"Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés"

par

Jean-Michel LATTES
Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1
Chercheur au Laboratoire Interdisciplinaire de Recherche
sur les Ressources Humaines et l'Emploi
(LIRHE - CNRS ESA 5066)

Le problème de la confrontation du pouvoir de l'employeur avec le nécessaire respect des libertés des salariés se devait d'être posé dans un colloque pluridisciplinaire consacré aux rapports entre les pouvoirs et la gestion.

Une telle question ne peut être traitée qu'en se replaçant dans la perspective de l'évolution historique du droit du travail afin de mettre en évidence l'origine et les fondements de ce pouvoir patronal.

Ainsi, nul doute que **la théorie classique de l'entreprise** basée sur des concepts civilistes permet, à la fin du 19ème siècle, de justifier juridiquement un tel pouvoir. Pourtant l'évolution de la notion de propriété ne suffit plus aujourd'hui pour assurer la justification de critères traditionnels en vertu desquels l'employeur dispose d'un pouvoir sur les choses basé sur la propriété et d'un pouvoir sur les personnes résultant du contrat [1].

D'autres réflexions ont permis, par suite, d'affiner l'étude de l'origine du pouvoir patronal.

Ainsi la théorie de **"l'entreprise communauté"** justifie le pouvoir patronal par le principe du bien commun[2]. Qualifiée d'utopique par certains, cette théorie, élaborée à l'origine par les catholiques sociaux[3], a été à l'origine de grandes réformes contemporaines destinées à faire progresser le salarié vers la citoyenneté dans l'entreprise[4].

Pourtant s'il est possible de mettre en évidence des domaines sociaux où cette théorie trouve une large application[5], elle ne suffit pas pour couvrir aujourd'hui toute l'étendue du pouvoir patronal.

La théorie de **"l'entreprise institution"** complète ce dispositif d'analyse en justifiant le pouvoir patronal par la place de l'entreprise dans l'ordre social. Cette théorie d'origine publiciste permet de considérer que l'entreprise est une société organisée comportant un ordre hiérarchique[6]. On trouve ici la justification des pouvoirs réglementaire et disciplinaire du chef

[1]. Cf. M.F. Mialon, "Les pouvoirs de l'employeur", L.G.D.J., 1996

[2]. Cf. M. Despax, "L'entreprise et le droit", L.G.D.J., 1957

[3]. Cf. J.M. Lattes, "L'Encyclique Rerum Novarum et son influence sur la mise en place du droit du travail au XXème siècle", (Symposium sur la Doctrine sociale de l'Eglise), Editions MAME, 1991, pp. 127 à 142.

[4]. La présentation des célèbres lois Auroux par le ministre du travail du même nom en 1982, consacre cette orientation. "Citoyen dans la cité, le salarié doit être citoyen dans l'entreprise"... c'est par ces mots que Jean Auroux introduisait alors son projet de loi. Pourtant au delà d'intentions, sans doute louables, il est aisé de constater que cette citoyenneté est imparfaitement réalisée. Ainsi, par exemple, les textes relatifs au Comité d'Entreprise (loi du 28 octobre 1982) donnent à celui-ci le droit d'être informé et consulté sur les questions essentielles de la vie de l'entreprise mais ils ne lui confèrent pas un droit de co-décision comme c'est aujourd'hui le cas dans les entreprises allemandes. Cf. J.M. Lattes, "Problèmes soulevés lors des travaux parlementaires relatifs aux lois Auroux", Mémoire de DEA, Toulouse, 1983.

[5]. On peut citer, par exemple, les accords collectifs d'entreprise renforçants les solidarités internes (accords de formation professionnelle ou de prévoyance collective complémentaire).

[6]. Cette théorie a été développée à l'origine par le doyen G. Hauriou et, par suite, par P. Durand. Elle considère que l'entreprise constitue "un ordre juridique secondaire" reconnu par l'Etat, autonome, mais non indépendant. Elle peut, de fait, déterminer ses propres normes mais leur contenu ne saurait être en contradiction avec celui des normes de droit commun déterminées par l'ordre juridique principal. On voit apparaître ici une des idées fortes de notre étude : "les pouvoirs de l'employeur peuvent se développer largement dans l'entreprise... à

d'entreprise par l'effet du pouvoir général de police dont il dispose en tant que chef d'une institution sociale, pouvoir qui lui est dévolu dans l'intérêt de l'entreprise[7].

Nul doute que ces trois théories participent à la justification et, peut-être, à l'organisation du pouvoir patronal.

C'est autour du concept de "subordination juridique" que nous nous proposons d'organiser notre analyse. En signant son contrat de travail, le salarié accepte, de fait, la mise en place d'un véritable rapport subordonné pendant toute la durée de son activité professionnelle.

Autour de la perception de l'évolution de cette notion en fonction des mutations de l'ordre économique, il est possible de mesurer le déplacement du délicat équilibre entre les pouvoirs de l'employeur et le respect nécessaire des droits et libertés fondamentales des salariés[8].

On peut ainsi tenter de démontrer que la mise en place, dans notre pays, du droit du travail - droit autonome des références civilistes traditionnelles - va permettre, si non de réduire, au moins de réguler, les pouvoirs de l'employeur (partie I).

Par suite, la crise économique va entraîner une remise en cause des équilibres sociaux progressivement consacrés par le Code du Travail... la nécessité de préserver l'emploi, y compris au détriment des droits des salariés, provoquant de profondes mutations juridiques. Afin de faciliter la gestion économique de l'entreprise, la norme sociale devient "flexible". L'employeur retrouve une autonomie plus large dans l'exercice de son pouvoir économique et cela n'est pas sans conséquence sur l'exercice des libertés fondamentales des salariés même si le développement de normes d'origine européenne maintient une certaine régulation (partie II).

I - La mise en place du droit du travail, tentative de régulation des pouvoirs de l'employeur

A - La référence civiliste au droit de propriété, fondement du pouvoir absolu de l'employeur

En l'absence de règles sociales autonomes, le fondement du pouvoir patronal trouve sa justification, au début du 19ème siècle, dans la référence à des concepts civilistes.

De fait, l'article 544 du Code Civil précise que les meubles et immeubles de l'entreprise appartiennent à l'employeur qui peut "en jouir de la manière la plus absolue" alors que l'article 1134 ajoute que, pour faire fonctionner ses machines, l'employeur recrute des salariés qui, en s'engageant, se soumettent à son autorité.

L'employeur, chef d'entreprise, va exercer sur ce qui constitue un bien privé tous les droits d'un propriétaire comme sur n'importe quel autre bien - meuble ou immeuble - faisant partie de son patrimoine.

condition de ne pas porter atteinte aux libertés des salariés".

[7]. L'analyse de M.C. Amauger-Lattes dans sa thèse "Droit pénal et droit disciplinaire dans l'entreprise privée. L'irréductible pouvoir disciplinaire", Thèse Toulouse, Décembre 1992, Direction M. Despax, conforte cette idée partiellement remise en cause dans les années 70 (cf. F. Vennin-Domenach, "Pouvoir disciplinaire ou droit disciplinaire dans l'entreprise privée, Thèse Lyon II, 1973).

[8]. Cette notion de "subordination" constitue, depuis l'origine du droit du travail, un vaste sujet de controverses pour les juristes. De nombreux travaux théoriques se sont efforcés de la renforcer ou de la remettre en cause. On lira notamment les ouvrages suivants : Costes, "Essais sur la nature juridique du contrat d'entreprise", Thèse, Toulouse, 1913 ; M. Despax, "L'entreprise et le droit" (op. cit.) ; T. Aubert-Monpeyssen, "Subordination juridique et relation de travail", Editions du CNRS, 1988 ; I. Vacarie, "L'employeur", Thèse, Bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, 1980. Des articles, plus limités dans leurs objectifs, complètent utilement ce dispositif : J. Savatier, "Pouvoir patrimonial et direction des personnes", Droit Social, 1982, pp. 1 et s. ; M. Despax, "L'évolution du rapport de subordination", Droit Social, 1982, pp. 11. et s. ; P. Pigassou, "L'évolution du rapport de subordination en droit du travail et en droit de la sécurité sociale", Droit Social, 1982, pp. 578 et s. ; T. Aubert-Monpeyssen, "La définition du salariat par la loi Madelin", Les Petites Affiches, 22/09/1995 ; A. Arseguel et Ph. Isoux, "Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise" in Les collaborateurs de l'entreprise, salariés ou prestataires de service, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1995.

En outre, le pouvoir patronal sur les salariés se justifie par l'application des règles issues du droit des contrats.

Le contrat de travail apparaît dans cette logique comme un contrat synallagmatique comportant des obligations réciproques pour l'employeur et pour le salarié.

Le contenu du contrat est déterminé librement par les partenaires sociaux. Ils vont pouvoir décider unilatéralement de le rompre à tout moment. Cette situation juridique vient consacrer, dans l'entreprise de l'époque, la primauté de l'autonomie contractuelle des volontés justifiant l'absence de contrôle extérieur[9].

On retrouve ici toute l'ambiguïté des rapports de travail organisés autour de deux pôles : celui des personnes physiques ou morales - sujets de droits - et celui des choses - objets possibles du droit[10].

Le juriste hésite à ranger le travail humain dans le droit des personnes ou dans le droit des biens. Il doit nécessairement tenir compte de ces deux faces et s'efforcer de concilier la vision matérielle du travail ("le coût du travail") avec l'indispensable prise en considération de la personne du salarié, sujet de droit.

De fait, le cumul des règles relatives au droit de propriété avec celles relatives à l'application des conséquences juridiques de l'engagement contractuel du salarié caractérise la mise en place d'un véritable rapport d'autorité conférant à l'employeur un pouvoir quasi discrétionnaire sur "les outils et sur les hommes" dans un contexte de liberté juridique pouvant être qualifié de sauvage[11].

Historiquement, la révolution industrielle va introduire de nouvelles logiques et de nouveaux rapports de force fondamentalement différents de ceux établis autour des relations professionnelles antérieures à dominante artisano-rurale[12].

L'entreprise, par opposition aux espaces professionnels auxquels elle succède, va apparaître comme un monde clôt. En son sein vont se développer de nouvelles logiques[13].

L'accès du salarié à l'entreprise apparaît comme l'entrée dans un nouvel "espace-temps" autour duquel on institue une clôture tant matérielle que juridique[14].

Les acteurs de cette évolution se placent désormais dans une logique de "distanciation" bien différente des relations de proximité liées à la vie rurale.

Tous ces éléments favorisent l'émergence d'un nouveau dispositif de pouvoir opposant le patron "maître absolu" à des "bataillons de corps soumis et muets".

Le patron est, de fait, **le législateur** dans l'entreprise. Il est le seul à y édicter des règles de fonctionnement[15].

[9]. Notons, cependant, qu'en cas de conflit, le juge judiciaire appliquera le droit commun des obligations.

[10]. On reste ici sur les bases de nos classifications juridiques fondamentales, classifications reprises par les grands auteurs civilistes. Sur ce thème on lira : Ph. Malaurie, "Introduction générale au droit civil", Paris, Cujas, 1991.

[11]. Sur ce thème du lien entre le droit de propriété et le travail humain au 19ème siècle, on lira : J. Carbonnier, "Les biens", PUF, 1980 ; J. Savatier, "Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée", Mélanges René Savatier, Dalloz, 1965, pp. 863 et s. ; J.M. Lattes, "Le travail : objet de propriété ?", Propriété et Révolution, Editions du CNRS, 1990, pp. 221 à 229. et "Révolte et création juridique en Droit du travail", Actes du colloque "Révolte et Société", tome 1, 1989, pp. 131 à 138, Publications de la Sorbonne ; F. Gauthier, "L'idée générale de propriété dans la philosophie du droit naturel et la contradiction entre liberté politique et liberté économique 1789 - 1795", Actes du colloque d'Orléans, "La Révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?", PUF, 1988, pp. 161 et s.

[12]. Cf. J. Le Goff, "Du silence à la parole", Droit du travail, Société, Etat (1830 - 1985), Calligrammmes - la Digitale, 1985.

[13]. C. Devilliers, "Le Creusot. Naissance et développement d'une ville industrielle 1782 - 1914", Editions du Champvallon.

[14]. L'établissement de règles relatives à la gestion des flux de travailleurs au niveau des portes des usines témoigne de la réalité de cette nouvelle organisation des relations professionnelles : l'espace est délimité, le temps est mesuré. Cf. J. Le Goff, op. cit.

[15]. L'étude des règlements des manufactures de l'époque est, à cet égard, très significative. Le salarié s'y voit imposer des devoirs, des injonctions, des interdictions... alors que rien ne permet de dégager le moindre droit.

Il fixe librement l'organisation du travail, en particulier : les horaires de travail, sa rémunération, les modalités de son exercice, les règles relatives à l'utilisation des outils... Tous les domaines liés à la vie de l'entreprise sont placés sous son autorité incontestée et incontestable.

En outre, le fait que le contrat de travail soit, dans sa réalité juridique, un contrat d'adhésion renforce encore la domination de l'employeur sur le salarié.

Les seules limites à l'exercice de cette capacité réglementaire procèdent de l'interdiction de déroger aux règles dites "d'ordre public".

Force est cependant de constater que l'ordre public libéral de l'époque ne permet pas aux salariés de disposer d'une véritable protection.

L'étude de la jurisprudence de la seconde moitié du 19ème siècle témoigne largement de cette réalité.

Au delà de son pouvoir réglementaire, l'employeur apparaît comme **le seul juge** du non respect de ses propres prescriptions organisant le fonctionnement de l'entreprise. Les règles imposées du fait de son pouvoir en la matière s'accompagnent de sanctions de toutes sortes de nature à en assurer l'application. L'amende et le licenciement constituent les principaux vecteurs de ce pouvoir disciplinaire.

Ainsi la pratique de l'amende se généralise au 19ème siècle. Le non respect de "la loi de l'entreprise" entraîne l'application de sanctions pécuniaires dont le poids apparaît considérable eu égard à la modicité des rémunérations perçues[16].

Le licenciement apparaît, de son côté, comme une arme redoutable favorisant l'assujettissement des salariés. Il permet à l'employeur de se séparer, sur le champs, de tout salarié susceptible de s'opposer au plein exercice de son pouvoir. Il facilite, par ailleurs, l'ajustement de l'effectif de l'entreprise en fonction des nécessités de la production.

Les règles civilistes facilitent ce déséquilibre dramatique en faveur de l'employeur. L'article 1780 du code organise, en effet, la libre rupture du contrat de travail en indiquant que "le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes".

Cet article laisse planer sur l'ouvrier la menace permanente d'un renvoi justifié par des raisons économiques, mais aussi - et surtout -, destiné à conforter le pouvoir absolu de l'employeur "maître et possesseur du destin de ses ouvriers"[17].

Ici encore, la jurisprudence va conforter ces orientations, la Cour de Cassation écartant toute tentative de rééquilibrage des juridictions de premier et de second degré en affirmant la primauté de l'article 1780 du Code Civil. Afin de préserver la souveraineté patronale, la Cour se refuse à contrôler les manifestations de discipline internes à l'entreprise[18].

Dans ce contexte juridique, la tentative de développer une forme de paternalisme au sein des entreprises ne remet pas en cause cette logique de pouvoir. Cela apparaît plutôt comme une tentative de dissimulation des dérives juridiques perverses de l'époque... les employeurs invoquant le prétexte de la recherche du bien être dans l'entreprise au profit de leurs salariés par le plein exercice de leur pouvoir souverain de direction[19].

Cf. J.P. Gaudemar, "L'ordre et la production. Naissance et formes de la discipline d'usine", Dunod, 1982 ; Dunoyer, "De la liberté du Travail", 2 vol. 1845.

[16]. Cf. G. Duveau, "La vie ouvrière en France sous le second empire", Gallimard ; Melussi, "Idéologies et pratiques patronales pendant l'industrialisation capitaliste", Thèse, Ecole pratique des Hautes Etudes, 1974.

[17]. Cf. Le Goff, op. cit, p. 38.

[18]. Au 19ème siècle, la Cour de Cassation s'interdit de restreindre la souveraineté patronale comme en témoignent ses décisions relatives à la rupture du contrat de travail où la charge de la preuve de la "machination" ou de "l'injustice" incombe au salarié et où elle manifeste son refus de contrôler les manifestations de disciplines internes à l'entreprise (arrêt dit des "sabots" du 16/02/1866).

[19]. Certains ont, à juste titre, souligné le fait que le paternalisme avait aussi pour but d'éviter la mise en place d'un droit contraignant pour l'employeur. Cf. Desroys du Roure, "Les règlements d'atelier et le contrat de travail", Thèse, Paris, 1920, p. 130.

Les relations de travail et les rapports de pouvoir qui en découlent demeurent inscrits dans les fondements du libéralisme, l'intervention de l'Etat dans le jeu économique apparaissant comme fondamentalement contre-nature et intrinsèquement dangereuse.

Les textes à finalité sociale mis en place à cette époque confirment cette analyse. Certes, la loi du 22 mars 1841 "relative au travail des enfants", la loi du 22 février 1851 sur les "contrats d'apprentissage" et celle du 19 mai 1874 sur le "travail des enfants et des filles mineures dans l'industrie" vont mettre en place ce qui pourrait apparaître comme un embryon de protection sociale.

L'inapplication de ces normes dans la réalité témoigne de l'absence de contrôle juridique de l'exercice du pouvoir patronal.

B - La naissance du social, tentative de régulation du pouvoir patronal

La mise en place d'un droit nouveau, le droit du travail, va permettre d'organiser des rapports juridiques poursuivant des finalités différentes de celles issues des grands principes civilistes.

Cette évolution va favoriser l'amélioration des garanties des salariés, l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction étant peu à peu encadré pour en limiter les excès. Il convient cependant de mesurer, à la fois, la progressivité de cette évolution et ses limites. Il ne peut être question ici de considérer que les fondements du pouvoir de direction de l'employeur sont remis en cause. On ne peut parler que de l'organisation de ce pouvoir.

"Le 89 social a été dilué sur plus d'un siècle" nous indique le Président Despax[20]. On ne peut qu'être frappé par la lenteur de cette évolution qui témoigne de la nécessité de ne pas bouleverser les grands équilibres de l'entreprise et, en particulier, de ne pas entraver les pouvoirs de gestion nécessairement liés à la personne de l'employeur.

Celui-ci doit, certes, respecter les libertés et les droits fondamentaux des salariés mais il doit aussi être en mesure d'assumer "le pouvoir fonctionnel" dans son entreprise.

En outre, les textes sociaux qui vont consacrer les libertés des salariés conduisent immanquablement à les définir et donc, de fait, à les limiter. On retrouve ici l'irréductible et terrible ambivalence de toute norme[21]. La règle sociale devra être, du fait de son émergence tardive, confrontée - et donc "conciliée" - avec d'autres libertés juridiques parfois très éloignées de ses fondements voire même de son esprit.

On va, malgré ces réserves, voir apparaître à l'issue de cette évolution des notions nouvelles redéfinissant la place du salarié dans l'entreprise et induisant une redéfinition des rapports de pouvoir.

"Citoyenneté dans l'entreprise"[22]... "Communauté d'intérêts unissant employeurs et salariés"[23], de nouvelles perceptions des rapports sociaux au début des années 80 vont caractériser l'aboutissement de ces évolutions.

L'étude de l'impact de ces normes sur l'exercice, par l'employeur, "de son pouvoir d'organiser l'entreprise", de "son pouvoir disciplinaire" et de son "pouvoir de gestion" nous permettent d'illustrer la réalité et les limites de cette évolution.

Le pouvoir "d'organiser" l'entreprise met en évidence la capacité de l'employeur à édicter des règles de fonctionnement. L'entreprise, institution sociale, a besoin que l'ensemble

[20]. M. Despax, "Droit du travail et transformations sociales", Mélanges Cabrillac, Librairies techniques, 1968, p. 143 et s.

[21]. Cf. J.C. Javillier, "La dynamique du droit du travail" in Droit du travail, LGDJ, 1992, pp. 13 et s.

[22]. J.M. Lattes, "Problèmes posés par les travaux parlementaires relatifs aux lois Auroux", op. cit.

[23]. J.M. Lattes, Encyclique "Rerum Novarum", op. cit.

de ses membres respectent des règles d'organisation dont il décide l'application en vertu de son droit de propriété[24].

Pourtant, et on retrouve ici tout le sens de la mise en place des normes sociales, s'il apparaît légitime, voire même indispensable, que l'entreprise - ordre juridique secondaire - fasse l'objet d'une réglementation, il faut aussi limiter et encadrer ce pouvoir pour éviter l'arbitraire et le discrétionnaire. De fait, le droit du travail s'efforce ici de préserver les libertés collectives et individuelles des salariés.

Le Règlement intérieur constitue le domaine d'expression naturelle du pouvoir réglementaire de l'employeur. Acte unilatéral, il lui permet d'exprimer un véritable pouvoir normatif. Du fait de ces nécessités, la première loi Auroux du 4 août 1982 est intervenue pour réduire le contenu du Règlement tout en étendant son contrôle par l'inspection du travail[25].

Ce texte remet en cause la logique antérieure qui reconnaissait à l'employeur le pouvoir d'élaborer des règles générales s'imposant à tous les salariés et qui pouvaient prendre la forme non seulement de règlements internes mais aussi de circulaires, notes de service... édictant les interdictions et les obligations les plus diverses[26] .

Le Règlement intérieur demeure, aujourd'hui, obligatoire dans les entreprises d'au moins vingt salariés. C'est un document écrit ne pouvant porter que, d'une part, sur les "mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité" et, d'autre part, sur "les règles générales et permanentes relatives à la discipline"[27].

Toutes clauses portant sur d'autres matières sont donc illicites et les restrictions concernant les droits et libertés des personnes ne peuvent être qu'exceptionnelles, l'employeur étant tenu de les justifier par la nature de la tâche à accomplir et le but recherché[28].

En outre la procédure d'élaboration du règlement participe, elle aussi, à l'encadrement du pouvoir de l'employeur. Tenu de consulter les représentants du personnel[29] et de réaliser un affichage sur les lieux de travail, il doit déposer le règlement au secrétariat - greffe du Conseil de Prud'hommes[30] et en adresser deux exemplaires à l'inspection du travail[31].

Nul doute que le droit social est ici en recherche d'équilibre. Sans remettre en question l'essence même du pouvoir de l'employeur, il en régule l'exercice en faisant de l'entreprise un espace de droit[32].

Le pouvoir disciplinaire de l'employeur suit une évolution similaire, la loi du 4 août 1982 organisant sa transformation en un véritable "droit disciplinaire".

[24]. On doit noter ici que ce pouvoir peut aussi s'exercer sur la base d'une délégation du propriétaire. Cf. B. Teyssié, "L'interlocuteur des salariés", Droit Social, Janvier 1992, pp. 41 et s.

[25]. "Loi relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise", J.O. du 6/08/1982.

[26]. Cf. G. Lyon-Caen, "Une anomalie juridique : le règlement intérieur", D. 1969, chron. 35 ; M. Cohen, "Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise", D. Social, 1980, p. 165 ; A. Arseguel, "Le règlement intérieur", Revue Française de comptabilité, mars 1994, pp. 53 et s.,

[27]. Art. L. 122-34 du Code du Travail.

[28]. J.M. Lattes, "Le Principe de non discrimination en droit du travail", Thèse Toulouse, Janvier 1989.

[29]. "en principe, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel", art. L. 122-36 du Code du Travail.

[30]. Art. L. 122-24 du Code du Travail.

[31]. Art. L. 122-35, al. 1 du Code du Travail

[32]. La jurisprudence sociale participe largement à cette recherche d'équilibre en adaptant la norme générale au particularisme des situations. Ainsi le Conseil d'Etat veille à ce que soient conciliés la liberté publique d'entreprendre ainsi que le respect des relations professionnelles régies par le droit privé. Cf. C.E. du 26 juillet 1984, Ministre du travail c. S.A. Creusot - Loire, Rec. p. 304 ou D.S. 1985, p. 52 concl. M. Boyon. Le contentieux est aussi largement judiciaire, la Cour de Cassation ayant, à de multiples reprises relayé les procédures prud'homales. Cf. Cass. Soc. 10 Juin 1982, Sté des ed. Quo Vadis, Bull. V, n° 392.

Passant d'une situation de grande pauvreté juridique[33] à la pleine reconnaissance des droits légitimes des salariés, le droit social s'inspire ici de la jurisprudence administrative.

La sanction est définie de manière large afin de limiter les tentatives d'intervention "à la marge" des employeurs. Elle concerne, désormais, non seulement "les mesures de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise" mais aussi tout ce qui peut concerner "sa fonction, sa carrière ou sa rémunération"[34]. Une procédure pouvant être qualifiée de lourde conforte le nécessaire respect des droits de la défense alors que le contrôle de la juridiction prud'homale est largement approfondi[35].

Ici encore, l'évolution des rapports entre les pouvoirs de l'employeur et les droits et libertés de ses salariés est significative. Au delà des réserves d'usage liées à la difficile application de la norme sociale[36], force est de constater que désormais le pouvoir disciplinaire de l'employeur s'exerce à l'intérieur d'un espace juridique de nature à en limiter les excès.

Reste, enfin, à évoquer l'exercice par l'employeur de **son pouvoir de gestion**. Celui-ci reste avant tout un gestionnaire. Il est celui qui, dans l'entreprise, détermine les options fondamentales et en assume la responsabilité économique et financière.

De fait, relèvent du pouvoir de l'employeur toutes les décisions relatives à la forme juridique de l'entreprise, à ses structures matérielles, au type de production et à ses modalités, aux conditions de travail ainsi qu'à l'hygiène et à la sécurité... L'employeur prend, seule, la décision d'investir, de réorienter l'entreprise, de poursuivre ou de cesser l'activité voire même de maintenir les emplois.

Le contrôle du juge est ici particulièrement limité, celui-ci n'hésitant pas à préciser que "l'employeur est seul juge de circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation" et "qu'aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de l'emploi"[37].

Contrairement au pouvoir d'organisation ou au pouvoir disciplinaire, l'intervention du droit social pour encadrer le pouvoir de gestion de l'employeur sera exceptionnelle. Il semble difficile au juriste de parler ici d'une véritable limitation de ce pouvoir... tout juste peut-il évoquer un pouvoir "tempéré" par la norme sociale. Les quelques textes susceptibles de confirmer cette analyse illustrent parfaitement la nuance entre ces deux logiques juridiques.

Ainsi, la loi du 31 décembre 1992 dite "loi Aubry sur le recrutement et les libertés individuelles"[38] ainsi que la loi du 27 janvier 1993 comportant diverses mesures d'ordre social relatives à "la vie professionnelle et à la famille"[39] tentent de limiter les abus des employeurs au cours de la procédure de recrutement et au moment de l'embauche définitive.

Si ces textes semblent - en théorie - préserver les libertés publiques individuelles des salariés, ils ne paraissent pas cependant de nature à remettre en cause les pouvoirs de l'employeur en la matière, dès lors que celui-ci respecte, en apparence, l'ordre public social.

[33]. L'intervention du juge se limite alors à un simple contrôle de légalité mais non de l'opportunité de la sanction prononcée par l'employeur, celui-ci ne pouvant être poursuivi pour abus de droit que par référence aux principes généraux du droit civil.

[34]. Art. L. 122-4 du Code du Travail.

[35]. J. Deprez, "L'évolution de la jurisprudence en matière disciplinaire" R.J.S. 1991, p. 351.

[36]. A. Mazeaud, "Ambiguïté du droit disciplinaire", Etudes J. Savatier, 1992, pp. 367 et s.

[37]. Cf. Ch. Civ. Sect. Soc. du 31 mai 1956, S.A. Etablissement Brinon c. Demoiselle Briere in GADT Ed. Sirey n° 79 p. 201 ou J.C.P. 1956 II 9397, note Esmein ou D 1958 - 21 Note Levasseur. On a pu penser, un temps, que cette autonomie de gestion de l'employeur allait être remise en cause par l'autorisation administrative de licenciement (autorisation supprimée avec la loi du 31/12/1986) mais le Conseil d'Etat avait très rapidement suivi la logique de la Cour de Cassation en précisant que "les inspecteurs du travail n'avaient pas à vérifier les options de gestion décidées par les entreprises" (C.E. du 27/02/1981).

[38]. Loi n° 92-1446, "Emploi, travail à temps partiel et assurance chômage".

[39]. Loi n° 93-121 portant diverses mesures d'ordre social.

Certes d'autres réglementations sont susceptibles d'influencer la liberté de choix de l'employeur comme celles concernant le recrutement privilégié de salariés handicapés[40] ou les différentes priorités de réembauchages[41]. Les limites, voire l'ineffectivité, de ces règles amènent cependant à considérer que les obligations d'emplois imposées à l'employeur demeurent extrêmement tenues.

De même le contrôle et l'évaluation des performances du salarié semblent garantis par la loi du 6 janvier 1978 relative aux fichiers informatisés du personnel et par la loi du 31 décembre 1992 précitée. Ces textes ne semblent pas, cependant, de nature à remettre en cause l'autonomie de l'employeur en la matière.

La même analyse pourrait être appliquée aux possibilités dont dispose un employeur pour faire évoluer un contrat de travail en cours d'exécution[42] ou lors de la cessation des relations professionnelles.

Le juge limite ici les abus manifestes sans pour autant remettre en cause la légitimité même du pouvoir de l'employeur.

Ainsi, la modification secondaire du contrat de travail, voire même des modifications substantielles, sont possibles, l'employeur n'étant sanctionné que si sa décision dissimule derrière un choix de gestion apparemment "objectif" la volonté de nuire aux salariés en cause[43].

On retrouve cette orientation juridique dans l'étude des pouvoirs de l'employeur dans le cadre de la rupture du contrat de travail.

Certes cette rupture n'est plus discrétionnaire. L'employeur est tenu de produire un motif réel et sérieux de licenciement du salarié, de respecter une procédure préalable et de verser des indemnités de rupture. Il n'est pas contestable que les réformes successives du droit du licenciement ont renforcé les exigences fixées à l'origine par la loi de 1973. En particulier, la suppression de l'autorisation administrative de licencier réalisée par la loi du 30 décembre 1986 a ouvert de nouvelles perspectives judiciaires. Ainsi la Chambre Sociale de la Cour de Cassation n'hésite plus aujourd'hui à remettre en cause l'idée selon laquelle "l'employeur est le seul juge de sa gestion" en refusant de considérer qu'un "motif d'économies" est un "motif économique" pour une entreprise florissante (Cass. Soc. du 5/04/1995, Société Thomson).

Pourtant les conséquences de l'application de ces textes ne représentent qu'une contrepartie faible aux suites sociales et financières d'un licenciement. De plus, le caractère "indemnitaire" du droit social entraîne, le plus souvent, le versement de dommages et intérêts au profit du salarié, ceux-ci étant "supposés" compenser sa non réintégration.

L'exercice de ce pouvoir de gestion illustre les limites, en droit français, de la réglementation sociale face aux nécessités économiques. L'employeur est, sans nul doute, contraint aujourd'hui d'exercer son pouvoir de gestion dans une plus grande transparence. Il doit consulter, informer ses salariés voire même organiser leur participation aux résultats de l'entreprise.

Le juge peut contrôler, par ailleurs, les excès de l'employeur dans sa manière d'utiliser son pouvoir de direction.

[40]. Cf. J.M. Lattes, "Handicap et insertion professionnelle", Mélanges Boyer, Presses de l'Université Toulouse 1, pp. 347 à 363, 1996.

[41]. Ces priorités sont organisées par le Code du Travail lorsque la rupture du contrat de travail est liée au départ du salarié au service national (art. L. 122-18), à un congé post-natal (art. L. 122-28) ou à un licenciement pour motif économique (art. L. 321-14).

[42]. Ex. changement du lieu de travail, modification des horaires, modification des modalités de paiement...

[43]. Notons ici que le refus par le salarié d'accepter une modification secondaire de son contrat de travail est analysé le plus souvent par la jurisprudence comme une faute. Cf. Cass. Soc. DU 24/06/1992, Bull. V n° 413. Lorsque la modification entraîne des conséquences graves pour la personne du salarié mais qu'elle est justifiée par la vie et l'évolution de l'entreprise, l'employeur pourra imposer cette modification ou licencier le salarié qui refuse de l'accepter. Cf. Cass. du 9/10/1991, Bull. Civ. n° 399. L'absence de cause réelle et sérieuse à la modification demandée entraînera l'application des règle relatives au caractère abusif des licenciements (art. L. 122-14-4 du Code du Travail).

Pourtant, on peut difficilement parler ici de co-gestion voire de participation - même limitée - des salariés à la gestion de l'entreprise[44].

L'irréductible pouvoir dont dispose l'employeur n'est pas remis en cause par la norme sociale. Celle-ci, en conformité avec notre culture juridique, fixe ses propres limites afin de respecter les contraintes et nécessités liées à la vie des affaires.

II - La crise économique et la flexibilité de la norme sociale, facteurs de renforcement du pouvoir de l'employeur

La crise économique persistante que connaît notre pays a entraîné une profonde mutation des rapports sociaux dans les entreprises. Le droit du travail, droit à l'origine de la protection du salarié, se transforme en droit de la protection de l'emploi.

Cette mutation n'est pas sans conséquence sur l'étude du rapport entre les pouvoirs de l'employeur et les libertés du salarié. De nouvelles logiques se développent du fait de l'évolution contemporaine du droit social et, cela malgré l'influence de plus en plus forte des normes issues de l'Union Européenne.

A - La précarisation du statut du salarié

Le doyen Carbonnier a largement développé l'idée d'une flexibilité naturelle des normes juridiques[45]. Pourtant le débat touchant le droit social est plus intense que dans d'autres matières.

Les conséquences de la crise ont amené les responsables politiques à redéfinir les rapports respectifs du social et de l'économique.

Cette idée de flexibilité de la norme sociale n'est cependant pas nouvelle dans l'entreprise. Conçue à l'origine pour assurer une meilleure protection au salarié, elle constitue aujourd'hui les prémices de ce que certains ont pu appeler "une véritable dérégulation sociale du marché du travail".

Ainsi, à l'origine, la flexibilité de la norme sociale est conçue comme une **flexibilité de protection**. Les lois sociales sont certes d'ordre public et d'application immédiate mais elles n'excluent pas une flexibilité en faveur des seuls salariés. S'il existe un ordre public absolu insusceptible de dérogation[46], il existe aussi un ordre public social impliquant une combinaison des normes hétéronomes et autonomes dans un sens favorable aux salariés[47]. Ce type de flexibilité, parfois d'interprétation difficile, s'inscrit dans l'histoire de la finalité de la norme sociale en recherche permanente de l'amélioration de la protection du salarié. L'employeur voit ici son autonomie réduite en particulier dans le domaine de la négociation collective.

Face à ce concept finalement assez simple, il a été nécessaire d'introduire une certaine souplesse du fait de la difficulté de définir l'idée de protection des salariés. Ainsi, au début des années 1980, le droit Français va admettre et organiser une forme de **flexibilité d'adaptation** par le moyen des accords dérogatoires. 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, souvent qualifiés de "donnants - donnants" ne bouleversent pas l'ordre établi. L'idée de permettre aux salariés de bénéficier de droits supplémentaires n'est pas remise en cause même si elle est entendue dans une logique différente, l'amélioration des droits étant perçue de manière globale et non plus à titre individuel[48].

[44]. On peut ici noter que la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires d'une entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985 et modifications) permet au juge commercial, en cas de faillite, de limiter les pouvoirs du chef d'entreprise défaillant.

[45]. J. Carbonnier, "Flexible Droit - Textes pour une sociologie du Droit sans rigueur" L.G.D.J., 1988.

[46]. Le domaine de l'ordre public général et absolu est limité en droit du travail. Il concerne, par exemple, la compétence des tribunaux (cf. Cass. Soc. du 2/10/1962, D.S., 1963, p. 163) ou les clauses d'indexation interdites par les ordonnances de 1958 et 1959 (cf. Cass. Soc. du 2 Mars 1977, D.S. 1977, p. 485, note J. Savatier).

[47]. Ce principe est reconnu tant par la Cour de Cassation (cf. Cass. Soc. du 18 octobre 1972, Ets Eram, G.A.D.T. n° 49) que par le Conseil d'Etat (cf. C.E., Avis, Ass. Gen., 22 mars 1973, G.A.D.T. n ° 50).

[48]. Les exemples de "flexibilité d'adaptation" sont nombreux dans les années 80. On peut citer, par

La flexibilité dite de "dérégulation" constitue l'ultime étape de cette évolution. On se situe ici au coeur du débat sur les "rigidités" du droit du travail considérées par les employeurs et les penseurs libéraux comme néfastes économiquement et, de fait, contraires à l'intérêt de l'ensemble de salariés[49]. Cet argument de l'excessive rigidité des normes, obstacle à l'embauche, consacre la mutation du droit du travail. D'un droit de la protection du salarié, il devient, de plus en plus, un droit de la protection de l'emploi. La plupart des mesures de protection sociale constituent, dans cette perspective, un héritage de temps révolus où des compromis sociaux étaient économiquement compatibles avec les impératifs du marché alors que le pouvoir de l'employeur, générateur d'activités et d'emplois, ne doit plus aujourd'hui être entravé par des contraintes sociales.

L'étude d'une série de textes récents permet de mesurer les nouveaux équilibres générés par cette logique plus proche des réalités économiques que des réalités sociales.

L'évolution des règles relatives à **l'utilisation des Contrats à durée déterminée** nous donne un parfait éclairage des nouvelles finalités des normes sociales. Alors que l'ordonnance du 6 février 1982 prise sous le gouvernement Mauroy s'efforce de réduire l'utilisation 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. Le dernier texte significatif en la matière, la loi du 12 juillet 1990, va tenter d'équilibrer ces logiques afin d'organiser l'utilisation de ces contrats sans basculer vers les excès de 1986 où une formule générale ("... ne pas pourvoir durablement un emploi lié à une activité normale et permanente de l'entreprise...") avait généré des abus. Cependant la marge de manoeuvre de l'employeur reste suffisamment large pour que l'on puisse parler de précarisation de l'emploi. Il conserve la possibilité d'utiliser ces contrats à durée limitée pour le remplacement de salariés, du fait des variations d'effectif inhérentes à certaines activités mais aussi, et surtout, dans le cadre d'incitations à l'embauche.

L'employeur bénéficie ici d'une plus grande souplesse dans l'utilisation de la main d'oeuvre salariée et conforte son pouvoir de gestion de l'entreprise[50].

L'étude de la durée du travail, et de ses évolutions récentes, confirme notre analyse. Les grands principes sociaux de la première moitié du siècle (journée de 8 heures, repos dominical, semaine de 40 puis de 39 heures...) sont largement remis en cause par des textes récents destinés à augmenter la marge de manoeuvre de l'employeur et à améliorer la rentabilité de sa production. La mise en place d'horaires qualifiés de dérogatoires avec les réformes relatives à la modulation du temps de travail[51] et, plus récemment, la loi quinquennale pour l'emploi[52] confirment la remise en cause de toute 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 progressivement réduite depuis le début du siècle par la mise en place du Code du travail.

exemple, l'aménagement de la durée hebdomadaire de travail (ord. du 16/1/1982 : art. L. 212-2, al. 3 du Code du Travail), la mise en place du régime annuel pour le calcul des heures supplémentaires (loi du 28 février 1986) ou le texte relatif à l'extension de la portée des accords dérogatoires (loi du 19 Juin 1987). D'autres domaines sont concernés par ce type de flexibilité comme la médecine du travail ou les rémunérations. On ne peut qu'être frappé par le développement d'une logique qui d'exceptionnelle au départ devient régulière par la suite initiant ainsi l'ouverture d'une logique nouvelle : "la flexibilité de dérégulation"

[49]. 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 C.N.P.F., Paris, 13/01/1983.

[50]. Si pendant longtemps les contrats à durée indéterminée ont constitué la base des recrutements, aujourd'hui la tendance est inversée et le nombre des contrats précaires mis en place dépasse celui des contrats stables. On note ici, dans certains cas, une forme de détournement des textes issus du Code du Travail, le contrat à durée déterminée devenant un véritable contrat à l'essai de longue durée. Les demandes récentes du patronat relatives à l'assouplissement des conditions de recours aux emplois à durée déterminée témoignent de la vivacité du débat actuel sur la flexibilité et la dérégulation sociale, facteurs supposés de recrutement. Un plan Raffarin, en faveur des PME, présenté en principe à la fin du mois de novembre 96, devrait aller dans ce sens et porter, en outre, sur la simplification des formalités administratives et sociales d'embauche et sur la modification des seuils sociaux.

[51]. Cf. Ordonnance n° 86-280 du 28 février 1986, loi n° 87-423 du 19 Juin 1987.

[52]. Loi du 20 décembre 1993.

La rémunération constitue, sans nul doute, un domaine où la réglementation sociale conserve une certaine stabilité. Le salaire minimum organisé en France depuis 1950 permet de limiter les abus. Les tentatives de remises en cause sont cependant nombreuses tant au niveau des idées que dans le cadre de projets de réformes juridiques. L'échec de la mise en place du Contrat d'Insertion Professionnelle (C.I.P.), "SMIC jeune déguisé", en constitue une illustration. En outre, le contrat de travail demeurant un contrat librement négocié, la baisse continuelle des rémunérations offertes, en particulier dans le secteur privé, confirme l'utilisation, par les employeurs, de la flexibilité conventionnelle de la norme sociale professionnelle dans une orientation bien éloignée de l'esprit de l'ordre public social[53].

On aurait pu penser que **le droit de la rupture du contrat de travail** constituait une sorte de rempart protecteur pour le salarié. La suppression en 1986[54] de l'autorisation administrative de licencier sensée faciliter les recrutements renforce l'autonomie de l'employeur. Certes, l'intervention du comité d'entreprise et la création d'une procédure de contrôle judiciaire des conditions de licenciement permettent de limiter les risques de déséquilibre. Certes, la loi du 2 août 1989 relative à la "Prévention du licenciement et au droit à la conversion" participe au rétablissement du rôle de l'administration du Travail", en particulier dans la recherche d'un plan social satisfaisant[55]. L'étude des motifs économiques invoqués par les employeurs démontre pourtant, qu'en la matière, la contrainte est difficile. La montée inexorable du chômage et l'accroissement du nombre des procédures collectives de licenciement économique témoignent du peu de poids des contraintes sociales confrontées à la rigueur des marchés et cela malgré une tentative évidente de régulation judiciaire.

Ces éléments, comme bien d'autres, contribuent à conforter notre constat de la progression des prérogatives de l'employeur, acteur économique, face au salarié.

"L'opérationnalité déclinante du droit du travail"[56] s'accompagne de la remise en cause de ses repères traditionnels. Le lien de subordination, critère distinctif du contrat de travail, s'affaiblit dans les nouveaux systèmes de prescription des tâches. Les frontières juridiques qui cernaient l'objet du contrat de travail deviennent imprécises et certains évoquent fort justement le rapprochement progressif du statut du salarié de celui du travailleur indépendant. Les formes nouvelles d'externalisation des emplois comme le télétravail débouchent sur la mise en place de rapports plus technologiques que sociaux[57].

Le salarié perd son statut protecteur et se trouve placé dans un rapport de "subordination technique" bien éloigné des conceptions traditionnelles et fondamentalement en sa défaveur. Trois groupes de salariés constituent cette nouvelle structure fragmentée de l'emploi : les salariés sous contrats stables, les salariés "précaires" sous contrat à durée déterminée voire même intérimaires ou "stagiaires" et les "salariés - collaborateurs" plus proches du statut d'indépendants que de la vision classique du salariat[58].

Ce déclin du droit du travail s'accompagne d'une montée en puissance de l'économie. Science sociale dominante dans notre société en crise, elle apparaît comme une philosophie du contrat dans lequel l'objet de l'échange n'est pas constitué de libertés individuelles mais de

[53]. B. Sire, "Développer la flexibilité par la gestion des rétributions", Revue Française de Gestion, n° 98, 1994.

[54]. Loi du 30 décembre 1986.

[55]. Cf. A. Arseguel et P. Fadeuilhe, "Licenciement économique et plan de reclassement" in Revue Française de Comptabilité, n° 269, juillet - août 1995, pp. 81 à 87.

[56]. J. Boissonnat, "Le travail dans vingt ans", Commissariat général du Plan, Editions Odile Jacob Octobre 1995.

[57]. J.E. Ray, "Du salariat à la taylorisation assistée par ordinateur" in Espace social européen du 24/2/1995. M.L. Morin, "Sous traitance et co-activité", Revue Juridique des Barreaux de l'Ile de France, 1996, "Sous traitance et relations salariales", Cahier du LIRHE, n° 3, 1996.

[58]. Les exemples présentés par M.L. Morin et basés sur l'étude des entreprises aéronautiques illustrent parfaitement ces évolutions ("Sous traitance et relations salariales" in Etude pour le Commissariat général au Plan, 1993). Voir aussi, du même auteur, "Sous traitance et relations salariales, aspect du droit du travail" in Travail et emploi, n° 60, 1994, p. 23 et s.

"capacités ou de produits"[59]. S'efforçant de garantir l'évolution de l'adaptabilité d'une société conçue comme une simple association d'individus, elle consacre une conception réduite de l'homme et de la richesse[60].

On est loin ici de l'esprit des économistes des 16-17ème siècles qui, comme Jean Bodin, considéraient "qu'il n'était de richesses que d'hommes".[61]

B - La mise en place du droit social européen : vers de nouvelles régulations ?

Les progrès de l'Europe sociale ne sont pas sans conséquences sur l'évolution de notre droit interne. Pourtant, il est difficile aujourd'hui d'affirmer, avec certitude, que "la perte d'effectivité du droit du travail"[62] dans notre pays peut être corrigée par une norme nouvelle limitée dans ses effets et aux résultats contrastés.

Afin de mesurer l'impact supposé du droit social européen sur la confrontation des libertés des salariés avec les pouvoirs de l'employeur, il est essentiel de se reporter à ses fondements mêmes au sein des textes issus de l'Union Européenne [63].

Les orientations nationales précédemment évoquées ne sont pas reprises par le Droit européen. Celui-ci vise, en effet, une forme d'équilibre entre les pays membres voire même "une forme d'oecuménisme". De fait, la personne même du salarié sera prise en compte dans les textes alors que le rapport juridique de travail n'est qu'évoqué [64]. Ainsi , le traité de Rome et le droit dérivé vont faire appel aux notions de "travailleur salarié", de "contrat de travail" ou de "relation de travail" sans jamais les définir [65].

Cette terminologie n'est pas neutre. Elle conduit à donner du salarié une définition statutaire et non uniquement contractuelle.

Certes le salarié est, à l'origine, perçu par le droit communautaire comme un simple opérateur économique susceptible d'intervenir sur le marché du travail [66].

La jurisprudence européenne et les orientations données par la Charte des droits sociaux fondamentaux démontrent pourtant que l'idée d'une définition statutaire du travailleur salarié entre en concurrence avec une vision purement contractuelle comme en témoigne l'analyse du Professeur Gérard Lyon-Caen qui souligne que "le travailleur salarié est caractérisé (en droit Européen) non par le contrat mais par la profession, non par la seule activité subordonnée mais aussi par la couverture sociale".[67]

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

[60]. F. Von Hayeck, "Droit, législation, liberté", PUF, 1985.

[61]. Economiste du 16ème siècle né à Angers.

[62]. J. Boissonnat, op. cit., pp. 88 et s.

[63]. Cf. G. et A. Lyon-Caen, "Droit social international et européen", Dalloz 1993 ; R. Blanpain et J.C. Javillier, "Droit du travail communautaire", L.G.D.J. 1993 ; R.M Chevallier et J. Boulouis, "Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes", Tomes 1 (1994) et 3 (1991), Dalloz.

[64]. Cf. A. Supiot, "Critique du droit du travail", PUF, 1994, pp. 22 et s.

[65]. Dans le traité de Rome on trouve par exemple, l'évocation des "travailleurs" dans l'étude des objectifs du Fond social européen (art. 3), de la libre consultation (art. 48 - 49 et 50), 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 évoque, 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 C.D.D. et intérimaires).

Ajoutons que la Charte des droits sociaux fondamentaux introduit les notions de "métier" (art. 2), de "vie active" (art. 15) et de "vie professionnelle" (art. 23).

[66]. On retrouve, sur le marché européen, l'origine du droit du travail en France, le salarié apparaissant comme simple "offreur de services". L'idée d'échange économique dépasse ici la seule notion de travailleur.

[67]. Cf. G. Lyon-Caen, "Le droit du travail non salarié", Paris, Sirey, 1990, p. 80.

De ces conceptions contradictoires va naître une définition du travail salarié prenant en compte à la fois une logique contractuelle et marchande et une logique statutaire et personnelle.

La mise en place de cette manière européenne de concevoir la relation de travail comme l'insertion d'un statut dans un contrat débouche sur un certain nombre de conséquences contradictoires ne facilitant pas l'étude des rapports opposants le pouvoir de l'employeur aux libertés des salariés. Simple outil à vocation purement économique dans les orientations de certains textes, le salarié retrouve dans d'autres les moyens juridiques lui permettant d'affirmer sa qualité d'être social dans un environnement citoyen.

On constate, dans cet esprit, que le Droit de l'Union Européenne participe à la remise en cause du droit du travail lorsqu'il s'efforce de favoriser la libre concurrence pour instituer un marché unique [68]. La Cour de Justice de l'Union Européenne confirme cette finalité en faisant ici prévaloir "la notion d'activité économique" dans l'application des normes européennes susceptibles de bénéficier aux salariés [69]. Ainsi, par exemple, la possibilité pour le salarié de bénéficier d'un **jour de repos dominical**, droit consacré par les législations des Etats membres, est fragilisée par le principe de la libre circulation des marchandises consacré par le Traité de Rome. Sans remettre en cause ce droit ancien [70], les exceptions se multiplient et l'on voit resurgir ici la force du pouvoir de gestion de l'employeur face aux droits statutairement reconnus aux salariés.

De même, dans le domaine de la **libre prestation de services**, les règles européennes ont conduit à faire admettre qu'un sous-traitant pouvait appliquer son propre droit national (conditions de travail et de 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 [71].

Dans le même esprit, **l'exclusivité** reconnue par un Etat au bénéfice des entreprises de manutention de ses ports a été remise en cause par la Cour Européenne, les opérations de chargement et de déchargement des navires pouvant être librement effectuées et à moindre coût par le personnel propre des armateurs [72].

Enfin, et en vertu de l'article 7 du Traité de Rome, **le principe de non discrimination** conduit la Cour à s'opposer à la prohibition du travail de nuit des femmes [73]. On peut certes évoquer l'enjeu de cette évolution et les possibilités de recrutement ouvertes aux femmes qu'elle induit.

On peut aussi, à l'inverse, rappeler qu'en France la loi de 1874 interdisant le travail de nuit des femmes avait pour but premier de les protéger [74].

De fait la mise en place du marché unique européen à finalité largement économique génère une opposition entre le droit de la concurrence et le droit du travail. On retrouve ici la problématique de la domination du social par l'économique, le pouvoir de gestion de l'employeur prenant le dessus et semblant en mesure de réduire les libertés des salariés.

Il ne faut pourtant pas réduire le droit européen à cette seule dimension. La mise en place de l'Acte Unique a permis de mesurer le fait que les dimensions sociales et économiques du travail sont indissociables [75]. Loin de s'opposer, les normes sur la concurrence et celles relatives au travail peuvent se combiner pour faciliter une véritable égalisation des conditions de la compétition économique. La mise en place d'un statut protecteur unifié au profit des salariés européens peut éviter la régression de l'évolution contemporaine, le droit de l'emploi

[68]. Cf. G. Lyon-Caen, "Le droit du travail, une technique réversible", Dalloz 1995, pp. 88 et s.

[69]. C.J.C.E. du 23 mars 1982, Levin (Rec. 1035) ou 31 mai 1989, Bettray (Rec. 1621).

[70]. Cf. Arrêts du 28/02/1991 (C. 312.89) et du 2/06/1994 (C. 9.93).

[71]. Cf. Arrêt du 27 mars 1990, Rush Portuguesa (C. 113.89).

[72]. Arrêt du Port de Gênes du 10 décembre 1991 (C. 179.90).

[73]. Arrêt Stoekel du 25 juillet 1991 (C. 345-89).

[74]. Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures dans l'industrie.

[75]. L'affaire "Hoover" et le transfert d'activités au sein des pays membres de l'Union Européenne pour des raisons liées au coût de la main d'oeuvre témoignent largement des risques induits par une évolution purement économique des textes européens.

bouleversant les équilibres sociaux et ramenant à nouveau le travail humain à une dimension marchande.

L'étude du **droit social positif européen** nous conforte dans cette analyse, l'institution progressive d'un statut social européen du salarié semblant de nature à limiter les pouvoirs économiques de l'employeur. L'exemple de la **protection de la santé et de la sécurité** apparaît, en la matière, comme particulièrement significatif. La directive cadre du 12 Juin 1989 prise en application de l'article 118 A du Traité définissant, dans ce domaine, la compétence de la communauté préfigure la mise en place d'une norme européenne de sécurité [76]. De nombreuses directives techniques ont été prises sur la base de ce texte [77] et ont été largement intégrées dans notre droit interne par la loi du 31 décembre 1991 [78]. Ce dernier texte met clairement en évidence le rééquilibrage des pouvoirs réalisés au sein des relations professionnelles afin de préserver les salariés. Le droit donné aux inspecteurs du travail "sur les chantiers de B.T.P." de prescrire l'arrêt temporaire d'une activité "en cas de risque de chute ou d'ensevelissement" participe largement à conforter l'indispensable protection des salariés dans leur travail. Le renforcement des prérogatives de l'administration du travail participe à une réelle limitation des pouvoirs de direction de l'employeur au sein de son entreprise.

Dans le même esprit, la jurisprudence de la Cour Européenne favorisant une application large de la directive du 14/02/1977 sur les transferts d'entreprises [79] permet aux salariés européens de conserver l'intégralité de leurs droits alors que certaines juridictions nationales avaient développé des logiques jurisprudentielles moins favorables[80].

D'autres éléments vont dans le même sens et participent à la réflexion selon laquelle le statut du salarié européen se met peu à peu en place. Ainsi, "l'obligation de passer un acte écrit"[81] pour mettre en place une relation de travail tout en respectant un certain nombre de mentions constitue une première étape vers la création d'un contrat de travail européen.

De même, la proposition de directive relative au "Comité d'entreprise européen" connaît aujourd'hui un début d'application et préfigure la mise en place de structures de représentation du personnel au niveau européen[82]. Elle participe au rééquilibrage des pouvoirs des employeurs dirigeants des entreprises à établissements multiples installés sur plusieurs pays membres de l'Union Européenne.

Enfin l'exemple récent de la Cour de Justice de l'Union Européenne 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 118A de l'Acte Unique ("Hygiène et Sécurité") et non sur le Traité de Maastricht permet à tous les salariés européens de refuser désormais de travailler plus de 48 heures par semaine, y compris les heures supplémentaires, sans risquer des sanctions.

Ces progrès de l'Europe sociale sont significatifs. Ils ne paraissent cependant pas suffisants pour limiter le glissement du salarié vers la précarisation de son statut. La dérégulation sociale

[76]. Directive n° 89/391, J.O.C.E. du 29/06/1989.

[77]. 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.

[78]. J.O. du 7/01/1992.

[79]. N° 77 - 187 in J.O.C.E. du 5/04/1977.

[80]. L'exemple de la France est ici particulièrement significatif. Appliquant restrictivement l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du Travail, la Cour de Cassation, dans un arrêt Desquenne du 12/06/1986 (D.S. 1986 p. 605) va imposer "l'exigence d'un lien de droit" pour contraindre le nouvel employeur à maintenir les droits dont bénéficiait le salarié avec l'employeur précédent. Refusant cette interprétation, la CJCE affirme, de son côté, que le "lien de droit n'est nullement exigé par la directive de 1977" (cf. CJCE du 10/02/1988, Foreningen in D.S. 1988, p. 455). Dès 1990, la Haute Cour Française va s'aligner sur la jurisprudence européenne réduisant ainsi l'autonomie des employeurs au profit des salariés. Cf. A. Pousson, "Cession d'entreprise et droit du travail" (L'art. L. 122-12 al. 2 C.T.) in Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1995.

[81]. Directive applicable au 1/07/1993.

[82]. 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. Desbarats, "A propos du Comité d'Entreprise Européen" in les Petites Affiches du 30/06/1995.

liée au libéralisme économique et au monétarisme bouleverse les équilibres dans l'entreprise, l'économique remettant en cause les progrès sociaux.

L'Europe peut cependant limiter ces dérives en constituant un espace de stabilité sociale dans un monde en mutations profondes. Cela suppose la promotion d'une nouvelle logique lui permettant de devenir, ou de redevenir, le moteur d'un progrès non seulement économique mais aussi social[83].

Le Droit européen peut retrouver les fondements du droit du travail en le distinguant de l'emploi salarié qui n'est que l'une de ses formes. Refusant de se résigner au retour du "travail marchandise", il peut instaurer au sein des pays de l'Union Européenne un certain nombre de références sociales permettant de concilier la diversité des formes de travail et la continuité d'un statut juridique.

Cette promotion de l'Europe sociale passe par la mise en oeuvre d'un certain nombre de moyens. A cet égard, la Charte des droits sociaux des travailleurs de 1989 doit apparaître comme une véritable source d'inspiration pour les pays membres de l'Union. En devenant un texte de référence à fonction dynamique, la Charte pourrait remplir la fonction de garde-fou, et de sauvegarde contre d'éventuelles transgressions des droits sociaux fondamentaux. Cela permettrait de protéger les identités sociales des travailleurs ainsi que les identités professionnelles des citoyens. En conformité avec le Protocole et l'Accord sur la politique sociale du Traité sur l'Union européenne, le dialogue social à l'échelle européenne a un rôle capital à jouer dans cette évolution. De fait, les droits syndicaux relatifs à la négociation collective volontaire doivent être garantis à ce niveau.

Il faut pour cela que la Charte soit intégrée dans le Protocole et l'Accord pour la doter des mécanismes d'application qui aujourd'hui lui font défaut et donner ainsi aux droits sociaux fondamentaux une plus grande légitimité.

L'Union européenne serait alors dotée d'une véritable constitution sociale garantissant l'équilibre entre la citoyenneté économique et la citoyenneté sociale.

Conclusion

La mise en place du droit du travail organisant les rapports contractuels entre les employeurs et les salariés, a permis d'extraire le travail humain de la qualification juridique de "bien" pour le faire évoluer vers un statut original permettant de concilier sa dimension personnelle et sa valeur d'échange [84].

Ce statut, constitutif de l'identité sociale du salarié, a permis d'associer son activité professionnelle à un large éventail de protections. Il caractérise une forme moderne de cohésion sociale [85].

La crise économique bouleverse les grands équilibres de notre civilisation du travail lentement organisée par une régulation sociale effaçant peu à peu les traits les plus archaïques du rapport de subordination.

La remise en cause du statut du salarié induit une recomposition des rapports entre partenaires sociaux où le collectif s'estompe devant l'individualisme tout en consacrant le retour de la matrice contractuelle.

Ce retour à des logiques qualifiées d'ultralibérales nous ramène aux origines civilistes de notre analyse et présuppose la probable remise en cause des dispositifs de protection sociale. Le risque de nouveaux déséquilibres des rapports liant les employeurs aux salariés est, plus que jamais, d'actualité. Les diverses formes de flexibilités de la norme sociale semblent difficiles à remettre en cause. Il est pourtant possible de les organiser dans le respect des libertés des salariés. Cela passe par un retour de l'Etat vers sa fonction régulatrice[86]. C'est l'intervention de

[83]. Cf. A. Supiot et autres : "Manifeste pour une Europe sociale" (Desclée de Brouwer, Sociologie Economique, 1996).

[84]. Cf. A. Supiot, "Critique du droit du travail" PUF, 1994.

[85]. R. Castel, "Les métamorphoses de la question sociale", Fayard, 1995

[86]. Cf. I. Rouzet, "Le contrôle de l'utilisation de la force de travail", Thèse Paris, Décembre 1996.

la puissance publique qui, dès l'origine du droit du travail, a jeté les bases de nos grands équilibres sociaux.

Le juriste joue ici un rôle essentiel. Il lui revient la responsabilité de réintroduire l'homme dans les rapports sociaux afin que le nécessaire pouvoir de l'employeur ne ramène pas le travail humain à une simple marchandise.

En réaction contre une vision purement économique des rapports entre partenaires sociaux, "il revient au juriste" - pour reprendre les propos de Monsieur A. Supiot - "qu'il soit universitaire, juge ou juriste d'entreprise, de rappeler la raison gestionnaire à l'ordre du sujet de droit, lorsqu'elle se laisse égarer par la magie des chiffres".[87]

[87]. A. Supiot, op. cit., p. 268.