renforçant la négociation et en organisant une véritable protection sociale<sup>53</sup>.

- Le renforcement de la protection individuelle des salariés va consacrer la remise en cause du droit civil des contrats.

La réduction du temps de travail<sup>54</sup> constitue le domaine le plus marquant de cette évolution. Ainsi les lois des 11 et 12 Juin 1936 consacrent la semaine de quarante heures et rendent obligatoire un congé annuel pour tous les salariés. On est loin désormais de la simple intervention destinée à protéger la santé du travail. On cherche à

---

souvent catholiques, 14 juillet et 11 novembre, 1er mai...). Enfin, la durée hebdomadaire et journalière de travail ne va cesser d'être réglementée (10 h à Paris et 11 h en Province en 1848, 8 heures en 1919 pour une semaine de 48 h, 40 heures en 1936, 39 heures en 1982...) et les congés payés vont progressivement s'étendre (12 jours en 1936, 3 semaines en 1956, 4 semaines en 1969, 5 semaines en 1982).

Cf. : M. Despax, "L'entreprise et le droit", LGDJ 1956.

P. Durand, "Traité de Droit du travail", 1947 - 1956, Dalloz

J. Barthélémy, "La durée et l'aménagement des temps du travail", LITEC, Pratique sociale, n° 3, 1989.

M. Collinet, "L'ouvrier français. Essai sur la condition ouvrière (1900 - 1950)", Les Ed. Ouvrières, 1951.

<sup>52</sup> - La loi du 11 février 1950 met en place le salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) avec un salaire correspondant pour l'agriculture.

Cf. Courthéoux, "Le salaire minimum", PUF, 1978.

F. Pippi, "De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social"; Thèse Nice 1964

C. Baudelot et A. Lebeau-pin, "Les salaires de 1950 à 1975", Eco et stat., n° 113, Juillet - Août 1979.

<sup>53</sup> - La loi de 1909 inscrite dans le Code du travail de 1910 (art. 44) précise que les ouvriers payés à l'heure doivent être réglés en totalité chaque mois avec des acomptes de quinzaine - les employés et ouvriers mensuels tous les mois - les VRP au moins tous les trimestres. Un bulletin de paye doit être remis au salarié depuis 1931 alors que la tenue par l'employeur d'un registre est obligatoire depuis 1941.

<sup>54</sup> - Cette protection concerne les créanciers de l'employeur avec la mise en place de "privilèges" au profit du salarié et les propres créanciers de celui-ci avec la mise en place de l'insaisissabilité et de l'incessibilité partielle de la rémunération.

permettre à l'ouvrier de disposer de temps pour qu'il puisse jouir des fruits de son travail.

**La garantie de la rémunération** participe à cette nécessaire protection du salarié. L'autonomie de l'employeur est ici réduite dans la fixation du montant minimal du salaire<sup>55</sup>, quand aux modalités de ce paiement<sup>56</sup> et quand à sa protection<sup>57</sup>. Ce droit à un minimum vital garanti se justifie, à la fois, par la nécessité d'assurer un salaire convenable au salarié tout en le protégeant des aléas de l'existence. L'idée d'insertion se retrouve dans cette garantie qui permet d'éviter que le salarié ne subisse dans son travail des conséquences sur sa propre existence. Le salarié est désormais un véritable "être de besoin" et non uniquement un agent économique. Le salarié est pleinement reconnu comme un individu social responsable, le cas échéant, d'une famille. L'insertion professionnelle permet ici une insertion sociale au sens large du terme. Le salarié n'est plus seulement un travailleur, il bénéficie d'un véritable "statut". Il entre en "condition salariale".

**La cessation du travail**, et son encadrement juridique, confirme et complète ce dispositif. Ainsi, le code du travail n'entraîne que la suspension de contrat de travail<sup>58</sup> alors que la rupture du contrat sera par ailleurs prise en compte<sup>59</sup>.

- Les conditions de travail et de salaire vont faire l'objet d'une **détermination collective**. Cela consacre, à la fois, la redistribution des rôles entre convention collective et contrat de travail et l'organisation de plus en plus juridique de la représentation du personnel de nature syndicale.

La représentation de la collectivité de travail par des salariés syndiqués s'organise peu à peu dans l'ensemble du dispositif social<sup>60</sup>. Les diverses formes prises par cette représentation participent au renforcement de la logique institutionnelle.

De même, le droit conventionnel du travail va être, à plusieurs reprises, renforcé<sup>61</sup>. Cette réglementation collective des conditions de travail constitue le moyen le plus significatif d'amélioration de la situation individuelle du salarié.

<sup>55</sup> - Il s'agit, essentiellement, de la maladie ou de l'accident, de la maternité, de la grève...

<sup>56</sup> - On va cependant, distinguer ici la cessation normale de la relation de travail, la rupture pour faute et le congédiement abusif.

<sup>57</sup> - En 1936, les syndicats "les plus représentatifs se voient reconnaître la capacité de passer des conventions susceptibles de devenir de véritables règlements professionnels. Cette notion se concrétise avec la loi du 11 février 1950 qui énumère 5 critères de représentativité : effectifs, régularité de paiement des cotisations, ancienneté, indépendance par rapport à l'employeur et attitude patriotique sous l'occupation.

Il faudra attendre 1968 pour que la structure syndicale participe à la vie même de l'entreprise.

Cf. Gurvitch, "Le syndicat dans l'entreprise", Seuil, 1968.

J.M. Verdier, "Les syndicats", Traité Dalloz, 1986.

Ajoutons, sur ce point, que la loi du 27 avril 1956 garantit "le libre exercice du droit syndical".

Cf. J.M. Lattes, "Principe de non discrimination en droit du travail", Thèse Toulouse, 1989.

<sup>58</sup> - La loi du 24 Juin 1936 permet à la convention collective d'accéder à la plénitude juridique et sociale par le mécanisme de l'extension. Cf. P. Durand, op. cit., III, p. 441.

La loi du 23 décembre 1946 va restreindre provisoirement le champ d'application des conventions mais la loi du 11 février 1950 relance le droit conventionnel. Le syndicat est largement reconnu comme "le représentant de la profession".

<sup>59</sup> - Cf. Offices publics de placement avec les ordonnances du 24 mai 1945 assurant à l'Etat un quasi monopole du placement, priorités au recrutement des catégories défavorisées (handicapés en 1967...), création du fonds national de l'emploi (loi du 18 décembre 1963 et décret d'application du 24 février 1964), création de l'ANPE (ordonnance du 13 juillet 1967)...

Cf. G. Servat, "L'Agence Nationale Pour l'Emploi", Dt Soc. 1969, p. 586.

Thomas-Balmay, "Le FNE", Dt Soc. 1969.

<sup>60</sup> - Le corps d'inspection est unifié en 1892 pour veiller au respect des lois et exercer une magistrature pouvant être qualifiée de "persuasion". Son rôle fait aujourd'hui l'objet de débats. Cf. M. Crozier, "Etat moderne, Etat modeste", Fayard 1987.

<sup>61</sup> - Un décret du 6 mai 1939 met en place un véritable "statut" du travailleur sans emploi démuné de ressources. Le décret du 27 avril 1945 organise les services départementaux de la main-d'oeuvre alors que le décret du 12 mars 1951 assure une fusion complète entre les services de la main d'oeuvre chargés du placement et l'aide matérielle aux travailleurs sans emploi. L'arrêté ministériel du 12 mai 1959 réalise l'extension de la convention d'assurance-chômage du 31 décembre 1958. L'UNEDIC est créée. Sa structure administrative et ses principes de

En cela, elle participe à l'amélioration de l'insertion professionnelle du salarié dans l'entreprise.

- **L'organisation et l'emploi de la main-d'oeuvre** sont désormais pris en compte par la force publique. Le placement <sup>62</sup>, l'inspection du travail <sup>63</sup>, les aides aux chômeurs <sup>64</sup>, la formation professionnelle <sup>65</sup>... tout cela participe au maintien du salarié dans une structure professionnelle en préservant sa situation en cas de difficultés parfois passagères.

- Avec la mise en place d'une véritable participation des salariés à la vie économique et sociale, c'est un pas vers la reconnaissance de leur citoyenneté qui est franchi.

Avec les comités d'hygiène et de sécurité, les salariés participent à la protection de leur propre sécurité <sup>66</sup>. En devenant délégués du personnel, ils assistent leurs collègues dans la présentation des réclamations individuelles <sup>67</sup>. Par l'institution des Comités d'entreprise, ils interviennent dans la gestion des oeuvres sociales et sont consultés et informés sur la bonne marche économique de leur entreprise <sup>68</sup>. Enfin, l'intéressement et la participation lui permettent de profiter, pour une part aux bénéfices et plus-values de l'entreprise <sup>69</sup>.

Enfin, l'intervention de la collectivité des salariés permet de ne pas se limiter au seul cadre de l'entreprise. Par leur présence dans les organisations professionnelles et interprofessionnelles <sup>70</sup>, par leur rôle dans le traitement des conflits individuels au

---

fonctionnement seront largement modifiés par les ordonnances du 13/07/1967.

<sup>62</sup> - La loi du 23 juillet 1957 donne aux salariés le droit à des "congés éducatifs" non rémunérés alors que la loi du 31 juillet 1959 constitue une sorte charte de la promotion sociale des adultes. La grande loi cadre du 3 décembre 1966 fait une obligation nationale de la formation et de la promotion des salariés.

<sup>63</sup> - La loi du 30 octobre 1946 sur "la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles" accorde la préséance de la prévention sur la réparation. La loi du 11 octobre 1946 va, par la suite, créer la Médecine du Travail investie d'une mission de prévention élargie alors que le décret du 1er août 1947 permet aux représentants des salariés de participer à la mise en oeuvre d'une stratégie de prévention par le moyen des Comités d'Hygiène et de Sécurité. Cf. J.M. Lattes, "Le corps du salarié", op. cit. . G. Friedmann, "L'adaptation des machines à l'ouvrier", Revue Française du Travail, Janvier 1947, p. 17. Docteur Sivadon, "Problèmes d'hygiène mentale posés par le travail industriel", Dt Soc. 1957, p. 482.

<sup>64</sup> - La loi du 24 juin 1936 relative aux conventions collectives susceptibles d'extension prévoit l'institution de délégués ouvriers qui seront transformés en délégués du personnel à la Libération. Cf. J. Cayeux, "Le statut des délégués du personnel", Thèse Paris 1939. P. André, "Les délégués du personnel", Thèse Paris 1938.

<sup>65</sup> - Les Comités d'Entreprise sont mis en place par l'ordonnance du 22 février 1945 modifiée par les lois du 16 mai et du 18 juin 1966. Cf. M. Cohen, "Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe", LGDJ, 1991.

<sup>66</sup> - L'ordonnance du 7 janvier 1959 offre des formules de participation des travailleurs soit aux résultats, soit à l'accroissement de la productivité. Un accord entre les salariés et l'employeur doit être passé pour sa mise en oeuvre. La loi du 12 juillet 1965 renforce cette première approche en mettant en place des exonérations fiscales. Enfin, les ordonnances du 17 août 1967 organisent les premières mesures d'obligations.

Cf. "L'intéressement des travailleurs", Dt. Soc. Sept. 1967. M. Despax, "Les accords de participation", Dt. Soc. 1969, p. 378.

<sup>67</sup> - Cette participation est significative dans la négociation des Conventions de branche (loi de 1950), lors de la mise en place de la sécurité sociale par la part prise à la gestion des trois branches (ordonnances du 21 août 1967) et dans le fonctionnement de l'assurance-chômage (ordonnances du 13/07/1967).

<sup>68</sup> - Cf. J. Villebrun et G.P. Quetant, "Traité de la juridiction prud'homale", LGDJ 1987 - 1992 (2 tomes). P. Estoup, "La pratique de la juridiction prud'homale", LITEC, 1991.

<sup>69</sup> - Cf. sur cette idée : A. Tourraine, "La société post-industrielle", Denoël, 1969. De Certeau, "La prise de parole", Seuil, 1968.

Sudreau, "La réforme de l'entreprise, Rapport - Doc Française 1975.

J. Savatier, La "révolution de mai" et le droit du travail", Droit Social, Juillet 1968, p. 443.

<sup>70</sup> - Ce texte met en place le délégué syndical désigné par la section. On permet désormais à un représentant des salariés, mais aussi de structures "extérieures" à l'entreprise, de peser - par la négociation - sur la stratégie gestionnaire de ses dirigeants.

Cf. J.M. Verdier, "Le Droit syndical dans l'entreprise", Dalloz, 1979. M. Despax, JCP 1969, I -

niveau des Conseils de Prud'hommes <sup>71</sup>... les salariés démontrent que le rôle que leur attribue le droit du travail n'est pas limité au cadre étroit de l'entreprise.

Pourtant cette évolution peut sembler inachevée ! De 1936 à 1968 se met en place ce qui apparaîtra comme le particularisme du droit du travail. La situation du salarié a évolué vers l'affirmation d'une notion statutaire même si certaines limites demeurent.

Ainsi l'arbitraire patronal n'est pas remis en cause du fait de l'absence d'un véritable droit disciplinaire organisant, en particulier, la maîtrise juridique du droit de licencier.

De même la protection des représentants des salariés, la sécurité des salariés dans leurs activités, l'absence d'expression de ces derniers dans leur travail... constituent des éléments perfectibles qui témoignent des progrès susceptibles d'être réalisés pour conforter l'insertion professionnelle du salarié-acteur dans l'entreprise.

#### **b - Des Accords de Grenelle aux réformes Auroux : la mise en place progressive d'une véritable citoyenneté du salarié dans l'entreprise**

**La période 1968 - 1983** va répondre très nettement à nos réserves. De l'idée d'insertion professionnelle, il nous faut faire émerger la notion de citoyenneté pour mesurer l'importance des réformes sociales organisées sur une quinzaine d'années.

Les événements de **Mai 1968** vont jeter les bases d'une nouvelle évolution de notre législation sociale. Les salariés revendiquent la prise en compte de leur identité y compris dans l'entreprise. Les derniers vestiges de l'idéologie patrimoniale se heurtent à une volonté forte d'institutionnaliser les relations de pouvoir.

Les années 60 se caractérisent, sur le terrain social, par l'apparition d'une nouvelle demande portant sur la citoyenneté. Les salariés veulent se voir reconnaître, dans l'entreprise, la capacité de jouir des garanties fondamentales constitutives de "l'état de droit".

Cette évolution du droit du travail vers de "nouvelles rives" constitue, sans nul doute, le point de départ de l'ultime étape devant permettre au salarié d'accéder à une insertion parfaite dans "l'entreprise sociétale" <sup>72</sup>. Le Protocole de Grenelle ouvre, par son contenu, de nouvelles voies juridiques.

- Ainsi la loi du **27 décembre 1968** consacre la place du syndicat dans l'entreprise <sup>73</sup>. Celui-ci devient l'interlocuteur naturel du chef d'entreprise et son partenaire privilégié dans les négociations. On parle désormais, en la matière, de véritable monopole. La rémunération minimale est indexée sur la croissance par la loi du **2 janvier 1970** qui fonde le Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (SMIC) <sup>74</sup>. Cette évolution n'est pas neutre car on cherche ici à permettre au salarié de mieux participer aux progrès de la société tout en prenant en compte de manière accrue ses besoins sociaux.

Le salarié est, de fait, confirmé dans sa perception nouvelle d'être social à part entière.

- La formation est largement concernée par ces mutations. Au delà de la perception des apports purement professionnels d'une formation avant tout centrée sur l'entreprise, c'est une politique plus large basée sur l'idée d'éducation qui se développe. L'Accord national

---

2276. H. Sinay, "Le degré d'intensité de la présence syndicale dans l'entreprise", Dt. Soc. 1969, p. 447.

<sup>71</sup> - La loi de 1970 amorce les premiers pas vers la mensualisation. Celle-ci sera organisée par l'accord du 14 décembre 1977 et par la loi du 19 janvier 1978. Cf. A. Moller, Dt. Soc. 1971, p. 165. G. Lyon-Caen, "Les salaires", Traité Dalloz, T. 2, 1981. J. Ribettes-Timet, Dt. Soc. 1970, p. 273.

<sup>72</sup> - Cf. L'effet de la formation sur l'entreprise in Esprit, n° spécial sur la formation permanente, oct. 1974, p. 427. J.M. Luttringer, "Droit de la formation continue", Dalloz 1986. J. Vincens, "Formation, emploi et systèmes éducatifs", Mélanges G. Marty, 1978, p. 1137.

<sup>73</sup> - Cf. G. Lyon-Caen et Bonnetête, "La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973", Dt Soc. 1973, p. 493 et s. J. Pelissier, "La réforme du licenciement", Sirey 1974. J.M. Lattes, "Le licenciement", l'Hermès 1997. X. Blanc-Jouvan, "Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement", Dt Soc. 1981, p. 297. P. Chaumette, "Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail", Dalloz, 1986, p. 68.

<sup>74</sup> - Cf. M.C. Amauger-Lattes, "Droit pénal et droit disciplinaire dans l'entreprise privée. L'irréductible pouvoir disciplinaire", Thèse Toulouse 1992.

interprofessionnel du 9 juillet 1970 confirmé par une loi du 13 juillet 1971 participe à une véritable "révolution idéologique"<sup>75</sup>.

La nuance est importante. La formation n'est plus uniquement consacrée à l'entreprise, elle doit prendre en compte la personnalité et les besoins -y compris non professionnels- du salarié.

- La réforme du licenciement prolonge ce mouvement. La grande loi du 13 juillet 1973<sup>76</sup> vient réduire les abus qui maintenaient la rupture de la relation de travail dans une zone de "non droit" en particulier en comparaison avec le droit pénal<sup>77</sup>. Le nouveau texte réduit les risques d'arbitraire par l'obligation, pour l'employeur, de motiver sa décision et il organise un véritable régime de garantie des droits de la défense<sup>78</sup>.

Dorénavant, en cas de licenciement sanction, le salarié se voit reconnaître le droit de s'exprimer voire de présenter sa défense. La soumission du salarié du 19ème siècle cède la place à la parole libérée de celui des années 70<sup>79</sup>.

La loi du 3 janvier 1975 confirme cette volonté de protéger le salarié soumis à un licenciement pour motif économique tout en introduisant l'idée neuve de prévention<sup>80</sup>.

- La protection du salarié est appréhendée de manière dynamique. Abandonnant l'idée "d'accident fatalité" basée sur la notion de responsabilité<sup>81</sup>, la loi du 6 décembre 1976 va promouvoir une logique nouvelle de prévention<sup>82</sup>. Le salarié est désormais impliqué dans cette orientation par la mise en place d'une véritable formation à la sécurité tant individuelle que collective<sup>83</sup>.

Son rôle d'acteur - à part entière - est pleinement reconnu. Il n'est plus la victime "consentante" des conséquences négatives d'un processus d'activité sur lequel il ne peut intervenir.

D'autres exemples de textes s'inscrivant dans une même logique auraient pu être présentés<sup>84</sup>. Il est possible cependant à ce stade de mesurer, à nouveau, l'état du droit social.

<sup>75</sup> - Le problème de l'attribution de la charge de la preuve continue cependant à se poser.

<sup>76</sup> - La réforme des Conseils de Prud'hommes réalisée par la loi du 18 janvier 1979 vise à renforcer de manière sensible l'efficacité de l'institution, en particulier dans l'analyse des licenciements abusifs. Cf. Le Roux-Cocheril, "Les nouveaux conseils de prud'hommes", Sirey 1980. A. Supiot, "Les juridictions du Travail", Traité Camerlynck, T. IX, Dalloz, 1987.

<sup>77</sup> - Cette loi organise la mise en place de l'autorisation administrative de licenciement lorsque le motif de la rupture est présenté comme "économique". La loi du 30 décembre 1986 supprime cette contrainte, le contrôle du licenciement étant désormais effectué par le juge. Cf. J. Pelissier, "Les licenciements pour motif économique", D. 1975, chron. p. 135.

<sup>78</sup> - Cf. Loi du 9 avril 1898 relative "aux accidents de travail et à leur régime de réparation".

<sup>79</sup> - Cf. N° spécial de Droit social, mars 1977. F. Meyer, op. cit., Thèse, pp. 412 et s. J.M. Lattes, "Le corps du salarié", op. cit. J. Costa-Lascoux, "L'intégralité corporelle des travailleurs et la responsabilité du chef d'entreprise depuis la loi du 6 décembre 1976", Dt Ouvrier 1978, p. 7. P. Encelle, "Accident du travail : financement et prévention", RFAS 1977, n° 2 p. 119. J.C. Javillier, "La Chambre Criminelle et l'application des règles relatives à la santé, à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs dans l'entreprise", Dt Soc. 1979, p. 458. M. Roger, "La loi du 6 décembre 1976 relative à la prévention des accidents du travail et son incidence sur le droit pénal", Chron. in D. 1978, p. 73.

<sup>80</sup> - Cf. N. Alvarez, "La formation des travailleurs à la sécurité, Dt Ouvrier, 1979, pp. 359 et s.

<sup>81</sup> - Cf. Accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi. Loi du 3 janvier 1972 sur les entreprises de travail temporaire. Loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer en cas de règlement judiciaire ou de liquidation de biens le paiement des créances résultant du contrat de travail.

<sup>82</sup> - On constate ici que la logique civiliste domine encore la logique sociale.  
Cf. J.C. Javillier, "Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : "normalisation" du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise", Mélanges Camerlynck 1978, p. 101.

<sup>83</sup> - Cf. J.C. Javillier, "Les réformes du droit du travail depuis le 10 mai 1981", LGDJ, 1985.

<sup>84</sup> - D'autres textes, tout à fait fondamentaux, participent cependant à ce vaste mouvement réformateur. Citons, par exemple : l'ordonnance du 16 janvier 1982 sur les 39 heures hebdomadaires et les 5 semaines de congés payés qui s'inscrit dans la démarche de "libération" du temps - l'ordonnance du 5 février 1982 relative aux contrats à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire dont l'objectif est de réduire l'utilisation de ces contrats "précaires" au profit du

Nul doute que la perception "institutionnelle" de l'entreprise se trouve confirmée par ces évolutions. Nul doute aussi que la logique "statutaire" en sort renforcée.

Pourtant quelques difficultés persistantes nous amènent à maintenir un certain nombre de réserves quand à l'épanouissement d'une insertion parfaite du salarié dans l'entreprise.

Ainsi on ne peut que constater le fait que le licenciement abusif ne s'accompagne que très rarement d'une réintégration effective du salarié <sup>85</sup>.

De même, les premières conséquences de la crise économique sur le terrain social commencent à annoncer de nouvelles mutations contraires à l'insertion.

L'arrivée de François MITTERRAND à la Présidence de la République constitue le point ultime de notre progression vers une parfaite intégration professionnelle du salarié.

Les réformes seront nombreuses. Elles permettent au salarié de se rapprocher de la citoyenneté. Elles constituent "l'ultime chant du cygne" d'une logique juridique aujourd'hui très largement remise en cause. Le bouleversement des normes sociales est ici très profond.

Les mots clés des réformes de 1981 à 1983 répondent aux réserves précédemment exprimées : citoyenneté dans l'entreprise, reconstitution de la collectivité de travail, droit disciplinaire, droit d'expression, comité de groupe, obligation de négocier <sup>86</sup>...

Les lois Auroux constituent le coeur du dispositif de la réforme sociale. Plus que de rupture, il faut parler ici de la poursuite d'une évolution visant à organiser une véritable "démocratisation" de la vie économique. Dans son rapport préparatoire, le Ministre du Travail, Jean AUROUX, pose un principe fondamental :

"Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être  
aussi dans leur entreprise".

Cette orientation affichée vers la citoyenneté consacre la recherche d'une insertion parfaite du salarié dans son environnement social. Le salarié est sujet de droit, l'entreprise est soumise aux mêmes contraintes juridiques que "la cité" au sens juridique du terme.

Ainsi la loi du 4 août 1982 relative "aux libertés des travailleurs dans l'entreprise" <sup>87</sup> organise l'encadrement juridique du pouvoir disciplinaire de l'employeur tout en facilitant le respect du droit d'expression des salariés.

La loi du 28 octobre 1982 relative "au développement des institutions représentatives du personnel" <sup>88</sup> renforce les moyens d'intervention et la protection des différentes structures de représentation.

La loi du 13 novembre 1982 relative "à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail" <sup>89</sup> met en place l'obligation de négocier dans l'entreprise et

---

Contrat à durée indéterminée considéré comme Contrat de Principe - l'ordonnance du 26 mars 1982 relative au travail à temps partiel - la loi du 13 juillet 1983 sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes qui introduit le concept de "discrimination positive...".

<sup>85</sup> - Ainsi, par exemple, on peut noter une évidente filiation entre le rapport Sudreau sur la réforme de l'entreprise (1976) et la reconnaissance du droit d'expression des salariés par la loi du 4 août 1982. Cf. M. Despax, "Le droit du travail", Que sais je ? n° 1268, p. 8 et s.

<sup>86</sup> - Cf. Rapport Auroux du 8/09/1981 sur "les droits des travailleurs", LDF Collection des rapports officiels 1982. Sur la réforme dans son ensemble, on lira : "Lois nouvelles", RPDS n° 451, nov. 1982. "Un nouveau droit du travail", n° spécial de Dt Soc., Les réformes IV, Janvier 1983. "Les nouveaux droits des travailleurs" Le Monde, Dossiers et documents, n° 102, Juin 1983.

<sup>87</sup> - J.O. du 6 août 1982. Cf. RPDS n° 452 de décembre 1982. Dt Ouvrier, n° 413 de déc. 82. La Vie Ouvrière du 16/05/1983.

<sup>88</sup> - J.O. du 29 octobre 1982. Cf. Dt Social n° 3 de mars 1983. "Droits syndicaux et représentation du personnel", RPDS n° 450 d'Oct. 1982. "La représentation élue du personnel dans la loi du 28 octobre 1982", Le Droit Ouvrier, Janvier 1983.

<sup>89</sup> - J.O. du 14 novembre 1982. Cf. RPDS n° 442 - 443 de Février - Mars 1982, "La négociation collective après la loi du 13 novembre 1982", Dt Ouvrier, Février 1983. Cahiers prud'homaux de Mars 1983.



au niveau de la branche tout en organisant une procédure de règlement des conflits collectifs du travail.

Enfin, la loi du 23 décembre 1982 sur "les Comités d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail" <sup>90</sup>, renforce les contrôles en la matière et améliore la prévention des accidents par la mise en place de procédures d'intervention en cas de danger immédiat.

Ces textes consacrent, sans nul doute, une amélioration des processus d'insertion professionnelle des salariés. Pourtant, une rupture politique et sociale s'annonce. Les difficultés économiques, le développement du chômage, les pressions des syndicats d'employeurs... contribuent à réorienter à nouveau la réforme sociale.

Le salarié n'est plus situé au coeur du droit du travail, c'est désormais l'emploi qui devient la préoccupation majeure. A l'idée de "protection du salarié", on substitue l'idée toute aussi floue de "flexibilité".

Le droit du travail n'apparaît plus comme un droit de l'insertion professionnelle. C'est le retour de "la liberté d'entreprise" au nom de la nécessaire protection du travail salarié. Le "statut du salarié", peu à peu mis en place, est soumis à des contraintes fortes entraînant sa remise en cause progressive au nom de la création ou du maintien de l'emploi.

## **Partie 2 : La transformation du droit du travail en droit de l'emploi : vers l'abandon de la recherche de l'insertion ?**

Les années 80 vont mettre en évidence l'impuissance des gouvernants face à la montée du chômage.

Progressivement l'idée selon laquelle "trop de droit tue l'emploi" va se développer jusqu'à aboutir à une remise en cause progressive des fondements du droit du travail.

L'emploi du salarié va constituer l'enjeu essentiel des évolutions juridiques dont la finalité principale sera l'amélioration des grands équilibres économiques de l'entreprise par l'allègement du coût du travail et l'assouplissement des contraintes pesant sur l'employeur.

Le mot "flexibilité" s'impose peu à peu dans le langage social au point de devenir le critère dominant de l'évolution des textes. C'est un véritable droit de la précarité qui se substitue aux orientations traditionnelles du droit du travail, créant ainsi un véritable dispositif à deux vitesses (1).

Le rapport de subordination, critère traditionnel de la détermination de l'existence d'un contrat de travail, ne va pas résister à la volonté de mettre en place une forme de "droit de l'activité" qui, sans porter atteinte aux résultats du travail humain, va se dégager de contraintes juridiques dépendant, en particulier, de la conception, peut être utopique, de l'entreprise communauté (2).

Droit flexible, droit de l'activité, droit de la précarité... le droit du travail perd, peu à peu, ses repères. La dissolution progressive du statut du salarié dans un ensemble aux contours difficiles à définir éloigne le droit contemporain du travail de la recherche d'une véritable insertion professionnelle.

Le droit social européen, dans ses prémisses, vient limiter cette évolution. En ré-introduisant des principes et des règles claires dans le droit interne des pays membres, il participe au maintien d'une volonté d'insertion professionnelle du salarié au sein de ce qui demeure un élément essentiel de notre vie sociale, à savoir : l'entreprise (3).

### **1 - Un droit flexible organisant la précarité**

La "flexibilité" de la norme juridique ne constitue pas, à proprement parler, un concept nouveau. Dans son ouvrage de référence <sup>91</sup>, le doyen CARBONNIER développe l'idée

<sup>90</sup> - J.O. du 26 décembre 1982. Cf. RPDS n° 442 - 443 de Février - Mars 1982. RPDS n° 455 de Mars 1983. La loi du 23 décembre 1982 sur les Comités d'Hygiène, de sécurité et des conditions de travail, Le Droit Ouvrier, Avril 1983.

<sup>91</sup> - J. Carbonnier, "Flexible Droit - Textes pour une sociologie du Droit sans rigueur", LGDJ, 1988.

de l'existence d'une flexibilité pouvant être qualifiée de "naturelle" des lois et règlements.

La norme sociale révèle cependant l'existence de débats plus intenses que dans d'autres domaines juridiques. Il est, en particulier, évident que les conséquences de la crise ont amené les responsables politiques à redéfinir les rapports respectifs entre le social et l'économique.

Si l'idée de flexibilité ne constitue pas, à proprement parler, une nouveauté pour le droit social... sa fonction même a cependant connu un véritable bouleversement. Conçu à l'origine pour améliorer l'efficacité du droit social au profit du salarié, elle débouche aujourd'hui sur une véritable dérégulation du marché du travail au profit de l'entreprise.

Dans un premier temps, en effet, la flexibilité de la norme sociale est conçue comme une **flexibilité de protection**. Les lois sociales comme les autres actes juridiques de même niveau, sont des actes d'ordre public d'application immédiate. Elles permettent cependant l'organisation d'une forme de flexibilité en faveur des seuls salariés. De fait, et s'il existe un ordre public social absolu insusceptible de dérogation <sup>92</sup>, il existe aussi un ordre public social qualifié de relatif et impliquant une combinaison de normes autonomes et hétéronomes dans le but de renforcer les droits des salariés <sup>93</sup>.

Ce type de flexibilité "orientée", souvent d'interprétation difficile, s'inscrit dans l'histoire de la finalité première de la norme sociale destinée exclusivement à l'amélioration de la protection du salarié. Les pouvoirs de l'employeur sont ici largement bridés par les effets orientés de la négociation collective <sup>94</sup>.

Du fait de la difficulté évidente de définir l'idée même de "protection des salariés", une évolution de ce concept va se révéler peu à peu indispensable. Au delà de la rigueur de la vision première de la flexibilité sociale, les lois Auroux de 1982 vont introduire une autre vision de la flexibilité en introduisant dans le Code du Travail une sorte de **flexibilité d'adaptation** passant par le support "d'accords dérogatoires" <sup>95</sup>.

Cette orientation, certes limitée, permet à l'employeur de retrouver une part d'initiative dans la négociation tout en préservant les droits des salariés. Ces accords - parfois qualifiés de "donnants - donnants" - ne bouleversent pas l'ordre établi. Le Principe de la recherche permanente de droits nouveaux au profit des salariés n'est pas remis en cause mais son application s'inscrit dans une toute autre logique. On parle désormais de l'amélioration "globale" des droits dont bénéficient les salariés sans tenir compte de la remise en cause ponctuelle et limitée d'avantages particuliers <sup>96</sup>.

<sup>92</sup> - Le domaine de l'application de l'ordre public général et absolu se révèle extrêmement réduit en droit du travail. Il porte, essentiellement, sur le domaine de compétence des juridictions (cf. Cass. Soc. du 2/10/1962, DS, 1963, p. 163) et sur les clauses d'indexation interdites par les ordonnances de 1958 et de 1959 (cf. Cass. Soc. du 2/03/1977, DS 1977, p. 485 note J. Savatier).

Cf. N. Alidrantis, "La place de la convention collective de travail dans la hiérarchie des normes", Préface H. Sinay, LGDJ, 1980.

<sup>93</sup> - Ce principe est admis, dans son application, tant par la Cour de Cassation (cf. Cass. Soc. du 18/10/1972, Ets. ERAM, G.A.D.T. n° 49) que par le Conseil d'Etat (cf. C.E., Avis en Ass. Gen du 22 mars 1973, G.A.D.T. n° 50).

<sup>94</sup> - Cf. J.M. Lattes, "Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés", Colloque de l'ESUG du 29 et 30/11/1996 sur "Pouvoir et Gestion", Collection "Histoire et Gestion", Université Toulouse 1, 1997.

<sup>95</sup> - On verra ici, plus particulièrement, la troisième loi Auroux du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail. J.O. du 14/11/1982. Sur ce texte et son analyse, on lira : RPDS, n° 442 - 443 de Février - Mars 1982. "La négociation collective après la loi du 13 novembre 1982", Revue Le Droit Ouvrier de Février 1983. Revue les Cahiers prud'homaux de Mars 1983. Jean-Claude Javillier, "Les réformes du droit du travail depuis le 10 mai 1981", LGDJ Septembre 1982. "Un nouveau droit du travail", n° spécial de Dt. Soc., Les réformes IV, Janvier 1983. J.M. Lattes, "Problèmes soulevés lors des travaux parlementaires relatives aux lois Auroux", Université Toulouse 1, Sep. 1983. J. Barthelemy, "Négociation collective d'entreprise : dérogations et concessions", Dt. Soc. 1988, p. 554. J. Deprez, "Conventions et accords collectifs, accords atypiques, usages", RJS 1992/1, p. 3.

<sup>96</sup> - Les exemples de l'application de cette nouvelle flexibilité dite "d'adaptation" sont nombreux dans les années 80. On peut citer, par exemple, l'aménagement de la durée hebdomadaire du travail (ord. du 16/01/1982, art. L. 212-2, al. 3 du Code du Travail), la mise en place de l'annualisation

La flexibilité dite de "dérégulation" constitue, aujourd'hui, l'étape ultime de cette évolution. Elle se situe au coeur du débat sur les "rigidités" du droit du travail considérées par les penseurs libéraux comme économiquement néfastes aux entreprises et, de fait, contraires à l'intérêt de l'ensemble des salariés<sup>97</sup>.

L'argument de l'excessive rigidité de la norme sociale, obstacle à l'embauche, permet de comprendre les raisons de la mutation progressive du droit du travail. D'un droit de la protection du salarié, il devient peu à peu un droit destiné avant tout à préserver l'emploi. Dans cette perspective la protection sociale comme les droits des salariés constituent un héritage de temps révolus où des compromis sociaux étaient économiquement compatibles avec les impératifs des marchés. Les pouvoirs et les choix économiques des employeurs ne doivent pas être entravés par des contraintes susceptibles de brider leur fonction créatrice d'emplois.

- L'étude des textes récents permet de mesurer les conséquences de cette évolution sur la fonction d'insertion du droit du travail. Nul doute, en effet, que les nouveaux équilibres générés par la situation actuelle tiennent compte, en priorité, des réalités économiques au détriment des réalités sociales et que cela débouche sur une remise en cause de l'idée même d'insertion professionnelle par un droit organisant et gérant la précarité sociale.

- Ainsi, l'évolution des règles relatives à l'utilisation des **contrats à durée déterminée** illustre parfaitement l'émergence de ces nouvelles finalités des normes sociales.

Alors que l'ordonnance du 6 février 1982 prise sous le gouvernement Mauroy s'efforce de réduire l'usage de ce type de contrats pour limiter l'emploi précaire, la nécessité de relancer le marché du travail va entraîner une réorientation de cette réglementation. Si le dernier texte en la matière, la loi du 12 juillet 1990, tente de limiter les excès des années précédentes<sup>98</sup>... il ne remet pas fondamentalement en cause la liberté de manoeuvre de l'employeur qui conserve la possibilité d'utiliser ces contrats à durée limitée pour le remplacement de salariés, pour réguler les variations d'effectif inhérentes à certaines activités voire même dans le cadre de certaines incitations à l'embauche.

On constate aujourd'hui que le recours au contrat à durée déterminée tend à s'amplifier en France d'année en année<sup>99</sup>. Il est évident que, dans le contexte actuel, ce type de contrat peut sembler particulièrement attractif.

---

de l'évaluation des heures supplémentaires (loi du 28/02/1986) ou le texte relatif à l'extension de la portée des accords dérogatoires (loi du 19/06/1987). D'autres domaines sont concernés par ce type de flexibilité comme la médecine du travail ou encore les rémunérations.

Il est utile de s'interroger ici sur le développement d'une logique qui, d'exceptionnelle au départ, devient régulière par la suite initiant ainsi les premiers signes d'une logique nouvelle : "la flexibilité de dérégulation".

<sup>97</sup> - Cf. Y. Chotard, Président du patronat français : "1983 sera l'année de la lutte contre les contraintes introduites dans la législation au cours des Trente Glorieuses, l'année de la lutte pour la flexibilité" in Rapport à l'assemblée générale du CNPF, Paris, 13/01/1983. Pour des analyses contradictoires, on lira : B. Enjolras, "La flexibilité contre l'emploi", in Libération, 2/07/1997. G. Maurau et J. Oudinet, "Précarité et flexibilité : un essai de comparaison des industries européennes" La Note de l'Ires, 18, 4 - 17, 1988.

<sup>98</sup> - Si pendant longtemps les contrats à durée indéterminée ont constitué la base des recrutements, aujourd'hui la tendance s'est inversée et le nombre de contrats précaires mis en place dépasse celui des contrats stables. Il convient cependant de noter ici que le droit du travail a largement accompagné, voire même favorisé, cette évolution. Nul doute, en effet, que l'idée généraliste introduite par l'ordonnance du 11 Août 1986 et selon laquelle le CDD "... ne doit pas pourvoir durablement un emploi lié à une activité normale et permanente de l'entreprise..." a facilité les abus. Cf. Rapport au parlement du Ministère du Travail, "Evolution récente du travail précaire 1990 - 1991", LGDJ, 1992.

<sup>99</sup> - De l'ouvrier au dirigeant, le CDD n'épargne désormais aucune catégorie socioprofessionnelle et se retrouve, de fait, de plus en plus détourné de sa vocation initiale, à savoir : une réponse à un besoin limité dans le temps. On parle aujourd'hui de près de 800 000 CDD en France contre 576000 en 1992. Ces chiffres sont à associer à ceux relatifs à la transformation des CDD en CDI qui ne cessent de diminuer.

Souplesse d'utilisation, facilité de recrutement, absence de procédure de licenciement... permettent aux entreprises d'additionner des contrats courts sans s'engager dans le moyen terme et cela dans un contexte de faible visibilité.

Au delà de cet aspect parfois illusoire du problème <sup>100</sup>, il convient de souligner l'existence évidente d'effets pervers souvent peu perçus par les entreprises. Avec ce type de contrats, l'entreprise recrute des salariés tout en refusant leur intégration. Ce "non-engagement" de l'entreprise a pour conséquence le "non-engagement" des salariés <sup>101</sup>.

Tout cela débouche sur une forme "appauvrie" de relation de travail qui se traduit par un simple échange entre "temps travaillé" et "rémunération". Le salarié n'intègre pas l'entreprise, n'en partage pas les valeurs et n'en comprend pas les enjeux <sup>102</sup>.

Le droit désormais "précaire" du travail participe directement à "la désinsertion professionnelle" en abandonnant l'idée même de stabilité professionnelle indissociable du contrat à durée indéterminée.

- L'étude de la durée du travail nous conduit à des conclusions similaires. Les grands principes sociaux fondateurs du statut du salarié sont ici remis en cause par de nouveaux textes destinés, avant tout, à accroître les possibilités d'intervention des employeurs dans l'amélioration de la rentabilité de la production.

Les cadres traditionnels de l'organisation du temps de travail (journée de 8 heures, repos dominical, semaine de 40 puis de 39 heures...) cèdent progressivement la place à des horaires qualifiés de dérogoires. Les textes relatifs à la modulation du temps de travail <sup>103</sup> et, plus récemment, la loi quinquennale pour l'emploi <sup>104</sup> ne font que confirmer la remise en cause de la dynamique du droit du travail.

A un droit "monolithique" de la protection du salarié succède un droit des alternatives et des options. L'employeur retrouve ici une part de son autonomie remise en cause par le droit traditionnel du travail. Le salarié perd ses repères, son rythme de travail ne correspond plus nécessairement à celui de son environnement social. L'intensité même de son activité varie considérablement en passant par des périodes de chômage complet ou partiel succédant à des périodes de dépassement de la durée hebdomadaire légale de 39 heures.

La flexibilité de l'horaire de travail, admise et organisée par le droit, constitue une des causes évidentes de la désinsertion professionnelle des salariés en situation de précarité <sup>105</sup>.

<sup>100</sup> - Les juristes constatent, en effet, qu'une fois passée la période d'essai qui va de quelques jours pour un contrat de 3 mois à un mois maximum pour un contrat de 6 à 18 mois, le salarié ne peut être renvoyé. Le non respect de cette contrainte entraîne le versement au profit du salarié de l'ensemble des rémunérations qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la relation de travail complété de la prime de précarité de 6 %. Seules de rares exceptions (faute grave du salarié ou force majeure...) permettent d'écarter cette contrainte. Cf. art. L. 122 - 3 - 8 du Code du Travail.

<sup>101</sup> - Cf. G. Le Callennec, "Le contrat à durée déterminée, miroir aux alouettes...", Le Monde Initiatives du 5/06/1997.

<sup>102</sup> - Cette situation n'est pas sans conséquence sur le risque couru par les salariés sous contrats précaires dans le cadre de l'exercice de leurs activités professionnelles. Souvent identifiés comme "les nouveaux groupes à risque du monde du travail", ils subissent un taux d'accident bien supérieur à celui des salariés bénéficiant d'un emploi stable. La désinsertion professionnelle débouche ici sur une aggravation évidente de leur situation.

Sur ce problème, on lira : V. De Keyser, "Santé au travail et flexibilité des systèmes de production : le risque acceptable ?", in 24ème congrès international de santé au travail, Nice, 1993. J.M. Lattes, "Le corps du salarié", op. cit. L. Casaux, "La médecine du travail intérimaire", Dt. Soc. n° 12, déc. 1994, pp. 943 - 954. "Souffrances et précarités au travail. Paroles de médecins du travail", Alternatives Sociales, Syros, 1994. D. Duclos, "La santé et le travail", La Découverte 1984. S. Dassa, "Travail salarié et santé des travailleurs", Sociologie du Travail, n° 108, sept. 1976, p. 394. B. Appay et A. Thebaud-Mony, "Précarisation sociale, travail et santé", Editions de l'Institut de recherche sur les sociétés contemporaines, Avril 1997.

<sup>103</sup> - Cf. Ordonnance n° 86 - 280 du 28 février 1986, loi n° 87 - 423 du 19 Juin 1987.

<sup>104</sup> - Loi du 20 décembre 1993, n° 93 - 1313.

<sup>105</sup> - Sur la flexibilité horaire, on lira : 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, cf. Rapport CGP de Juin 1996. J. Barthélémy, "L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail", Dt Soc. 1994, p. 156. F. Favennec-Hery, "L'accord interprofessionnel sur

- La rémunération même n'est pas épargnée par ce grand mouvement de flexibilité. Certes, ce domaine conserve une véritable stabilité en comparaison avec les autres thèmes déjà envisagés et le salaire minimum organisé en France en 1950 permet de limiter les abus.

Les débats sur "le coût du travail" sont cependant nombreux et portent, ici encore, sur le problème de la création d'emplois.

L'échec en 1994 de la mise en place du Contrat d'Insertion Professionnelle (CIP), considéré par certains comme un véritable "SMIC Jeune", en constitue l'évidente illustration.

On peut cependant souligner que le droit conventionnel du travail participe à une forme de flexibilisation des revenus vers le bas. Sortant du cadre désormais dépassé de "l'ordre public social"<sup>106</sup>, on voit se développer de nouveaux types de négociations et d'accords sous la menace, plus ou moins affichée, de probables licenciements économiques.

On va ici négocier, non sur les revendications des salariés, mais sur celles des entreprises. La sauvegarde "affichée" des emplois va, en contrepartie, déboucher sur des concessions côté salariés... le plus souvent des réductions de rémunération<sup>107</sup>.

La baisse continue de certaines rémunérations dans le secteur privé confirme la réalité de cette évolution.

On aurait pu penser que le droit de la rupture de la relation de travail allait constituer le dernier rempart de protection du salarié face à la marée de la flexibilité. Pourtant, la suppression en 1986 de l'autorisation administrative de licenciement participe à faciliter une telle rupture en renforçant, en la matière, l'autonomie de l'employeur<sup>108</sup>.

On peut bien sur, considérer que l'intervention du comité d'entreprise ainsi que la création d'une procédure de contrôle judiciaire sont de nature à limiter les risques d'abus.

Nul doute qu'avec la loi du 2 août 1989 relative à la "Prévention du licenciement et au droit à la conversion", complétée par la loi Aubry du 27 janvier 1993, le législateur a tenté de faciliter la recherche d'un plan social satisfaisant pour le salarié<sup>109</sup>.

Il convient cependant d'être réaliste en constatant que l'analyse de la réalité des motifs invoqués est, sinon impossible, du moins difficile. La montée inexorable du chômage comme l'accroissement du nombre de procédures collectives témoignent du peu de poids des contraintes sociales face à la rigueur des marchés économiques et cela malgré une évidente volonté de régulation judiciaire<sup>110</sup>.

---

l'emploi du 31 octobre 1995", Dt Soc. 1996, p. 20. Ch. Gavini et J.Y. Tollet, "La durée du travail, construction et déconstruction d'une norme", Dt Soc. 1994, p. 365. A. Lyon-Caen, "Le maintien de l'emploi", Dt Soc. 1996, p. 655. A. Supiot, "Temps de travail, pour une concordance des temps", Dt. Soc. 199, p. 947.

<sup>106</sup> - Sur l'ordre public social : Cass. Soc. du 18 octobre 1972, Ets ERAM c. Demoiselle Lemesle in Bull. V, n° 553, p. 503. Avis du CE du 22 mars 1973, in Dt Ouv. 1973, p. 190. Grands arrêts du Droit du travail, Lyon-Caen et Pelissier, Sirey, n° 49 et 50, pp. 121 et s.

<sup>107</sup> - Sur la flexibilité des rémunérations : B. Sire, "Développer la flexibilité par la gestion des rétributions", Revue Française de Gestion, n° 98, 1994.

<sup>108</sup> - Loi du 30 décembre 1986. Cf. F. Loubejac, "Sur la suppression de l'autorisation de licenciement", Dt. Soc. 1986, pp. 213 et s. J.M. Sportouch, "Contrainte et tolérance dans le licenciement économique" in la Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ? Ed. Lég. et Adm. 1986.

<sup>109</sup> - Cf. G. Couturier, "Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janvier 1993", Dt. Soc. 1993, p. 219. J.C. Sciberras, "Naissance d'une loi : l'amendement Aubry sur les plans sociaux", Dt. Soc; n° 5, Mai 1994, p. 482.

<sup>110</sup> - Cf. A. Arseguet et P. Fadeuilhe, "Licenciement économique et plan de reclassement", Revue Française de Comptabilité, Juillet - Août 1995, n° 269, p. 81 ou "Les différentes sanctions du plan social", Rev. Fr. de Compt., Juillet 1996, n° 281, p. 89. D. Balmay, "Plans sociaux et administration du travail : convaincre ou contraindre", Dt. Soc. n° 5, mai 1994, pp. 477 - 481. F. Gaudu, "Le contrôle de l'exécution du plan social", Dt. Soc. 1994, p. 492. L. Mallet et F. Teyssier, "Sureffectif et licenciement économique", Dt. Soc. Avril 1992. J.E. Ray, "Plan Social et insécurité juridique", Dt. Soc. 1995, p. 661. B. Teyssié, "Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique", JCP ed. G, I, 1996, n° 3902, p. 52. P. Waquet, "Le juge et l'entreprise", Dt. Soc. 1996, p. 472. M. Campinos Dubernet, "La gestion des sureffectifs, la fin des illusions des ressources humaines ?", Travail et emploi n° 64. A. Lyon-Caen, "Le maintien de

L'ensemble de ces éléments - et bien d'autres encore <sup>111</sup> - permet de mesurer les progrès de l'économique face au social. Le statut du salarié est progressivement sacrifié sur l'autel de la protection de l'emploi. Trois groupes de salariés composent désormais cette nouvelle structure fragmentée de l'emploi : les salariés sous contrats stables, les salariés "précaires" et les "salariés - collaborateurs" sans doute plus proches du statut d'indépendants que de la vision classique du salariat <sup>112</sup>.

Tout cela débouche sur une remise en cause de la nature même du contrat de travail. L'objet de l'échange qu'il réalise n'est pas constitué de libertés individuelles mais porte désormais sur des "capacités ou produits" <sup>113</sup>.

En s'efforçant de garantir l'évolution de l'adaptabilité d'une société désormais conçue comme une simple association d'individus, cette mutation consacre l'émergence d'une conception plus que réduite de l'homme et de sa richesse <sup>114</sup>.

On est désormais bien loin de l'idée même d'intégration !

## 2 - Un droit de l'activité débouchant sur l'externalisation des emplois

- La flexibilité de la norme sociale s'accompagne d'un mouvement beaucoup vaste tendant à favoriser la mise en place d'un travail indépendant au détriment du salariat. De nombreux éléments participent à ce dispositif mais la loi Madelin du 11 février 1994 en constitue l'axe dominant. L'enjeu est ici de limiter une jurisprudence considérée comme trop favorable à l'extension continue du domaine d'application du droit du travail. Par la mise en place d'une présomption simple de "non salariat", la loi Madelin s'efforce de réduire un droit du travail supposé freiner le développement de l'emploi.

- L'étude de la loi Madelin nous donne d'utiles enseignements sur la mise en cause du droit du travail comme moyen d'insertion <sup>115</sup>.

Certes, l'enjeu majeur du texte consiste à favoriser juridiquement l'entreprise individuelle pour alléger les charges qui pèsent sur elle. De fait les droits des sociétés, des sûretés et de la sécurité sociale sont très largement concernés au même titre que le droit fiscal. Les quelques points qui portent sur le droit du travail sont cependant d'une grande importance. Il est, en effet, aisé de constater que ces modifications s'inscrivent dans le droit fil de la loi quinquennale et remettent en cause le droit du travail au nom de l'emploi.

La loi Madelin porte ainsi une atteinte à la norme sociale en tentant d'en limiter les bénéficiaires pour lutter contre l'extension du statut du salarié et contre les recours à la notion de service organisé <sup>116</sup>.

---

l'emploi", Dt. Soc. 1996, p. 655. J.E. Ray, "Plan social et insécurité juridique", Dt. Soc. 1995, p. 661.

<sup>111</sup> - On aurait pu évoquer : "la fragilisation de la représentation du personnel avec les lois du 20 décembre 1993 et du 12 novembre 1996. La santé et la sécurité des salariés.

<sup>112</sup> - On retrouve ces catégories dans l'étude réalisée par M.L. Morin et les illustrations tirées du domaine aéronautique. Cf. Sous traitance et relations salariales, Etude pour le CGP, 1993. Voir aussi M.L. Morin, "Sous traitance et relations salariales, aspect du droit du travail", Travail et emploi n° 60 1994, pp. 23 et s.

<sup>113</sup> - D. Meda, "Le travail, une valeur en voie de disparition", Alto-Aubier 1995.

<sup>114</sup> - F. Von Hayeck, "Droit, législation, liberté", PUF 1985.

<sup>115</sup> - Le fait que la question fondamentale de la définition du salariat soit abordée dans le cadre d'une loi votée à l'initiative du ministre des PME et non du fait de l'intervention du ministre du travail pose un problème évident. Cf. Mme T. Aubert-Monpeyssen, "La définition du salariat par la loi Madelin", Les Petites Affiches, n° 114, 22/09/1995, p. 14 et s.

<sup>116</sup> - Progressivement le législateur a assimilé aux salariés, les travailleurs à domicile, les VRP, les artistes et mannequins, les journalistes ... Dans le même esprit la jurisprudence a élargi ce mouvement en se fondant sur le critère du "service organisé" et en requalifiant certains contrats de fausse sous-traitance pour éviter la précarisation de certains salariés les plus fragiles. Cf. M.L. Morin, "Sous-traitance et relations salariales", Etudes pour le Commissariat Général du Plan, Sept. 1993 et "La sous traitance" Travail et emploi 1994, n° 4 p. 23.

Ce mouvement n'est pas neutre. Les objectifs traditionnels du droit du travail sont, ici, clairement remis en cause. Les conséquences sur la notion même de "saliariat" sont considérables.

- Le droit du travail a, nous l'avons dit, largement participé à ré-équilibrer la relation contractuelle liant l'employeur au salarié. La loi Madelin s'efforce de réduire cette fonction de la norme sociale en tendant d'en écarter l'application à des personnes inscrites au Registre du Commerce, au Registre des métiers ou immatriculées auprès des URSSAF au titre des travailleurs indépendants <sup>117</sup>.

L'enjeu majeur de ce dispositif est ici "d'externaliser" l'emploi. L'entreprise se voit déchargée des obligations liées à l'application du droit du travail et de la sécurité sociale, la requalification par le juge se révélant beaucoup plus difficile à réaliser.

- Le retour à la liberté contractuelle est manifeste. Il s'inscrit dans une optique libérale qui n'est pas sans rappeler la situation du XIX<sup>ème</sup> siècle.

C'est le grand retour du Code Civil de 1804 et de la logique du "louage de service". C'est un véritable statut d'indépendant, "subi" plutôt que "choisi", qui sert d'alternative à un statut de salarié considéré par certains comme contraire à l'ordre économique nouveau.

Le progrès technique lui-même participe à cette évolution. Le "travail à domicile" est désormais facilité par les moyens modernes de télécommunications. Le classique rapport de subordination organisé sur la base d'une unité géographique n'a plus grand sens lorsqu'il est confronté à des situations de télé-travail <sup>118</sup>.

Nul doute que la loi Madelin apparaît comme un texte majeur dans notre histoire sociale en ce qu'il remet en cause le critère fondateur de subordination <sup>119</sup>.

Au delà du traditionnel statut "choisi" d'indépendant, on voit apparaître des indépendants soumis à des contraintes les amenant - malgré eux - à se mettre à leur compte. Perdant les avantages liés au statut de salarié, ces personnes se voient - le plus souvent - placées dans une dépendance économique totale envers un seul donneur d'ordre <sup>120</sup>.

Nul doute que la loi Madelin ne fait qu'accompagner un vaste mouvement historique. Elle contribue en tout cas, à court terme, à déstabiliser les salariés. Loin de resserrer les liens au sein de la communauté de travail, elle accroît considérablement les risques de fracture sociale <sup>121</sup>.

- Faut-il, pour autant, s'opposer à cette évolution ou faut-il adapter le droit du travail pour que, de droit de l'emploi subordonné, il se transforme en droit de l'activité ?

<sup>117</sup> - ... sous réserve cependant de la possibilité d'établir la preuve de l'existence d'un lien de subordination.

<sup>118</sup> - Cf. J.E. Ray, "Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination", Droit Social 1992, p. 525. G. Goutier, "Le télétravail - Vague de fond ou engouement passager ?", Dossier n° 4, CEE, 1994. Y. Lasfargues, "Techno-folies, techno-folies", Ed. Organisation 1992.

<sup>119</sup> - Cf. sur l'analyse de la loi Madelin : J. Barthélémy, "Contrats de travail et d'entreprise : nouvelles frontières", SJ 1994 I 361. B. Teyssier, "Sur un fragment de la loi n° 94 - 126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 120 - 3 du C. du T.", Dt. Soc. 1994, p. 667. A. Arseguel et Ph. Isoux, Loi "initiative et entreprise individuelle. Aspects sociaux", Bull. Joly, n° 5, mai 1994, p. 142. G. Lyon-Caen, "Le droit virtuel : l'exemple du régime de l'emploi", D. 1995, chr. p. 21 et "Où mènent les mauvais chemins" Dt Soc. 1995, p. 638. Association Villermé, "La loi Madelin et le Code du Travail, à contre courant, une menace quidevrait pourtant rester sans effet", Dt. Soc. 1994, p. 673. M. Vericel, "Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification de salarié", ALD 1995, p. 54. F. Doroy, "La vérité sur le faux travail indépendant", Dt. Soc. 1995, p. 638.

<sup>120</sup> - Il est aisé de mettre en évidence la tendance actuelle de la plupart des groupes européens qui consiste à réduire leurs effectifs permanents pour recourir davantage à des sous-traitants voire des indépendants. Cf. T. Aubert-Monpeyssen, "Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail", Dt. Soc. Juin 1997, pp. 616 et s. A. Lyon-Caen, "Les clauses de transfert des risques sur le salarié", Rev. Jur. d'Ile de France, 1996, n° 39. D. Weiss, "Nouvelles formes d'entreprises et relation de travail", Revue Fr. de Gestion, Mars 1994, p. 95.

<sup>121</sup> - Cf. F. Lemaître, "Le droit commercial se substitue au code du travail", Le Monde du 19 mai 1995, p. 20.

Deux évolutions de ce scénario sont concevables dans le long terme <sup>122</sup>.

Le premier nous conduit à la prolifération de petits indépendants en situation "d'auto-emploi" (ou de "sous-emploi"... ) sans la moindre garantie sociale. Ce processus aboutirait à la généralisation du processus d'exclusion, la désinsertion professionnelle étant définitive et absolue <sup>123</sup>.

La deuxième hypothèse est plus optimiste. La mutation du droit du travail en "droit de l'activité" permettrait d'élargir la protection de la norme sociale en supprimant progressivement les différences de régime entre travail salarié et travail non salarié <sup>124</sup>.

Cette alternative est au coeur des réflexions actuelles sur les mutations nécessaires de notre législation sociale <sup>125</sup>. Le constat de l'opérationnalité déclinante du droit du travail est évident. Le lien de subordination, critère fondateur du contrat de travail, devient difficile à identifier dans les nouveaux systèmes de prescription des tâches. Les différences entre contrat de travail et travail indépendant sont de plus en plus difficiles à déterminer. Les salariés sont soumis à des obligations de résultat dans un contexte qui n'a plus grand chose à voir avec l'entreprise traditionnelle. Les "indépendants" doivent, à l'inverse, affronter un surcroît de subordination pouvant être qualifié de "technologique".

L'évolution de la perception individuelle du temps de travail accompagne cette confusion. Celle-ci ne correspond plus aux représentations qui ont longtemps fondé la régulation de la relation de travail <sup>126</sup>.

Le modèle "classique" de l'emploi salarié à durée indéterminée, à temps complet, dans un métier donné perd son aspect normatif du fait de la création de nouvelles formes d'emplois. Les passages de l'emploi au chômage et la mobilité dans l'emploi s'accroissent.

Cette idée de création d'un Droit de l'activité suppose un travail législatif d'une très vaste ampleur permettant d'organiser ces nouvelles formes de "travail" remplissant les mêmes fonctions que l'emploi (utilité sociale, sociabilité...) sans en avoir les caractéristiques (subordination, rythmes imposés, autonomie limitée...).

L'enjeu majeur est ici d'intégrer l'idée que si l'emploi est un moyen important d'intégration sociale, il est d'autres voies possibles à certains moments de la vie.

Cela passe par la création d'un véritable "contrat d'activité" intégrant les différentes étapes successives, et parfois éclatées, de la vie active. Ce contrat suppose la prise en compte de contraintes multiples : "dématérialisation" du travail et autonomie accrue du salarié, prise en compte des nouvelles attentes des hommes et des femmes, renforcement de la capacité d'adaptation du système productif, organisation de la mobilité...

"L'actif" devrait, dans cette optique, bénéficier d'un véritable droit d'accès au contrat de travail, d'un droit permanent à la formation professionnelle, d'un rapprochement des statuts de salarié et de travailleur indépendant, d'un large droit à des congés libres pour convenance personnelle...

Sur le terrain de la protection sociale, enfin, il est - bien sûr - indispensable de garantir la situation de l'actif par l'attribution d'un revenu constant tout en conservant une couverture sociale homogène.

Ce choix est complexe. Les mutations qu'il implique sont considérables mais elles permettent de donner au droit du travail une véritable dynamique. Plutôt que de subir

<sup>122</sup> - Cf. G. Lyon-Caen, "Le droit du travail. Une technique réversible", Dalloz 1995, p. 25.

<sup>123</sup> - Cette évolution déboucherait, à terme, sur un véritable "enlèvement" de notre société. La société Française poursuivrait sa division entre exclus du travail et nantis. Les premiers seraient soumis à une flexibilité de plus en plus forte alors que pour les autres on conserverait une sorte de "noyau dur" social. La rupture des grands équilibres de notre société serait sans doute inévitable.

<sup>124</sup> - Une autre hypothèse supposerait une flexibilité totale, l'Etat servant de garant. Cette société "idéale" supposerait une conciliation parfaite entre la cohésion sociale et l'ouverture au monde.

<sup>125</sup> - Cf. J. Boissonnat, "Le travail dans vingt ans", Commissariat général du Plan, Ed. Odile Jacob, Octobre 1995.

<sup>126</sup> - Cf. J.Y Boulin, G. Cette, D. Taddei, "Le temps de travail", Futuribles, Syros 1993.



l'évolution économique, voire d'être contourné par des dispositifs juridiques "commerciaux", le droit du travail peut redevenir un moyen fort d'intégration sociale. La création d'un statut de l'actif intégrant les atouts traditionnels de la relation salariale constituerait un acte fort maintenant une véritable insertion professionnelle.

### 3 - Le droit social européen, facteur de renforcement des droits des salariés

- Si l'Europe économique et financière constitue aujourd'hui une entité mesurable, il est beaucoup plus difficile de déterminer les contours de sa dimension sociale. Celle-ci, au coeur des débats actuels <sup>127</sup>, constitue pourtant une source essentielle du droit du travail. Les influences de cette norme supranationale sur notre norme sociale sont aujourd'hui tout à fait significatives au point qu'il est possible d'en tirer d'utiles enseignements !

- Afin de mesurer l'impact supposé du droit social européen sur le problème de l'insertion professionnelle des salariés, il est utile d'en rechercher les fondements au sein des textes issus de l'Union Européenne <sup>128</sup>.

Nul doute que le **Traité de Rome du 25 mars 1957** <sup>129</sup> est un texte à finalité économique. Pourtant le droit social européen va y trouver ses premières racines sociales.

Ainsi l'idée même de "progrès social" se dégage de la philosophie générale du texte alors que quelques articles sont consacrés à la dimension sociale du nouvel espace européen.

On constate, par exemple, que les articles 48 et suivants du Traité organisent la libre circulation des salariés, que l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes est affirmée dans l'article 119 et que, par son article 123, ce texte fondateur met en place le Fond Social Européen (FSE) <sup>130</sup>.

Les orientations sociales du Traité ne connaîtront cependant une application réelle qu'après l'adoption par le Conseil de la Communauté d'un "Programme d'action sociale" <sup>131</sup> initiant la mise en place des premières directives sociales véritablement significatives <sup>132</sup>.

Ces textes constituent, sans nul doute, les prémices d'un mouvement juridique de nature à bouleverser nos propres règles de fonctionnement. Les "années Thatcher" vont cependant interrompre cette évolution. Considérant que l'Europe peut être économique

<sup>127</sup> - L'accord des Etats membres de l'Union Européenne pour adopter, le 16 Juin 1997, le pacte de stabilité budgétaire a permis, du fait des pressions françaises, l'adjonction d'une résolution sur la croissance et l'emploi. Certains éléments de cette résolution participent directement ou indirectement à la recherche de l'insertion : "1 - (...) Il faut se donner pour objectif prioritaire de développer une main-d'oeuvre compétente, formée et mobile (...). L'efficacité économique et l'intégration sociale sont des aspects complémentaires de la société européenne plus solidaire à laquelle nous aspirons tous (...)" . Compromis d'Amsterdam.

<sup>128</sup> - Cf. G. et A. Lyon-Caen, "Droit social international et européen", Dalloz 1993. R. Blanpain et J.C. Javillier, "Droit du travail communautaire", LGDJ 1993. R.M. Chevallier et J. Boulouis, "Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes", Tomes 1 (1994) et 2 (1991).

<sup>129</sup> - Cf. J.J. Ribas, "La politique sociale des communautés européennes", Dalloz 1969. L.E. Troclet, "Eléments du droit social européen", Bruxelles 1963. Ribas, Jonczy et Seché, "Textes de droit social européen", PUF, 1972. B. Teyssié, "Code de droit social européen", LITEC 1990.

<sup>130</sup> - D'autres articles auraient pu être mis en évidence du fait de leurs incidences directes ou indirectes sur le domaine social : art. 104 sur la nécessité de maintenir un haut niveau d'emploi, art. 118 sur la protection de l'hygiène et la sécurité au travail, art. 120 sur les équivalences de congés payés...

<sup>131</sup> - Résolution du 21 janvier 1974. Cf. La politique sociale, l'Europe des communautés - notice 14 - La documentation Française, 1989.

<sup>132</sup> - Cf. Directives de 1975 sur l'égalité des rémunérations ou sur l'organisation des licenciements collectifs, directives de 1976 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, directives de 1977 sur les droits reconnus aux salariés en cas de transfert d'entreprise, directives de 1978 sur l'égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine de la sécurité sociale...

mais qu'elle ne doit pas être sociale, le premier ministre Anglais va s'opposer systématiquement à toute avancée en faisant jouer son droit de veto <sup>133</sup>.

Ce n'est qu'au début des années 90, en particulier, du fait des conséquences de l'application de nouveaux Traités, que l'Europe pourra poursuivre sa marche vers une forme espérée d'unité sociale.

**L'Acte Unique Européen de 1986** <sup>134</sup> applicable à compter du 1er Janvier 1993 conserve une orientation largement économique. Pourtant la création "d'un grand marché unique" va donner au droit européen de nouvelles modalités de fonctionnement. La règle du vote à la majorité qualifiée pour faire évoluer certains thèmes comme l'interprétation extensive de dispositions portant à l'origine sur le respect d'une libre concurrence permettront des avancées non négligeables dans le domaine social <sup>135</sup>.

- Signé le 7 février 1992, **le Traité de Maastricht est applicable depuis le 1er novembre 1993** <sup>136</sup>. Il fonde l'Union Européenne sans toutefois organiser l'Europe Sociale.

Le protocole social additionnel au Traité <sup>137</sup> permet cependant à 11 des 12 pays membres <sup>138</sup> de progresser dans la voie de règles sociales communes.

Ce texte distingue désormais trois catégories de sujets sociaux : ceux qui seront désormais traités sur la base de la majorité qualifiée <sup>139</sup>, ceux qui restent soumis à la règle de l'unanimité <sup>140</sup>, ceux qui demeurent de la compétence exclusive de chaque Etat membre <sup>141</sup>.

D'autres textes devraient suivre et la volonté politique exprimée récemment dans de nombreux Etats membres de dépasser une simple logique monétaire devrait permettre d'intégrer une clause sociale dans le pacte de stabilité budgétaire devant très prochainement lier les membres de l'Union Européenne <sup>142</sup>.

<sup>133</sup> - L'échec du sommet de Strasbourg du 9 décembre 1989 lors du débat relatif à "la Charte Communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs" a, sans nul doute, constitué un des obstacles majeurs à la mise en place d'un texte à finalité sociale destiné à compenser les axes économiques dégagés par l'Acte Unique de 1986. La "non décision" du Conseil du fait des pressions exercées par Madame Thatcher et l'UNICE (Confédération de l'Industrie et des Employeurs de l'Europe) a été analysé par de nombreux auteurs comme le "pari perdu de l'Europe Sociale". Cf. E. Vogel Polsky, "Quel futur pour l'Europe Sociale après le sommet de Strasbourg ?", Dt. Soc. 1990, p. 219. C. Pettiti, "La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : un progrès", Dt. Soc. avril 1990, p. 387.

<sup>134</sup> - Traité des 17 - 28 Février 1986. Loi de ratification du 16 décembre 1986. Entrée en vigueur le 1er juillet 1987. Décret du 4 décembre 1987.

<sup>135</sup> - L'article 118 A de l'Acte Unique précise que "les Etats membres s'attachent à promouvoir l'amélioration notamment du milieu du travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif l'harmonisation dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine". Ce texte destiné à garantir les conditions d'une saine concurrence sera reporté sur le terrain social par la Cour de Justice Suprême.

<sup>136</sup> - Sur les apports sociaux du Traité, voir : M. Carraud, "Droit social européen", Publisud 1994.

<sup>137</sup> - Protocole additionnel n° 14 sur la politique sociale, auquel est annexé un accord entre les Etats membres de la Communauté Européenne à l'exception du Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, auquel sont jointes deux déclarations.

<sup>138</sup> - A ce jour, et suite aux évolutions connues par l'Union Européenne, 14 des 15 pays membres participent à l'application de ce protocole. Seule la Grande-Bretagne s'est tenue à l'écart de ce dispositif mais le nouveau premier ministre, le travailliste Tony Blair, a manifesté - suite à son élection - sa volonté de le ratifier.

<sup>139</sup> - Amélioration du milieu du travail pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs, conditions de travail, information et consultation des travailleurs, égalité entre hommes et femmes sur le marché du travail...

<sup>140</sup> - Sécurité sociale et protection sociale des travailleurs, licenciement, représentation et défense des salariés, conditions d'emploi des immigrés extra-communautaires...

<sup>141</sup> - Rémunérations, droit syndical, droit de grève et lock-out.

<sup>142</sup> - Suite aux élections législatives de mai - juin 1997, la nouvelle majorité mise en place a procédé à une réorientation de la politique Européenne de la France. Ainsi le nouveau ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, Dominique Strauss-Kahn, a-t-il demandé le 9 juin 1997 à Luxembourg un réaménagement du pacte de stabilité budgétaire devant lier les pays qui participent à l'Euro à compter de janvier 1999. Le ministre souhaite, en effet, que la croissance et l'emploi figurent comme des priorités aussi importantes que la discipline budgétaire dans les

- Ces textes et leurs orientations sociales ne seront pas sans influence sur le droit interne du travail des pays membres. La mise en place de directives sociales <sup>143</sup> significatives dans leurs objectifs comme dans leurs effets ainsi que la jurisprudence dominante de la Cour de Justice <sup>144</sup> vont donner à l'Europe sociale ses premières orientations. Il convient de constater que "la flexibilité juridique", très présente aujourd'hui dans le droit interne des pays membres, ne trouve pas prise en droit Européen.

Celui-ci poursuit, en effet, la recherche d'une forme d'équilibre voire d'oecuménisme entre des pays où le social connaît une application extrêmement variable.

On constate, de fait, que c'est la personne même du salarié qui est prise en compte par les différents Traités européens alors que les rapports de travail comme leur nature juridique ne sont que très rarement évoqués <sup>145</sup>.

Les notions de "travailleur salarié", de "contrat de travail" ou de "relation de travail" sont utilisées dans les textes Européens sans qu'à aucun moment une définition en soit donnée <sup>146</sup>. Ces choix ne sont pas neutres car ils conduisent à donner au salarié une qualification statutaire et non uniquement contractuelle.

Si le salarié est, à l'origine, perçu par le droit communautaire comme un simple "opérateur économique" susceptible d'intervenir sur le marché du travail <sup>147</sup>... on trouve rapidement, dans les textes Européens comme dans le droit dérivé, l'idée de la recherche d'une définition statutaire du travailleur salarié réduisant la dimension contractuelle de la relation salariée.

De fait, le droit Européen va caractériser le travailleur salarié non par son contrat mais par sa profession, non par sa seule activité subordonnée mais aussi par sa couverture sociale <sup>148</sup>.

- De ces conceptions parfois contradictoires peuvent naître des orientations prenant en compte, à la fois, une logique contractuelle et marchande ou statutaire et personnelle. Si certains textes européens ne vont présenter que des orientations purement économiques, d'autres au contraire vont permettre au salarié de bénéficier des moyens juridiques lui permettant d'affirmer et de garantir sa qualité d'être social dans un environnement citoyen où il est parfaitement intégré.

---

objectifs de l'Union économique et européenne.

<sup>143</sup> - Voir par exemple : directives n° 77/576 du 25 juillet 1977 concernant la signalisation de sécurité sur le lieu de travail, n° 82/501 du 24 juin 1982 concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles, n° 83/447 du 19 septembre 1983 concernant la protection des travailleurs contre les risques dus à l'exposition au bruit pendant le travail, directive cadre n° 89/91 du 12 juin 1989 sur la santé et la sécurité au travail, directive n° 91/383 du 25 juin 1991 sur la santé au travail des salariés précaires, directive n° 94/45 du 22 septembre 1994 sur le Comité d'Entreprise Européen...

<sup>144</sup> - On relèvera l'exemple, en France, de l'application de l'article L. 122 - 12 alinéa 2 suivant une orientation plus favorable pour les salariés du fait de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Cf. CJCE du 10/02/1988, Foreningen in Dt Soc. 1988, p. 455 et Arrêt Desquenue du 12/06/1986, p. 605.

On lira : A. Pousson, "Cession d'entreprise et droit du travail" in Annales de l'Université Toulouse 1, 1995.

<sup>145</sup> - Cf. A. Supiot, "Critique du droit du travail", op. cit. p. 22 et s.

<sup>146</sup> - Dans le Traité de Rome on relève par exemple la mention des "travailleurs" dans l'étude des objectifs du Fond Social Européen (art. 3), dans la libre circulation des personnes (art. 48 et s.), dans l'évocation de la sécurité sociale des travailleurs migrants (art. 58)... alors que l'Acte unique de 1986 en traite dans le cadre de l'hygiène et de la Sécurité au travail (art. 118 A).

Le droit dérivé avance, de son côté, la notion "d'activité salariée" (Reg 1612/68 du 15/10/1968 sur "la libre circulation des travailleurs"), "d'activité professionnelle" (Dir. 76/207 du 9/02/1976 sur le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes) et de "contrat de travail ou relation de travail" (Dir. 91/383 du 25/06/1991 sur "la protection de la santé des CDD et intérimaires"). On notera, enfin, que la Charte des droits sociaux introduit, de son côté, les notions de "métier" (art. 2), de "vie active" (art. 15) et de "vie professionnelle" (art. 23).

<sup>147</sup> - Les origines du marché commun ne sont pas sans rappeler les orientations civilistes du droit du "louage de services" mis en place en France en 1804. L'idée d'échange économique est ici dominante et dépasse la seule notion de travailleur.

<sup>148</sup> - Cf. G. Lyon-Caen, "Le droit du travail non salarié", Sirey 1990, p. 80.

- Nul doute que le droit de l'Union Européenne ne favorise pas l'épanouissement de la norme sociale lorsqu'il s'efforce de favoriser la libre concurrence afin d'organiser un véritable marché unique <sup>149</sup>. A de multiples reprises, la Cour de Justice de l'Union Européenne va confirmer cette finalité en faisant prévaloir "la notion d'activité économique" dans l'application des normes européennes susceptibles de bénéficier aux salariés <sup>150</sup>.

Ainsi, par exemple, la possibilité pour le salarié de bénéficier du jour de repos dominical, droit largement consacré par les législations des Etats membres est fragilisé par le principe économique organisant la libre circulation des marchandises et que consacre le Traité de Rome.

Sans que ce droit "ancien" des salariés soit totalement remis en cause, on note la multiplication des exceptions communautaires traduisant, sans nul doute, la domination des nécessités économiques sur les besoins sociaux <sup>151</sup>. La gestion de l'employeur l'emporte sur les effets protecteurs du statut de salarié.

Dans le même esprit, dans le domaine de la libre prestation de services, les règles européennes ont conduit à reconnaître le fait qu'un sous-traitant puisse appliquer son propre droit national (conditions de travail, salaires...) à ses propres salariés recrutés sur place même si ceux-ci étaient envoyés dans le pays du donneur d'ouvrage, pays pratiquant des normes de travail plus avantageuses <sup>152</sup>.

D'autres exemples auraient pu être présentés dans le même esprit <sup>153</sup>. Ils traduisent le fait que, dans la concurrence qui s'organise autour de la mise en place du marché unique européen, l'économique domine souvent le social. Les libertés relatives aux échanges marchands peuvent parfois réduire les libertés des salariés.

Ce constat ne doit pas cependant masquer les apports bien réels de l'Europe sociale.

- Il est évident que les dimensions sociales et économiques du travail sont indissociables <sup>154</sup>. Loin de s'opposer, les normes sur la concurrence et celles relatives au travail peuvent se combiner pour faciliter l'organisation d'une véritable égalisation des conditions de la compétition économique, en particulier sur le terrain social. La mise en place, dans cet esprit, d'un statut protecteur "unifié" au profit des salariés européens peut contrebalancer l'évolution contemporaine des législations nationales ramenant progressivement le travail humain à une dimension purement marchande.

L'exemple de la protection de la santé et de la sécurité constitue aujourd'hui l'exemple type des apports de la législation sociale dans ce retour à une conception statutaire de la situation professionnelle du salarié.

Ainsi la directive cadre du 12 juin 1989, prise en application de l'article 118 A du Traité, vient définir dans ce domaine la compétence de la communauté et préfigure ainsi la mise en place d'une norme européenne de sécurité <sup>155</sup>.

Les conséquences de l'application de cette directive et des textes qui en sont dérivés <sup>156</sup> sont tout à fait significatives de l'orientation prise par le droit européen au profit du salarié.

<sup>149</sup> - Cf. G. Lyon-Caen, "Le droit du travail, une technique réversible", Dalloz 1995, p. 88 et s.

<sup>150</sup> - CJCE du 23 mars 1982, Levin (Rec. 1035) ou 31 mai 1989, Bettray (Rec. 1621).

<sup>151</sup> - Cf. Arrêts du 28/02/1991 (C. 312 - 89) et du 2/06/1994 (C. 9.93).

<sup>152</sup> - Cf. Arrêt du 27 mars 1990, Rush Portuguesa (C. 113.89).

<sup>153</sup> - On aurait pu évoquer ici la remise en cause de l'exclusivité reconnue par un Etat au bénéfice des entreprises de manutention de ses ports et qui conduit à admettre le chargement et le déchargement de navires à un moindre coût par les salariés d'un armateur sous protégés socialement (cf. Arrêt du Port de Gênes du 10 décembre 1991 - C. 179 . 90). On aurait pu aussi souligner les paradoxes liés à l'application de l'article 7 du Traité de Rome et qui conduisent la Cour à s'opposer à toute prohibition du travail de nuit des femmes au nom de l'application du Principe de non discrimination. Au-delà du fait que cette décision permet aux femmes d'accéder à certains emplois jusqu'alors réservés aux hommes, on se doit de constater que la loi de 1874 avait, en France, pour objectif principal de les protéger en particulier en tant que mères (cf. Arrêt Stoëkel du 25 juillet 191. C. 345 - 89).

<sup>154</sup> - L'affaire "Hoover", et plus récemment l'affaire "Vilvorde", témoignent de l'étroitesse de ces liens.

<sup>155</sup> - Directive n° 89/391, JOCE du 29/06/1989. Ce texte et ceux qui en découlent ont été largement repris dans le droit Français par la loi du 31 décembre 1991 renforçant, en particulier, les moyens d'intervention des inspecteurs du travail. Cf. J.O. du 7/01/1992.

Le renforcement des prérogatives de structures de contrôle extérieures à l'entreprise, comme la reconnaissance au profit du salarié de ses droits à prendre en charge sa propre sécurité, participe à la reconstruction d'un statut européen allant à l'encontre des évolutions nationales.

D'autres exemples, parfois très récents, témoignent d'un véritable mouvement de fond, bien différent de l'évolution contemporaine du droit Français du travail, et qui nous ramène aux valeurs qui ont fondé sa mise en place.

L'application d'une conception "large" de la directive sur les transferts d'entreprise <sup>157</sup>, l'obligation de passer un écrit pour mettre en place une relation de travail <sup>158</sup>, la création des Comités d'entreprise européens <sup>159</sup>, la régulation du temps de travail maximum au sien de l'Union Européenne <sup>160</sup>... tout cela participe à l'affirmation de l'identité du salarié européen.

- La fonction intégratrice du droit européen est ici plus qu'évidente. Elle ne semble cependant pas, à ce stade, suffisante pour résister au glissement de certains salariés vers la précarité et, donc, vers la désinsertion professionnelle. La dérégulation sociale liée au libéralisme économique et au monétarisme bouleverse les fragiles équilibres de l'entreprise, la dimension économique des problèmes remettant en cause les progrès et les acquis sociaux.

L'Europe a cependant la capacité de résister à ces dérives en constituant un espace de stabilité sociale, sorte de "havre de paix" dans un monde en mutations profondes. Cela suppose la promotion de nouvelles logiques lui permettant de rendre indissociables les progrès économiques et sociaux <sup>161</sup>.

Le Droit européen doit, pour cela, retrouver les fondements mêmes du droit du travail en le distinguant de "l'emploi salarié" qui n'est que l'une de ses formes. Refusant la dimension exclusivement marchande des économistes ultra-libéraux, il lui revient d'introduire au sein des pays membres de l'Union Européenne un certain nombre de références sociales obligatoires permettant de concilier la diversité des formes prises par le travail dans le monde contemporain et la recherche de la continuité d'un statut juridique.

La demande Française de ne pas enfermer la mise en place du pacte de stabilité budgétaire devant nous conduire à l'EURO dans une dimension purement monétariste va dans le bon sens.

L'idée d'associer la création d'emplois et des mesures en faveur de l'activité aux contraintes qui pèsent sur les pays membres de l'Union, nous semblent de nature à faciliter la compréhension de l'Europe par les peuples qui la composent.

Cette réintroduction de l'homme dans un jeu jusque là exclusivement économique nous semble de nature à stabiliser une évolution dramatique vers une logique ultra-libérale où "le travail marchandise" occulte définitivement le "salarié-citoyen" dans l'entreprise.

---

<sup>156</sup> - Cf. par exemple, les directives du 30/11/1989 sur les prescriptions minimales de santé et de sécurité, du 29/05/1990 sur les risques dorso-lombaires, du 25/06/1991 sur les risques liés à l'amiante ou du 25/06/1991 sur la protection des salariés intérimaires.

<sup>157</sup> - Cf. A. Pousson, op. cit.

<sup>158</sup> - Directive applicable au 1/07/1993.

<sup>159</sup> - Proposition du 12/12/1990 adoptée le 22 mars 1994 et applicable au 22/09/1996. Cf. B. Teyssié, "Le comité d'entreprise européen : de la directive à la loi", Semaine Sociale Lamy n° 792 du 13/05/1996, pp. 2 et s. I. Desbarrats, "A propos du Comité d'Entreprise Européen" in Les Petites Affiches du 30/06/1995.

<sup>160</sup> - L'exemple récent de la décision de la CJVE refusant à la Grande-Bretagne la possibilité d'éviter l'application d'une directive sur le temps de travail obligatoire au 23 novembre 1996 confirme la mise en place d'un véritable "socle social" Européen. Cette directive basée sur l'article 118 A de l'Acte Unique ("Hygiène et Sécurité") et non sur le Traité de Maastricht permet à tous les salariés européens de refuser de travailler plus de 48 heures par semaine, y compris les heures supplémentaires sans risquer des sanctions.

<sup>161</sup> - Cf. A. Supiot et autres "Manifeste pour une Europe sociale", Desclée de Brouwer, Sociologie Economique, 1996.

## CONCLUSION

- Le débat sur "le Travail autrement" est au coeur des préoccupations qui agitent aujourd'hui la société Française. Les multiples ouvrages publiés sur ce thème <sup>162</sup>, le formidable succès du livre de Viviane Forrester sur un sujet - à priori - bien éloigné des préoccupations du grand public <sup>163</sup>, les appels lancés dans la presse par des intellectuels de toutes origines <sup>164</sup>... témoignent d'une réflexion extrêmement riche et allant bien au-delà de "la pensée unique" <sup>165</sup> bloquée sur des références archaïques et dépassées. Attente d'une hypothétique reprise, libéralisme ou dirigisme, flexibilité-précarité... les débats politiques récents ont été bien pauvres en comparaison avec les grands enjeux de société qui transcendent le problème du travail humain et de sa finalité.

Pourtant l'évolution très récente de la perception des avancées européennes est de nature à nous permettre d'espérer.

L'ouverture des "3 chantiers refondateurs" préconisée pour les signataires de "l'appel de 333" constitue le point de départ d'un mouvement de nature - à mon sens - à réorienter le sens du travail. "Le chantier de la fondation d'un nouveau contrat social, le chantier de la mobilité et de la sécurité professionnelle et le chantier du temps de travail" constituent aujourd'hui les axes forts d'une réflexion devant nous amener à rejeter la seule règle du marché comme moteur de l'évolution de notre société.

La réussite de ce "chantier de la pensée juridique" pourra être mesurée à l'aune du degré d'insertion professionnelle de tous les acteurs de la vie sociale, insertion signifiant le reflux de l'exclusion.

L'homme retrouvera alors sa place - toute sa place - au coeur d'une société ouverte.

<sup>162</sup> - Cf., en particulier : "Le travail dans vingt ans", op. cit. "Les métamorphoses de la question sociale", op. cit. "Le travail, une valeur en voie de disparition", op. cit. "Critique du droit du travail", op. cit. "L'homme au travail", op. cit. "Le déclin du social", op. cit. "Le droit du travail, une technique réversible", op. cit.

"L'Entreprise au XXIème siècle", Centre des jeunes dirigeants, Flammarion. "Construire le travail de demain", CJD; Les Editions d'organisation. B. Perret, "L'avenir du travail", Seuil. Manifeste pour une Europe sociale, Collectif, Desclée de Brouwer. "Vers un nouveau contrat social", Collectif, Desclée de Brouwer. J.M. Ferry, "L'Allocation universelle", CERF. A. Lipietz, "La société en sablier", La Découverte. G. Aznar, "Emploi : la grande mutation", Hachette. C. Thélot et O. Marchand, "Le travail en France (1800 - 2000)", Nathan. D. Schnapper, "Contre la fin du travail", Textuel. J. Rifkin, "La fin du travail", La Découverte. B. Perret, "L'avenir du travail", Seuil. P. Seguin, "En attendant l'emploi", Seuil. G. Delfau, "Le droit au travail", Desclée de Brouwer. J.P. Fitoussi et P. Rosanvallon, "Le nouvel Age des inégalités", Seuil. "Le travail, quel avenir ?", Gallimard/Folio. D. Meda, "Le partage du travail", La Documentation Française. "L'Avenir du travail", Revue Esprit. "Pour un nouveau plein emploi", Collectif Syros. R. Sue, "Temps et ordre social", PUF. A. Gorz, "Métamorphoses du travail", Quête de sens Galilée. J. de Brandt, C. Dejours, C. Dubar, "La France malade du travail", Bayard 1995. J. Bidet et J. Texier (sous la direction de), "La crise du travail", PUF 1995. H. Bourguinat, "La tyrannie des marchés, essai sur l'économie virtuelle", Economica 1995. F. Furet, "Le passé d'une illusion", R. Laffont/Calmann-Levy, 1995. J.M. Jeanneney, "Vouloir l'emploi", O. Jacob 1994. J. Lesourne, "Vérités et mensonges sur le chômage", O. Jacob, 1995. S. Wuhl, "Les exclus face à l'emploi", Syros 1992. Y. Bresson, "L'après salariat", Economica 1993. J.B. de Foucauld et D. Piveteau, "Une société enquête de sens" Odile Jacob, 1995. P. Aronde, "L'impasse libérale" Desclée de Brouwer, 1997. D. Cohen, "Richesse du monde, pauvreté des nations", Flammarion 1997. Y. Schwartz (sous la direction de), "Reconnaitances du travail. Pour une approche ergologique", Coll. "Pratiques théoriques", 1997.

<sup>163</sup> - V. Forrester, "L'horreur économique", Fayard 1997.

<sup>164</sup> - "Il faut réinventer le travail ! - 333 experts, chefs d'entreprise, chercheurs lancent un appel aux nouveaux députés in L'Express n° 2397 du 12 Juin 1997. Appel européen pour une citoyenneté et une économie plurielle du 27 juin 1996. Colloque du réseau "Partage" du 30 juin 1997.

<sup>165</sup> - J. F. Kahn, "La pensée Unique", Fayard 1995.