

ANNEXE

Recueil Dalloz 1998, p. 359

L'ordonnancement des relations du travail

Antoine Jeammaud
Martine Le Friant
Antoine Lyon-Caen

1 - Le terme « droit » nomme aussi bien un phénomène social normatif que la connaissance dont il peut faire l'objet. Aussi l'expression « droit du travail » désigne-t-elle indistinctement une *branche*, c'est-à-dire l'un des sous-ensembles de règles identifiables au sein du droit de la République française, et une *discipline*. La même observation vaudrait pour « droit civil », « droit constitutionnel », « droit commercial » ou autres. « Branche » et « discipline » sont, en général, tenues pour synonymes. Pourtant, les ouvrages consacrés au droit du travail ne se bornent pas à décrire des règles composant la branche homonyme. S'attachant à reconstruire et évaluer des cadres juridiques du travail salarié que le *droit du travail-branche* ne construit pas seul, ils illustrent le droit du travail-discipline.

Cette discipline combine divers savoirs ou démarches auxquels est vouée la doctrine au sens organique : dogmatique juridique (description systématique de la teneur des règles), activité proprement doctrinale (identification et traitement des « questions de droit », appréciation des solutions positives, propositions *de lege ferenda*), théorie, philosophie, voire sociologie du droit. De cette discipline, mais avec une forte proportion de théorie, relève encore la systématisation fondée sur le concept d'*ordonnancement des relations du travail*, dont nous voudrions proposer les grandes lignes⁽¹⁾.

2 - Cette manière d'appréhender « le droit du travail » présente, croyons-nous, un avantage didactique. Elle offre aussi au comparatiste une grille de lecture de systèmes étrangers et un cadre de comparaison des profils et poids respectifs de figures comme le contrat de travail, les pouvoirs de l'employeur, la négociation collective, la représentation électorale et la représentation syndicale, ou l'intervention de l'administration, dans divers pays. Elle prétend en effet favoriser l'intelligence d'une manière de « système » autant que guider le traitement de certaines questions de droit.

S'ils devaient se confirmer, ces mérites conforteraient une démarche qui, dans le droit du travail-discipline, accorde toute sa place au moment théorique. Ce moment est celui de l'élaboration du concept d'*ordonnancement des relations du travail* (I), puis de l'identification de ses *mécanismes de base* (II).

I. Concept

3 - Selon la convention terminologique que nous proposons, l'*ordonnancement des relations du travail* s'entend d'un *réseau de rapports juridiques* (A), qui participe à la construction et à la mise en forme d'une dimension de notre société, les *relations du travail* (B), auteur de quelques figures ou techniques juridiques dont la combinaison constitue l'*architecture* (C).

A. Un réseau de rapports juridiques...

4 - Le salariat est une forme de rapport juridique entre des sujets de droit. Il suppose une « vision juridique du monde » et la présence de règles de droit qui la rendent possible, puis la construisent en fixant des rôles d'employeur et de salarié. Le chômage lui-même est une catégorie inventée par des dispositifs juridiques au service de la statistique autant que de la politique sociale. Voilà qui majore l'importance et la difficulté des questions de genèse et des déterminants « socio-économiques » des règles en cause. A défaut de les résoudre, il n'est pas inutile de souligner ce qu'un rapport logé au cœur de ce que la pensée moderne nomme « économie » peut avoir de radicalement « juridique ». Dans le même temps, on doit admettre que les relations empiriques ne sauraient être exactement conformes au dessin (dessein) juridique qui prétend les ordonner mais ne les modèle qu'en partie. Cette double observation

justifie la tentative de restituer la configuration que le droit prétend assigner aux rapports qu'il saisit et institue à la fois entre les acteurs mis en scène dans des rôles d'employeurs, salariés, syndicats, etc.

Les rapports juridiques ainsi agencés par le jeu combiné d'innombrables règles forment un réseau, qui est, pour ainsi dire, le monde du travail contemplé à travers le prisme des règles juridiques. C'est ce réseau que nous proposons de nommer *ordonnancement des relations du travail* (2).

5 - Les règles composant le droit du travail, branche du droit de l'Etat, n'oeuvrent pas seules à cet ordonnancement. Concourent à la configuration des relations du travail salarié d'autres composantes du droit de l'Etat, ainsi que des règles juridiques privées, produites en milieu professionnel. L'ordonnancement des relations du travail est donc une manifestation de *pluralisme juridique*, c'est-à-dire de coexistence et combinaison de divers corps de règles de droit, étatiques ou non (3).

Du côté de l'*ordre juridique de l'Etat*, trouvent à s'appliquer des dispositions appartenant à d'autres branches du droit étatique : droit civil (art. L. 121-1 c. trav. : « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun »), droit constitutionnel, droit administratif ou droit pénal (4). Interviennent aussi des normes d'origine supranationale ou internationale valides dans l'ordre national et primant les règles du droit étatique (normes de droit communautaire et dispositions *self executing* des conventions internationales).

Le pluralisme se manifeste surtout par la place des règles d'origine professionnelle : conventions et accords collectifs de travail, règles imputées à des usages, règlements intérieurs d'entreprise ou autres actes normateurs patronaux. Ces dispositions sont reconnues par le droit de l'Etat à travers ses règles qui en traitent. Elles ne tirent pas pour autant leur signification normative et leur juridicité de cette reconnaissance. Celle-ci, au surplus, n'est pas une réception : règles édictées par l'employeur, convenues ou imputées à l'usage ne s'incorporent pas à l'ordre juridique de l'Etat et sont seulement relevantes pour le droit étatique et ses appareils. D'ailleurs des dispositions légales imposent (pour le règlement intérieur) ou prétendent stimuler (pour les conventions et accords collectifs) la production de telles règles juridiques privées. Ces formes de normativité juridique professionnelle sont donc, à la fois, des objets du droit étatique et des sources de règles qui contribuent à façonner l'ordonnancement des relations du travail. Nous jugeons plus éclairant d'envisager ici ces manifestations de « droit professionnel » comme des objets ou modalités de cet agencement.

B. ... ordonnant les relations du travail...

6 - Nous nommons *relations du travail* un genre comptant deux espèces, les rapports d'emploi et les relations professionnelles.

Les *rapports d'emploi* sont les rapports juridiques dans lesquels le travail est fourni et ceux qui s'établissent en vue de l'accès à un emploi ou en raison d'une privation d'emploi. Il s'agit, d'une part, des relations entre tout employeur et chacun de ses salariés, d'autre part, des relations nouées, en amont, en aval ou en marge de l'emploi, entre demandeurs d'emploi, salariés, employeurs, organismes publics ou privés de placement ou de formation, gestionnaires de la protection contre le risque chômage, et Etat.

Par ailleurs, la loi a reconnu certaines formes d'organisation et d'action ouvrières (le syndicalisme, la grève), ainsi que la pratique des « contrats collectifs » entre patrons et syndicats. Puis elle a institué des représentations du personnel dans les entreprises. Selon une terminologie courante, seraient ainsi appréhendées, à côté des « relations individuelles », des « relations collectives de travail ». Pourtant, si ces dernières présentent un caractère collectif puisqu'elles mettent en scène des organisations ou des collectifs d'individus, elles se situent à distance des prestations de travail. Relations de confrontation, négociation, contrôle ou coopération, elles occupent la périphérie des rapports d'emploi - rapports de travail proprement dits - qu'elles contribuent à gouverner. Nous parlerons donc de *relations professionnelles*, impliquant des protagonistes tels que les organisations d'employeurs et de salariés, les personnels des entreprises en tant que collectifs non personnifiés, l'Etat là encore.

C. ... autour de figures et institutions cardinales

7 - Faut-il voir dans l'ordonnancement dont le droit du travail-branche est le principal opérateur une manière de « constitution sociale de l'entreprise » ? La théorie institutionnelle de l'entreprise inciterait à répondre par l'affirmative, mais l'état du droit positif convainc de n'en rien faire. L'entreprise est certes une catégorie du droit positif français, puisque nombre de ses règles la visent, même si elle ne constitue pas une nouvelle espèce de personne juridique et si quelques articles du code du travail (L. 122-14-13, al. 3, L. 263-3-1, L. 443-1, etc.) parlent malencontreusement d'« entreprise » pour désigner l'employeur. L'application de maintes dispositions impose donc l'élaboration de cette catégorie au regard de laquelle il y a lieu de qualifier des entités ou cadres de relations du travail (5). D'un point de vue de théorie ou de sociologie du droit, nul doute que d'innombrables dispositions juridiques contribuent à l'organisation concrète des entreprises, et sans doute à faire de « l'entreprise » une institution de notre société. Il reste que tout travailleur salarié n'exerce pas son activité dans une entreprise (songeons aux employés de maison et autres chargés d'« emplois familiaux »), que l'action professionnelle et la négociation collective n'ont pas l'entreprise pour seul cadre, et que les dispositifs de formation ou d'incitation à l'embauche ne concernent pas les seules entreprises. Autant de raisons de ne pas réduire l'ordonnancement des relations du travail à une organisation de l'entreprise.

8 - Cet ordonnancement repose sur l'articulation de *cinq figures ou familles de techniques juridiques* que procure et régit le droit étatique :

- *le contrat de travail*, source du rapport d'emploi, d'intégration à l'entreprise quand elle existe, et d'inscription du salarié dans des relations professionnelles ; cette qualification détermine d'ailleurs l'assiette de l'ordonnancement des relations du travail (6) ;

- *les pouvoirs patronaux*, qu'on ne saurait confondre avec de simples prérogatives de contractant à l'égard de son ou ses partenaires, et qui impriment une dimension non contractuelle à chaque rapport d'emploi ;

- *les procédés de défense des intérêts*, qui concernent employeurs et salariés indépendamment de leurs rapports contractuels, et font d'eux des protagonistes des relations professionnelles ;

- *la négociation collective*, dont le sens et la portée excèdent la simple défense d'intérêts puisque cette pratique participe d'une régulation normative de l'ensemble des relations du travail ;

- *l'intervention publique*, qui ne se limite pas à l'édition de règles de droit mais fait de l'autorité publique, notamment à travers des appareils originaux, un protagoniste des relations du travail.

Pour que le choix de tenir ces mécanismes pour majeurs s'éclaire, il faut préciser comment ils contribuent à ordonner tant les rapports d'emploi que les relations professionnelles.

II. Mécanismes cardinaux

9 - Chacun d'eux appelle, ici, une évocation limitée mais attentive à ses liens avec les autres. Au demeurant, divers problèmes de droit tiennent à cette articulation interne de l'ordonnancement des relations du travail.

A. Le contrat de travail

10 - *Le rapport d'emploi* liant tout salarié à son employeur est réputé naître d'un contrat. Cette construction n'est pas la seule concevable, même si elle paraît congruente à la « constitution juridique » d'une société qui instaure l'égalité civile et valorise l'accord de libres volontés. Ce rapport juridique pourrait procéder d'un acte unilatéral de l'employeur, analogue à la nomination d'un fonctionnaire, ou résulter du seul fait de l'entrée du travailleur dans l'entreprise, c'est-à-dire de la « relation de travail ». Certains droits étrangers admettent d'ailleurs que le rapport de travail puisse naître d'une telle « relation de travail » aussi bien

que d'un contrat de travail, et plusieurs directives communautaires de rapprochement des législations sociales évoquent cette possible dualité. Dans l'ordre juridique français, la combinaison du code civil et du code du travail donne un fondement et une dimension contractuels au rapport de tout salarié avec son employeur. Le contrat de travail, dont éléments et contours méritent d'être précisés (a), imprime certains traits au rapport d'emploi (b).

a) La catégorie « contrat de travail »

11 - Malgré l'absence de définition légale, nul ne conteste que le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique, le salarié, met son activité au service (ou à la disposition) d'une autre personne, l'employeur, sous l'autorité de laquelle elle se place, moyennant le versement d'une rémunération. La qualification suppose donc la réunion de trois éléments : une prestation personnelle de travail, une rémunération de cette prestation, un lien de subordination⁽⁷⁾. Les engagements respectifs de travailler et de payer un salaire, comme l'acceptation de la subordination, doivent être le sens que ses termes ou son contexte autorisent à attribuer à un accord, l'embauche, plus souvent qu'autrefois constaté par écrit. C'est en ce sens que le lien de subordination (non la subordination elle-même) est « juridique ».

Des trois *éléments catégoriques*, ce lien de subordination reste celui dont la caractérisation est la plus délicate et, sans doute, la plus disputée en justice. La Cour de cassation en a d'abord retenu une compréhension large - il y a subordination dès lors que la prestation de travail est fournie « dans le cadre du service organisé » par son bénéficiaire - induisant une extension de la catégorie « contrat de travail ». Elle impose depuis un arrêt de 1996, et sans doute sous l'influence de la loi Madelin du 11 févr. 1994⁽⁸⁾, une compréhension plus exigeante : ce lien n'est établi que si le travail est exécuté « sous l'autorité d'un employeur qui a pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »⁽⁹⁾. La qualification de contrat de travail, qui commande la compétence de règles d'ordre public, demeure toutefois indisponible, et la qualification autre, éventuellement donnée à leur convention par les parties, ne saurait s'imposer aux juges⁽¹⁰⁾.

Si cette *qualification générique* du contrat demeure le principal déterminant du domaine du salariat, ce dernier est également tributaire de quelques *qualifications légales* de « contrat de travail » logées dans le livre VII du code (travailleurs à domicile, VRP, journalistes professionnels, artistes du spectacles et mannequins)⁽¹¹⁾.

12 - Cette dualité des sources de la qualification constitue un premier facteur de diversité des contrats de travail. Mais la *diversification* est surtout le plus frappant résultat de l'évolution législative des dernières décennies. Il n'existe plus un contrat de travail type, mais plusieurs espèces d'une catégorie devenue générique.

Ces espèces se distribuent de la manière suivante :

- le contrat à durée indéterminée et pour un travail à temps complet (correspondant à la durée légale ou à la durée normale du travail dans la branche ou l'entreprise) a statut de *contrat de travail de droit commun* (même s'il n'est plus, sociologiquement, la norme d'emploi) ;
- constituent des *contrats de travail spéciaux* le contrat à durée déterminée, le contrat de travail temporaire, le contrat de travail à temps partiel, mais aussi le contrat avec un groupement d'employeurs ou avec une association intermédiaire ;
- forment une *famille distincte de contrats de travail*, parce qu'ils combinent prestation de travail et formation ou actions d'insertion, mais aussi parce qu'ils servent le plus souvent de supports à des emplois financièrement aidés par l'Etat, le contrat d'apprentissage, les contrats de formation en alternance (tel le contrat de qualification) et les contrats de travail pour l'insertion (du contrat emploi-solidarité au contrat emploi-jeune, le plus récemment inventé au titre de la politique publique de l'emploi, en passant par quelques autres variétés).

Plus ou moins contraint en droit, plus ou moins négocié en fait, le choix du type de contrat est la première manifestation de la configuration du rapport d'emploi par le contrat.

b) La configuration du rapport d'emploi par le contrat

13 - Ce contrat de travail, qui illustre dans la plupart de ses applications concrètes la catégorie sociologique du contrat d'adhésion, a *une nature double* dont le rapport d'emploi tire une double dimension. Il est à la fois *authentique contrat* - pas moins contrat que maints actes juridiques quotidiens qui ne donnent guère lieu à négociation - et *acte-condition*. Sous son premier aspect, il engendre une relation contractuelle entre employeur et salarié - c'est la *dimension contractuelle* du rapport d'emploi - tandis que, sous son second profil, il place le salarié dans une situation non contractuelle - on parlera d'une *dimension institutionnelle* de ce rapport. Ainsi le salarié est-il, à la fois, cocontractant de son employeur et membre du personnel. En cette seconde qualité, il se trouve soumis aux pouvoirs que l'ordre juridique reconnaît à cet employeur, en même temps que titulaire de certains droits reconnus à tout travailleur subordonné, en particulier lorsqu'il appartient à cette collectivité non personnifiée qu'est le personnel d'une entreprise. Cette analyse dualiste du contrat de travail rend compte de l'état du droit français.

Contrat, pourtant, est synonyme d'espace de stipulation consenti et garanti par la loi. Or, le dense maillage du régime légal du rapport d'emploi laisse, de prime abord, peu de place à sa singularisation par convention. Ces règles saisissent l'embauche elle-même et fixent, avec un apparent pointillisme, les conditions dans lesquelles la prestation de travail doit s'exécuter : conditions d'hygiène et de sécurité, temps de travail (que gouvernent les dispositions relatives à sa durée et à sa répartition calendaire, ou garantissant des temps de repos). En dépit des apparences, ce segment du droit étatique n'est pourtant pas de la pure réglementation au sens matériel, c'est-à-dire un type de droit exclusif de toute dérogation ou d'enrichissement par voie conventionnelle : une place subsiste pour des accords licites, même individuels. Au demeurant, le cadre qu'imposent les régimes du salaire, de la suspension et de la cessation du contrat, restreint moins drastiquement l'espace de stipulation ménagé aux parties, celles-ci ayant toujours licence de déroger aux règles légales et conventionnelles en faveur du salarié (originalité de l'ordre public social). Le contrat de travail peut donc influencer sensiblement les éléments et modalités du rapport d'emploi (12). Cette influence tient à une autre dualité de rôle de ce contrat, à la fois support de l'emploi du salarié et déterminant potentiel de certaines de ses conditions d'emploi et de travail.

14 - Le contrat de tout salarié est le *support de son emploi* en ce sens que sa qualification spécifique détermine la nature de cet emploi. Contrat à durée déterminée ou contrat de travail temporaire, pour ne parler que de ces deux variétés fort pratiquées, sont synonymes d'emplois précaires, tandis que la conclusion d'un contrat à durée indéterminée promet une stabilité d'emploi induite, pense-t-on, par les exigences du régime du licenciement. Quant aux contrats de formation en alternance, et plus encore d'insertion, on hésite à dire qu'ils procurent de « vrais emplois ». En raison de cette diversité socio-juridique des techniques d'acquisition et d'usage de la main-d'oeuvre, les circonstances dont peut découler la qualification du contrat de travail revêtent une importance capitale. Dire que le contrat à durée indéterminée et pour un temps complet est la forme de droit commun signifie d'abord que tout contrat conclu sans spécification appartient à cette catégorie. Cela signifie aussi que tout contrat d'une autre espèce, conclu hors d'un cas dans lequel le code autorise son usage (pour le contrat à durée déterminée ou le contrat d'intérimaire notamment) ou sans respect des conditions de forme alors imposées (pour le contrat à temps partiel par exemple), est exposé à une requalification en contrat à durée indéterminée et pour un temps complet.

Le contrat de travail est également le support de l'emploi dans la mesure où diverses composantes majeures de son régime tendent à *stabiliser la situation du salarié*.

On songe, en premier lieu, aux règles imposant ou autorisant une suspension de l'exécution du contrat. La suspension pour une cause liée à une difficulté provisoire d'exécution du travail (maladie du salarié, difficultés économiques, sinistre) est à l'évidence une alternative à la rupture, tandis que d'autres causes de suspension constituent des modalités d'exercice d'une prérogative reconnue à l'une des parties (grève) et parfois conçue aux fins de réduction du temps global de travail du salarié (congés). En deuxième lieu, la règle du maintien du contrat

de travail en cas de « modification dans la situation juridique de l'employeur » (art. L. 122-12, al. 2, c. trav.), qui fait exception au principe de l'effet relatif du contrat, concourt à la stabilisation de l'emploi en contexte de transfert de l'entreprise. Enfin, le régime de la cessation du contrat à durée indéterminée, dans sa composante principalement législative (droit commun du licenciement et règles propres au licenciement pour motif économique) comme dans sa dimension jurisprudentielle (protection de la qualification « licenciement », encadrement prétorien d'autres modes de cessation du contrat), restreint la faculté qu'a l'employeur de rompre ce contrat. Le versement d'indemnités de rupture, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, la soumission de la prise de décision à des conditions de procédure favorisant une discussion préalable et permettant de fixer les termes d'un éventuel débat contentieux, tendent à assurer la qualité de la décision autant qu'à favoriser son acceptation par le salarié. L'analyse des règles propres aux licenciements pour motif économique (information et consultation des représentants du personnel, exigence de mesures sociales, voire d'un plan social, intervention administrative) révélerait la même ambivalence (13).

15 - Contrat synallagmatique, tout contrat de travail détermine en partie les conditions d'emploi et de travail du salarié à travers les obligations qu'il fait naître (contenu obligationnel) et les modalités d'exécution de ces obligations (champ contractuel).

Le *contenu obligationnel* - « légal », c'est-à-dire sans préjudice de clauses créant des obligations accessoires - du contrat de travail n'est pas négligeable. L'employeur a l'obligation de confier des tâches au salarié (au moins de lui permettre d'accomplir les tâches de son poste et de sa qualification professionnelle) et, bien sûr, de lui payer le salaire convenu (ou correspondant à ce poste et à son éventuelle classification conventionnelle). Le salarié doit fournir sa prestation, c'est-à-dire se tenir à la disposition de l'employeur et exécuter les tâches ou remplir la mission assignées ou correspondant à sa qualification que le contrat lui reconnaît expressément ou implicitement. Les deux parties sont également tenues, art. 1134, al. 3, c. civ. oblige, d'exécuter le contrat de bonne foi, et la Cour de cassation en a tiré des conséquences très concrètes (14).

Les modalités d'exécution de ces obligations réciproques sont, en toute logique, rattachables au contrat de travail. De ce champ contractuel relèvent, au minimum, la durée du contrat (donc de l'emploi), la nature de l'emploi (qualification du poste, tâches confiées ou attributions reconnues à l'intéressé), le montant et le mode de détermination du salaire. Le temps et le lieu de travail ne semblent appartenir à ce domaine que dans la mesure où leur modification serait de nature à affecter sérieusement les conditions de vie du salarié. D'ailleurs, c'est lorsque l'employeur souhaite modifier une condition de travail ou d'emploi que l'inventaire du champ contractuel révèle son importance. Selon une construction jurisprudentielle fameuse, si l'élément en question appartient à ce champ, la modification (longtemps qualifiée de « substantielle » ou « essentielle ») s'analyse en une révision du contrat requérant l'accord du salarié en vertu de l'art. 1134 c. civ., tandis que le changement d'un élément non contractuel relève du pouvoir unilatéral de l'employeur et s'impose au salarié, qui ne saurait s'y dérober sans commettre un acte d'insubordination (« faute grave » le cas échéant). La présence et la portée de l'art. 1134 c. civ. confirment le caractère bidimensionnel du rapport d'emploi et signalent l'enjeu de l'articulation des deux registres : si les conditions d'emploi et de travail les plus importantes pour le salarié se situent sur son versant contractuel, d'autres (« secondaires ») relèvent de sa dimension institutionnelle, donc du pouvoir patronal. Mais le champ contractuel pourrait gagner en étendue si se confirme la tendance de la Cour de cassation à fixer avec précision les éléments caractéristiques de ce type légal qu'est le contrat de travail : chaque élément de la situation du salarié aurait vocation à recevoir une qualification contractuelle.

Le contrat concourt aussi à la détermination de la situation du salarié en tant qu'*instrument* de majoration des utilités ou de flexibilisation des « ressources humaines », en exploitant l'espace de stipulation que ménagent les règles étatiques ou conventionnelles. Celles-ci tolèrent les clauses contractuelles avantageuses pour le salarié (serait-ce dans le but d'encourager sa fidélité à l'entreprise par la promesse d'avantages particuliers). De plus, malgré leur masse, elles ne prévoient pas toutes les modalités concevables d'un rapport d'emploi et ne font pas obstacle à la stipulation ou au jeu de clauses d'essai, de non-concurrence, de mobilité, de résultats, de dédit-formation, ou autres clauses propres à ajuster la main-d'oeuvre aux besoins de l'employeur. L'instrumentalisation du contrat de travail paraît

surtout enrichir son contenu obligationnel ou son champ contractuel en vue de procurer au contractant dominant un surcroît de ressources juridiques d'action unilatérale. Incertains et disputés, les confins du contrat de travail et des pouvoirs patronaux constituent une zone stratégique dans l'ordonnement des relations du travail.

B. Les pouvoirs patronaux

16 - Le rapport d'emploi est une relation d'inégalité juridique et de pouvoir légal d'un sujet à l'égard d'un autre : l'ordre juridique habilite l'employeur à prendre des décisions visant ou affectant le salarié, qui doit les subir ou s'y soumettre, sauf à les contester en justice pour des motifs de légalité¹⁵. Pourtant le code du travail ne consacre pas formellement cette autorité. Ces prérogatives juridiques singulières que sont les pouvoirs patronaux se dessinent « en creux ». Elles résultent de l'effet combiné des droits par lesquels est assurée la maîtrise des moyens de production (du régime de la propriété à celui des sociétés ou d'autres variétés d'organisations entrepreneuriales) et de la règle indiscutée qui fait naître de tout contrat de travail un lien de subordination du salarié à son employeur. Au demeurant, la loi les reconnaît et garantit du fait même qu'elle les encadre et leur impose des bornes.

Tels sont, en droit, les fondements de trois pouvoirs patronaux : le pouvoir de direction (a), le pouvoir normateur et le pouvoir de sanctionner (b) qui dérivent du premier¹⁶. Ils ont l'employeur pour commun titulaire, bien que la loi mette également en scène le chef d'entreprise, personne physique assumant au nom de cet employeur la réalité de ces pouvoirs, et le chef d'établissement, qui représente employeur et chef d'entreprise à la tête d'une implantation de l'entreprise. Ces trois pouvoirs supportent aussi quelques limites communes. Les unes tiennent à des droits fondamentaux appartenant à toute personne (droit au respect de la vie privée, droit à une vie familiale normale, ou droit à la liberté d'expression) et que le salarié peut, dans une large mesure aujourd'hui, opposer à l'employeur¹⁷. Les autres résultent de diverses règles du code du travail prohibant toute distinction fondée sur certains motifs (qui devient alors discrimination) ou imposant une égalité de traitement entre certaines catégories de salariés, à commencer par les hommes et les femmes. Quelques-unes de ces limitations resurgissent spécialement face à tel ou tel pouvoir, qui peut aussi souffrir des restrictions particulières.

a) Le pouvoir de direction.

17 - Tout employeur dispose de deux prérogatives distinctes :

- un *pouvoir de direction économique (ou de gestion)*, qui l'habilite à faire des choix de création, suppression ou transformation d'activité, implantation, organisation de la production ; c'est principalement dans le régime de la personne-employeur (droit des sociétés) et le droit des biens, non dans le droit du travail, que cette prérogative trouve sa source et les conditions de son exercice ;

- un *pouvoir de direction des personnes*, qui habilite à recruter un salarié, à l'affecter à une tâche ou un poste de travail, à fixer sa rémunération, à diriger et contrôler l'exécution de son travail, à l'évincer, et dont dérivent les pouvoirs particuliers d'édicter des règles et d'infliger des sanctions ; inhérente à la subordination engendrée par le contrat de travail, cette prérogative est aussi un aspect du pouvoir que tout propriétaire tient de l'art. 544 c. civ. de régler l'accès à son bien et l'usage de celui-ci par autrui.

Il n'empêche que le droit du travail-branche, même s'il encadre plus ostensiblement le pouvoir de direction des personnes (pouvoir sur les salariés), infléchit et protège aussi le pouvoir de direction économique (pouvoir opposable aux salariés).

18 - Les relations entre pouvoir de direction et contrat de travail sont complexes et naturellement disputées. La coexistence de ces deux figures structurantes du rapport d'emploi pose, lorsque l'employeur entend modifier les conditions d'emploi et de travail, un problème de frontière déjà évoqué (*supra*, n° 15). Si le contrat paraît alors limiter les prérogatives patronales, la donnée première et singulière réside plutôt dans la perturbation du contractuel par le jeu d'un pouvoir unilatéral. D'un pouvoir qui, par exemple, fonde l'employeur à imposer au salarié une suspension du contrat de travail (mise à pied économique, chômage technique,

fermeture dans certains contextes de conflit collectif). Mais aussi d'un pouvoir face auquel le salarié se voit reconnaître des droits de suspendre l'exécution de son contrat, qui sont tantôt des droits contractuels reconnus par le régime légal du contrat de travail (divers droits à congés), tantôt des droits propres reconnus à tout salarié (droit de grève, droit de retrait en présence d'une situation dangereuse).

Voilà qui illustre le dualisme du contrat de travail (*supra*, n° 13), dont témoigne également la double nature du licenciement, à la fois l'exercice d'une faculté de contractant relative au sort du contrat et un acte du pouvoir de direction (ou du pouvoir disciplinaire). Ainsi, en cas de refus (légitime) du salarié-contractant de voir réviser son contrat à durée indéterminée, l'employeur-cocontractant peut-il exercer une faculté de résiliation unilatérale qui est aussi l'acte de direction à propos duquel surgit ordinairement la question de la mesure et du contrôle de ce pouvoir. Il apparaît alors que l'ampleur de ce pouvoir - donc l'intensité des contrôles auxquels il se trouve exposé - n'est pas identique selon qu'est en cause l'une ou l'autre de ses composantes.

19 - D'innombrables règles du code du travail encadrent le pouvoir de direction : *règles procédurales* (information et consultation des représentants du personnel, préalable de négociation, procédures de licenciement, etc.) ou *normes substantielles* (interdiction ou prescription de certains actes, bannissement de certains critères de décision, exigences de justification). Les secondes, au nombre desquelles figure l'essentiel des dispositions d'hygiène et de sécurité ou sur le temps de travail, sont à peine plus nombreuses que les premières¹⁸. Il importe surtout de déterminer si cet enserrement par le droit étatique touche à la direction économique ou n'affecte que la direction des personnes.

Dans ce qu'il doit à l'oeuvre jurisprudentielle des dernières années, le droit français fait place à « l'intérêt de l'entreprise ». Ce standard sert tantôt d'appui rhétorique à la légitimité d'un acte patronal (licenciement, sanction, modification des conditions d'emploi ou de travail, etc.), tantôt de critère pour apprécier la justification de cet acte (ou la validité d'une clause souscrite par le salarié) ou débusquer un éventuel détournement de pouvoir. Il n'apparaît pas, néanmoins, que la Cour de cassation invite les juges du travail à substituer leur propre appréciation de cet intérêt à celle de l'employeur, donc à remettre en cause l'opportunité d'un choix d'investissement, d'une cessation ou d'un transfert d'activité, d'une innovation technologique¹⁹.

b) Le pouvoir normateur et le pouvoir de sanctionner.

20 - La tradition dénomme le premier « pouvoir réglementaire » parce que l'élaboration du règlement intérieur est son expression la plus solennelle.

L'employeur est cependant habilité par le code à prendre d'autres actes dont la teneur peut signifier un corps de règles juridiques ou de décisions produisant, à l'égard de « la collectivité de salariés », des effets analogues à ceux de règles²⁰. Par ailleurs, les dispositions unilatérales régissant un avantage propre à l'entreprise (prime, congé), fixant les modes et critères d'évaluation du personnel ou les promotions, sont licites, donc relevantes pour le droit étatique. Ces *règles patronales inconnues* appartiennent, avec celles naissant de la négociation collective ou d'un « engagement unilatéral de l'employeur », et avec celles procédant d'un usage, au « statut collectif » des salariés qu'évoque désormais la Cour de cassation²¹. Leur teneur n'est pas à la discrétion de l'employeur. Elles doivent entretenir, avec celles du code, un rapport conforme à l'ordre public social (elles ne peuvent leur apporter dérogation qu'*in melius*). D'autre part, certaines d'entre elles sont tributaires de dispositions qui concernent leur acte générateur et garantissent les « droits des personnes et libertés individuelles et collectives » (art. L. 120-3 c. trav.) ou soumettent au régime du règlement intérieur tout acte ayant le même objet que cet instrument (art. L. 122-39).

Des dispositions légales, plus riches depuis 1982, saisissent en effet le *règlement intérieur*. Aussi ancien que la fabrique, né de l'exercice de la faculté qu'a tout propriétaire de régler la présence de tiers sur son fonds, ensuite analysé comme une sorte d'annexe du contrat de travail, cet instrument a désormais statut d'acte de « législation privée » reconnu et souvent imposé par la loi. Celle-ci (art. L. 122-33 s. c. trav.) rend son élaboration obligatoire dans toutes les entreprises ou établissements où sont employés habituellement au moins vingt

salariés, fixe une procédure pour son adoption et institue un contrôle de sa légalité par l'inspection du travail, sans exclure un éventuel contrôle judiciaire. C'est que le contenu de l'instrument est réglé par la loi : son objet est limité (discipline au sens étroit et exercice du pouvoir de sanctionner, hygiène et sécurité), sa teneur est assujettie à la légalité étatique, aux dispositions conventionnelles, ainsi qu'à une exigence particulière de non-discrimination par la prohibition de certains motifs de distinction (sexe, moeurs, situation de famille, etc.). Toutefois, ce règlement peut « apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions (...) justifiées par la nature de la tâche à accomplir (et) proportionnées au but recherché » (art. L. 122-35 c. trav.). Cette concession aux impératifs de l'organisation productive et à la subordination signale la limite à l'assimilation de l'entreprise à un mini-Etat de droit qui paraît avoir inspiré les réformes de 1982, en particulier à l'égard du troisième des pouvoirs de l'employeur.

21 - Etonnant pouvoir, si l'on y songe, qui fonde un contractant à se faire justice en jugeant fautif un agissement de son partenaire, puis en infligeant à ce dernier un avertissement, une mutation, une rétrogradation, une suspension forcée de l'exécution du contrat et une perte corrélative de revenu, ou en l'évinçant de son emploi. Si une juridiction étatique intervient, ce sera à l'initiative du salarié sanctionné. L'originalité de cette situation dans un rapport de droit privé, comme l'utilité de certaines conditions de procédure dans l'éventualité d'un débat judiciaire ultérieur, ont justifié un sensible renforcement de l'emprise du droit étatique sur cette justice d'entreprise.

Depuis 1982, l'exercice du pouvoir de sanctionner est tributaire de l'équivalent d'un principe de la légalité des peines : l'employeur n'est pas tenu d'inscrire dans le règlement intérieur une liste limitative des fautes disciplinaires, en revanche il ne peut prononcer, à l'encontre de salariés auteurs d'agissements qu'il juge fautifs, que des sanctions prévues par ce document. Les sanctions pécuniaires sont prohibées, et certains motifs sont mis hors la loi par l'emblématique art. L. 122-45 c. trav. Une procédure, imitée du droit commun du licenciement, est imposée afin d'assurer les droits de la défense (entretien préalable) ou de fixer les termes d'un éventuel débat judiciaire (notification par écrit des griefs et de la sanction). Ce dernier, enfin, peut désormais donner lieu à un contrôle complet par le juge prud'homal, pouvant déboucher (sauf, en règle générale, s'il s'agit d'un licenciement) sur l'annulation de la sanction non prévue par le règlement, injustifiée, disproportionnée, discriminatoire ou entachée d'un détournement de pouvoir.

C. Les procédés de défense des intérêts

22 - L'une des originalités du droit du travail tient à la reconnaissance légale de procédés auxquels des classes ou des groupes dominés ont eu recours pour exprimer leur révolte, tenter d'améliorer leur sort ou même de changer l'ordre social. Le droit du travail y a puisé son image de « droit de conquêtes ». Pourtant, il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette reconnaissance. Même si ces procédés d'action et d'organisation doivent beaucoup à ceux qui en ont usé, les reconnaître c'est aussi les insérer dans un ordre, parfois les réglementer, peut-être les domestiquer. Lorsqu'elle les prohibait, la loi les désignait sous le vocable de « coalition », soulignant par là leur dimension collective. Le recul progressif de la prohibition des coalitions s'est marqué par la reconnaissance de plusieurs procédés de défense des intérêts : l'action syndicale, associée à la formation de groupements stables de travailleurs en association professionnelle ou syndicat (a), puis les procédés de lutte du travail (b) et la représentation du personnel dans l'entreprise (c).

De cette diversité résulte une singularité française observable dans l'architecture du code du travail et, plus encore, des ouvrages de toute ambition : les syndicats et l'action syndicale, la grève et la représentation du personnel dans l'entreprise sont traités distinctement. Ni dans la langue du législateur, ni dans les élaborations doctrinales, le droit syndical n'a l'acception large de droit de l'action collective. Au demeurant, les procédés de défense des intérêts revêtent parfois la forme de droits individuels, figure que la loi a utilisée et valorisée au début des années quatre-vingt (d).

a) L'action syndicale.

23 - A première vue, tout est simple : l'action syndicale consiste en la défense des intérêts

professionnels par le truchement d'un groupement constitué à cette fin. La Constitution de 1946, dans son préambule, en fait un élément du patrimoine démocratique de « tout homme ». La simplicité est pourtant moindre que ne le suggère notre définition.

D'abord, tout groupement de travailleurs salariés - mais aussi de travailleurs indépendants ou d'entrepreneurs, personnes physiques ou morales, puisqu'en droit français la forme syndicale est accessible à tous ceux que rassemblent des intérêts professionnels communs - ne forme pas un syndicat. Ce dernier correspond à un *type légal de groupement*, autorisé et régi par la célèbre loi du 21 mars 1884 comme une catégorie d'association, distincte d'autres modes de groupement, qu'il s'agisse d'assemblée du personnel, de comité de grève ou d'une forme plus institutionnalisée comme le comité d'entreprise. Ainsi l'action syndicale ne recouvre-t-elle pas, comme dans certains systèmes étrangers, toute action collective et le droit syndical, entendu comme l'ensemble des règles se rapportant au syndicat, n'absorbe-t-il pas tout le régime des relations professionnelles.

D'autre part, le *champ de l'action syndicale*, qui se mesure aux intérêts professionnels, en épouse l'indétermination historique. Le syndicat était vu, par les promoteurs de la loi de 1884, comme le prolongement de la liberté individuelle du travail et la sphère professionnelle comme celle où l'Etat n'intervenait pas, ce qui paraissait exclure toute concurrence et tout concours de compétences entre syndicats et institutions publiques. Cette représentation a perdu de sa pertinence.

En 1884, le syndicat s'identifiait à ses membres. Si de représentation il fallait parler, le syndicat représentait donc ses adhérents. Or, le droit français a bientôt rompu avec cette conception. Aujourd'hui, tout syndicat est réputé représenter, à côté des intérêts de ses membres, l'intérêt de la profession, c'est-à-dire de l'ensemble - abstrait - de ceux qui, selon ses statuts, ont vocation à devenir ses membres. Même si l'on sait que les salariés (comme les autres professionnels pour les organisations correspondantes) adhèrent fort peu aux syndicats qui aspirent également à les regrouper à partir de conceptions rivales du syndicalisme. Bref, le syndicat ne répond pas au dessin de la représentation des personnes. Par ailleurs, cette *représentation des intérêts*, les syndicats l'assurent dans des activités qui se sont diversifiées, les ont rapprochés des institutions publiques et leur ont conféré un rôle direct ou indirect dans la production de règles étatiques ou relevantes pour l'ordre étatique. Le syndicat reste pourtant un groupement privé.

24 - L'action syndicale est ainsi au coeur d'une tension entre l'assise privée de l'organisation et l'extension publique de ses activités. C'est à réduire cette tension qu'est vouée la technique légale de la *représentativité* : elle opère une sélection des syndicats en déterminant ceux qui disposent de qualités suffisantes, dans leur rapport avec le monde du travail, pour exercer certaines prérogatives contribuant à l'organisation des relations du travail. Cette technique suppose et ménage le pluralisme syndical, notamment dans les canons de sa reconnaissance. Ceux-ci imposent un double jugement à toute autorité administrative ou juridiction appelée à l'apprécier : jugement d'authenticité (« cette organisation est bien un syndicat »), jugement d'effectivité (« ce syndicat est réellement implanté »).

Les *attributs de la représentativité* concernent, notamment, la négociation collective (*infra*, n° 29), l'exercice de la grève dans les services publics et l'action dans l'entreprise. Dans ce dernier domaine, tout syndicat représentatif se voit reconnaître un rôle éminent dans la mise en place des institutions représentatives du personnel (*infra*, n° 26) et, depuis 1968, un certain nombre de moyens privilégiés d'activité sur les lieux de travail pour la défense des intérêts des travailleurs telle qu'il la conçoit (droits de constituer une section syndicale, de disposer d'un panneau d'affichage, de distribuer des documents aux salariés, etc., et de désigner un ou plusieurs délégués syndicaux si l'entreprise occupe cinquante salariés au moins).

Au-delà, l'action syndicale, on l'a dit, peut se manifester dans des activités variées. A ce titre, une confusion devrait être évitée. Des activités auxquelles la loi donne un certain statut dans l'ordre étatique sont réservées aux syndicats, parfois aux seuls syndicats représentatifs. Mais elles n'épuisent pas les activités syndicales. L'action syndicale est définie par son objet, dont on a souligné la relative indétermination, et non par ses modalités. Ce qui ne signifie pas qu'elle soit sans limite. En particulier, sa combinaison avec la protection d'autres libertés, et

avec le pouvoir patronal de direction, traverse de nombreuses discussions contentieuses.

b) Les luttes du travail.

25 - Le droit français admet que la défense des intérêts professionnels perturbe le fonctionnement des entreprises ou de la vie sociale. Ce désordre n'est pas condamné par l'ordre étatique. La confrontation ouverte des intérêts est même regardée comme une pratique relevant, à lire le Préambule constitutionnel de 1946, d'un « principe particulièrement nécessaire à notre temps » lorsqu'elle prend la forme d'une grève. Le droit français ne retient pas le principe de l'égalité des armes et ne reconnaît pas aux employeurs un droit de suspendre l'activité, de fermer l'entreprise, en contexte de conflit collectif. Le lock-out, en principe illicite malgré quelques atténuations jurisprudentielles, n'est pas le pendant patronal de la grève.

Au vrai, la législation s'occupe surtout, et depuis plus d'un siècle, de prévenir ou faire cesser au plus vite les « luttes ouvertes » en instituant des procédés de règlement des conflits collectifs. Diverses procédures, aujourd'hui facultatives et très rarement pratiquées, sont ainsi organisées de façon détaillée par le code du travail. Les dispositions consacrées à la grève n'en paraissent que plus squelettiques, alors que, selon le même préambule, « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

Ce *droit de grève*, dont le régime est donc essentiellement prétorien, n'est pas simple appendice de l'action syndicale. Il en est radicalement distinct. Si droit de grève et droit à la liberté syndicale⁽²²⁾ sont tous deux de titularité individuelle, l'identification de leur titulaire diffère : tout travailleur dépendant (notamment salarié) d'un côté, toute personne animée d'un intérêt professionnel de l'autre. L'essentiel n'est pourtant pas là. En droit français, l'exercice du droit de grève n'exige aucune médiation ou mot d'ordre d'un syndicat, exception faite dans les services publics dans lesquels une initiative d'un syndicat représentatif est requise par la loi. Une délibération majoritaire ou une organisation collective (telle l'élection d'un comité de grève) n'est même pas exigée. Cette *titularité individuelle* est forte de significations. Elle laisse toute sa place à la spontanéité de l'action et interdit de parler, dans la langue juridique, de « grève sauvage » ou « officieuse », comme dans d'autres systèmes ; elle tient à distance toute prétention à introduire une idée majoritaire dans le régime de la grève ; elle permet d'exonérer les grévistes du respect d'une éventuelle réglementation des confrontations par accord collectif (telle l'institution d'un préavis) ; elle donne tout son sens à l'effet prêté à l'exercice du droit de grève à l'égard de l'employeur, dont les prérogatives sont, en principe, paralysées. L'accent mis sur la titularité individuelle du droit de grève facilite sa combinaison avec le contrat de travail et le pouvoir patronal de sanctionner. Par contrepoint, on comprend la difficulté d'articuler droit de grève et pouvoir de direction : si des dispositions spéciales interdisent à l'employeur, en cas de grève, de recourir sous certaines formes à du personnel de substitution (travail temporaire, embauches sous contrat à durée déterminée), d'autres réorganisations de l'activité productive sont-elles possibles et jusqu'où ?

Par ailleurs, la « législation » des confrontations ouvertes étant concevable autrement qu'à travers la reconnaissance d'un droit de grève, le choix du droit français suscite diverses interrogations dont certaines demeurent très ouvertes. En premier lieu, à quelles actions bénéficie la protection qu'implique la reconnaissance d'un tel droit ? Sans l'appui d'un texte législatif, la jurisprudence s'en tient au critère de la cessation du travail en vue de la satisfaction de revendications professionnelles. D'où une deuxième question : comment traiter des procédés de soutien de revendications qui n'entraînent pas d'arrêt de travail ? « Coulage » et « grève du zèle » sont d'ordinaire qualifiés d'exécution défectueuse du contrat de travail. Mais la dénonciation publique des conditions de travail, l'appel au boycott des produits, à défaut d'être des manifestations du droit de grève, ne constituent-ils pas des activités relevant de la liberté d'action syndicale ou de la liberté d'expression ? Enfin, jusqu'où l'exercice du droit de grève peut-il perturber le fonctionnement d'une entreprise ou de la vie sociale ? Dans la logique de sa reconnaissance constitutionnelle, les limites ne pourraient résider que dans des principes ou droits dotés de la même valeur constitutionnelle. Or, il n'est pas sûr que cette logique guide toujours les juges appelés à apprécier les initiatives prises par un employeur en réaction à un mouvement qui outrepassé, à ses yeux, la mesure du droit de grève.

c) *La représentation du personnel dans l'entreprise.*

26 - Les collectivités auxquelles le droit syndical et le droit de grève assurent une reconnaissance ont des contours indéterminés, parce que l'agrégation y est d'abord affaire de volonté. Il en va différemment des collectivités auxquelles donnent corps les mécanismes légaux de représentation dans les lieux de travail. En instituant des représentants du personnel, la loi délimite une collectivité qui se trouve représentée, et qui est circonscrite, selon les cas, à l'établissement, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises. L'appartenance à une telle collectivité suppose toutefois un contrat de travail, ce qui fait apparaître une de ses dimensions originales (*supra*, n° 13).

De cette appartenance d'un ensemble de travailleurs subordonnés à une collectivité, certains ont parfois inféré une vision générale des relations du travail, dans laquelle contrat et volonté individuelle ne joueraient qu'un rôle réduit à l'entrée dans la collectivité. Les diverses versions d'une telle thèse, dite « institutionnelle » (23), mobilisent un idéal d'harmonie communautaire. Les mécanismes de représentation du personnel par ce que l'on appelle des « institutions représentatives » sont plus modestes. Ce qui n'exclut pas la complexité.

Le droit français organise un *double canal* de représentation : deux modes distincts d'investiture des représentants coexistent. A côté d'une *investiture syndicale*, celle des délégués syndicaux réputés représenter les syndicats représentatifs auprès de l'employeur et agissant, ainsi, au nom de l'intérêt collectif (*supra*, n° 24), les délégués du personnel et les salariés membres du comité d'entreprise bénéficient d'une *investiture électorale*. Ce dualisme doit beaucoup à l'histoire et notamment au refus opposé, jusqu'en 1968, par les milieux patronaux à l'établissement de moyens et garanties d'exercice de l'activité syndicale sur les lieux de travail. Ce dualisme alimente des débats, toujours recommencés, sur la distinction, la concurrence ou la complémentarité des différentes catégories de représentants, considérés à travers leurs fonctions, ou, pour reprendre la terminologie législative, leurs missions ou leurs attributions.

27 - Si l'on se borne à caractériser les mécanismes de représentation du personnel, quelques observations s'imposent. Les rapports de représentation qu'institue la loi mettent en relation trois pôles : les salariés, leurs représentants, l'employeur. Il faut écarter toute assimilation à la représentation du droit public, au cœur de laquelle se trouve l'exercice de la souveraineté, puisque le personnel n'a pas vocation, dans notre système économique, à être souverain dans l'entreprise. Quels rapports entretiennent les différents pôles ? Les travailleurs s'effacent-ils derrière les représentants, leurs relations avec l'employeur sont-elles absorbées par la représentation ? Non, car l'autonomie individuelle n'est pas niée : les mécanismes de représentation s'y ajoutent. Certains représentants, tels les délégués du personnel, ont d'ailleurs vocation à exprimer et défendre des réclamations ou aspirations individuelles. Ce que la représentation syndicale et la représentation élue, surtout celle qu'assume le comité d'entreprise, postulent, c'est l'existence d'un *intérêt collectif*, non exclusive de droits et intérêts individuels. Le mode d'investiture des représentants permet de faire place à diverses manières d'apprécier cet intérêt collectif.

L'attention est surtout retenue par les rapports entre l'employeur et les représentants du personnel. Le *comité d'entreprise* fait figure, à plusieurs égards, de modalité d'exercice du droit des salariés de participer à la décision de l'employeur, en ce que, par lui, sont recherchées les conditions d'une confrontation équilibrée de points de vue. Mais la limite de cette participation apparaît immédiatement : en droit français, les prérogatives patronales ne font l'objet d'aucun partage, à quelques nuances près. Confrontation et équilibre ne sont conçus que par la voie d'une information et d'une consultation préalables à la décision de l'employeur (*supra*, n° 17-19). Au demeurant, la méconnaissance de ces attributions légales de la représentation du personnel peut-elle entraîner la paralysie de la décision ? La question est controversée. Le respect de la procédure, pour sa part, est propre à accroître la légitimité d'une décision réputée avoir pris en compte les intérêts du personnel.

Quant aux *délégués syndicaux*, il est difficile de tenir la négociation collective qu'ils conduisent dans l'entreprise, au nom des syndicats représentatifs, pour simple modalité de ce droit à la participation, dès lors que la négociation collective n'en épouse pas, en droit français, la logique (*infra*, n° 30).

d) La place des droits individuels.

28 - Evoquer des droits individuels au titre des procédés de défense des intérêts peut prêter à confusion. Mais, une chose est de noter l'importance acquise par les droits individuels des salariés, une autre de s'interroger sur la singularisation de chaque rapport d'emploi par l'utilisation des ressources du contrat de travail ou l'exercice différencié, quand cela est possible, des pouvoirs patronaux. De droits individuels des salariés, il ne faut strictement parler qu'avec la consécration de *droits spécifiques* attribués à chaque salarié en tant que tel et extérieurs au contrat de travail.

Le droit de grève (*supra*, n° 25) constitue sans doute l'archétype de la *prérogative individuelle d'exercice collectif* (24). Cette catégorie s'est enrichie depuis 1982. En effet, si le droit à l'expression directe sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation du travail, dont le régime définitif est fixé par une loi de 1986 (art. L. 461-1 s. c. trav.), s'exerce normalement en réunions du personnel, la participation à ces réunions et la prise de parole, assurées d'une immunité, sont bien des prérogatives individuelles.

Le droit à la négociation collective, que mentionne la loi (*infra*, n° 30), ne paraît pas répondre à ce modèle. Moins en raison de la dissociation, ignorée des autres droits individuels d'exercice collectif, entre le titulaire et l'agent d'exercice de la prérogative qu'en raison du ressort nécessairement collectif qui doit animer le syndicat dans son activité de négociation.

De façon sans doute plus inattendue, la défense des intérêts des salariés passe parfois par l'institution de droits qui peuvent être exercés individuellement dans des domaines où, ailleurs, appui est pris sur les compétences syndicales ou les attributions de représentants du personnel. Tel est le cas du *droit de retrait*, ou plus précisément de la faculté désormais reconnue à tout salarié de se retirer d'une « situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé » (art. L. 231-8 et s. c. trav.).

D. La négociation collective

29 - Dans la langue sociale, la négociation collective est une expression très compréhensive. « Négociation » évoque toute procédure, plus ou moins organisée, tendant au rapprochement des points de vue de ceux qui y participent. Elle est collective, lorsque les participants, désignés parfois par les appellations, pas toujours contrôlées, d'« acteurs » ou « agents », sont des représentants d'intérêts supposés antagonistes, dépassant des intérêts individuels. Ses résultats n'ont aucune raison de répondre à des traits déterminés : accord de type politique, décision de l'un des participants enregistrée par les autres..., tout est concevable.

Dans la langue du droit du travail, l'expression a acquis un sens plus précis : est négociation collective une procédure - mais toute procédure - susceptible de déboucher sur un accord doté d'effet normatif. Ce sont les caractères de l'acte dont l'obtention est le but de l'activité qui valent à celle-ci sa qualification. Cette qualification demeure donc pertinente si l'activité en question se révèle infructueuse ou si elle procure un acte dépourvu d'effet normatif. Seule importe la potentialité d'un tel effet, qui vaut à la négociation collective de constituer une catégorie juridique originale.

L'accord doté d'effet normatif, fruit d'une telle négociation, est dénommé convention ou accord collectif selon l'objet, ample ou limité, qui est la sienne. En quoi consiste cet effet normatif ? L'expression vise le mode d'action de l'accord et entend signifier que ce mode est identique à celui de la loi en droit du travail. La convention ou l'accord collectif est source de règles, dites conventionnelles, qui agissent à la manière des normes étatiques. Leur est ainsi reconnu un effet automatique : elles s'appliquent aux contrats individuels, aux rapports d'emploi et aux relations du travail de façon plus générale sans besoin d'aucune médiation, en particulier, la volonté des parties aux contrats est indifférente. Leur est reconnu un effet dit impératif, qui ne laisse en principe aucune place à un aménagement différent des rapports auxquels elles s'appliquent, sauf, là où la possibilité en est ouverte, clause contractuelle plus favorable au salarié. Mais sans doute l'une des singularités du droit français réside-t-elle dans le lien indéfectible qu'il établit entre l'effet normatif de l'accord et son efficacité dite *erga*

omnes : l'empire de l'accord s'étend à toutes les relations (d'abord à tous les contrats de travail conclus) avec un employeur qui s'y trouve soumis, que les salariés concernés soient ou non membres du ou des syndicats signataires. Etendue personnelle et intensité des effets se trouvent structurellement associées.

30 - Cette efficacité toute particulière de l'accord conclu au terme d'une négociation collective est la clef du régime réservé à celle-ci, du régime des actes qui en naissent, des débats et des apories qu'ils suscitent. Ainsi, la discussion et la conclusion des conventions et accords collectifs sont-elles, en principe, l'apanage des syndicats représentatifs (*supra*, n° 24). A suivre le Conseil constitutionnel, la loi ne peut, semble-t-il, écarter leur monopole que là où ils ne sont pas présents, et encore la loi leur ménage-t-elle un rôle dans l'organisation de cette négociation à régime dérogatoire et « expérimental » (25). La négociation d'accords susceptibles d'effet normatif *erga omnes* relève donc de la seule compétence de groupements agissant au nom de l'intérêt collectif. Sans qu'il y ait entre la nature des effets de l'accord et la qualité des agents de négociation un rapport de cause à effet, cette liaison, plutôt de type systémique, paraît essentielle : elle sert notamment à justifier l'une quand l'autre est contestée. Elle atteste aussi l'irréductible spécificité du droit à la négociation collective consacré au profit « des travailleurs » par l'art. L. 131-1 c. trav., puisque son exercice est indexé sur l'intérêt collectif, ce qui le distingue des droits individuels d'exercice collectif (*supra*, n° 28).

D'ailleurs, le droit français de la négociation collective et des accords qui en résultent ne constitue pas un droit des contrats collectifs, dont les effets seraient limités aux membres des groupements signataires et qui comporteraient de véritables engagements réciproques (26). Aussi la création directe, par accord collectif, d'obligations à la charge des salariés, que la Cour de cassation envisage dorénavant sous certaines conditions (27), n'irait-elle pas sans trouble.

Mais, comme conventions et accords collectifs peuvent porter sur les conditions du travail, c'est-à-dire régler les contrats de travail, et que les règles sur la négociation ne tendent pas seulement à assurer une confrontation collective équilibrée, le droit à la négociation collective n'est pas simple expression d'un droit de participation à la décision de l'employeur. C'est dans la distance mise entre la négociation et la participation, entre l'accord collectif et un contrat, que le droit français s'est frayé un chemin original.

31 - Dans les traits propres au mécanisme juridique de la négociation collective quelques problèmes se trouvent comme incrustés.

La négociation et la conclusion d'accords collectifs susceptibles d'avoir un effet normatif sont l'oeuvre des syndicats représentatifs. Dans un contexte de pluralisme syndical, même tempéré par l'exigence de représentativité, chaque syndicat est également réputé agir dans l'intérêt collectif. L'effet normatif se déploie donc dès lors que l'accord a été conclu par un quelconque syndicat représentatif. Cette règle dite de l'unicité de signature a pu paraître prosaïque tant que la négociation collective se bornait à compléter les avantages procurés aux salariés par la loi. Mais que cette négociation se voie chargée d'opérer des arbitrages entre des catégories de salariés, ou que la loi l'habilite à établir des règles dérogeant aux dispositions légales sans être obligatoirement plus favorables aux salariés (28), et le régime de la conclusion des accords collectifs devient foyer de réflexions critiques. L'invention, pour les accords dérogatoires, d'un droit d'opposition réservé aux syndicats non signataires dotés, par éventuelle addition, d'une représentativité majoritaire (ex. : art. L. 132-26 c. trav.), corrige les règles classiques. Mais l'introduction d'une idée majoritaire, au-delà des difficultés techniques qu'engendre le procédé de l'opposition, constituerait-elle une réponse appropriée ? Cette idée s'inscrit logiquement dans la négociation de véritables contrats collectifs, générateurs d'engagements réciproques, que ne sont pas les accords collectifs dans notre droit (*supra*, n° 30). Ce que les fonctions assignées à la négociation collective sous le label courant d'« accords de gestion » ont fait apparaître, c'est la tension jusqu'alors contenue entre l'effet normatif *erga omnes* d'un accord collectif et la volonté individuelle des salariés. Peu visible tant que l'accord complète la loi au profit de ces derniers, elle est prête à se manifester quand l'accord répartit les sacrifices en reprenant à certains ce qu'ils avaient obtenu ou quand il se substitue aux normes légales dont ils bénéficiaient jusqu'alors. La tentation existe d'aller puiser dans le contrat de travail ou dans les droits fondamentaux de la

personne le fondement d'une résistance du salarié-individu à la nouvelle norme conventionnelle. Cependant, ces droits-là constituent une catégorie encore mal assurée en droit français. Quant au contrat individuel, plutôt voué par tradition à compléter éventuellement les avantages procurés au salarié par les règles conventionnelles, il ne va pas de soi qu'il fournit le moyen de se prémunir contre leur efficacité.

E. L'intervention publique

32 - Dans les relations du travail comme dans d'autres domaines, sa forme élémentaire est celle de l'Etat-législateur. Les règles ainsi produites, et dont procède l'essentiel des mécanismes jusqu'ici décrits, organisent cependant d'autres formes d'intervention publique :

- le *contrôle de l'application des règles*, première mission de l'inspection du travail, c'est-à-dire d'un corps de fonctionnaires chargés de veiller au respect du droit dans une sphère de relations qui restent pour l'essentiel de droit privé ;

- l'*adaptation ponctuelle des situations juridiques* (et un certain contrôle de la loyauté des relations professionnelles), à travers l'examen et l'éventuel octroi d'autorisations ou de dérogations prévues ou requises par le code du travail (du domaine du temps de travail à celui de la protection des salariés investis de fonctions représentatives) ;

- le *règlement des différends* par la mise à disposition de moyens institutionnels (tribunaux d'Etat, dont certains sont spécialisés dans le traitement de la majeure partie des litiges du travail ; organismes non juridictionnels susceptibles d'être sollicités pour le traitement des conflits collectifs) ;

- la *régulation du marché du travail*, par la gestion des chômeurs et le placement des demandeurs d'emploi (ANPE), l'orientation et le contrôle des flux transfrontières de main-d'oeuvre (OMI, contrôle des travailleurs étrangers), la mise en oeuvre des politiques de l'emploi et de leur financement (FNE), la formation professionnelle.

33 - Du concept d'ordonnement des relations du travail et de l'effort qu'il appelle pour repérer et décrire les figures et mécanismes qui s'y combinent, il ne faut pas attendre la nouveauté radicale. Tout juste une meilleure intelligibilité du droit du travail, donc un regard plus aigu sur les débats qui le traversent, et des références plus nettes pour pratiquer des comparaisons internationales ou étudier comment rapports juridiques et relations empiriques de travail se composent.

Mots clés :

TRAVAIL * Droit du travail * Relation du travail * Ordonnement * Contrat de travail * Emploi

(1) Compte tenu du nombre d'écrits qu'il conviendrait de citer pour rendre justice à certaines lumières, signaler d'utiles compléments ou souligner des désaccords, le parti a été pris de s'abstenir de toute référence bibliographique.

(2) « Ordonnement » ou « ordre » ? Le choix est encore affaire de convention. Nous réservons « ordre juridique » à la désignation d'un ensemble de règles lié à un pouvoir social déterminé. « Ordre juridique français » est alors synonyme de « droit français », à moins qu'on ne préfère le comprendre comme la totalité des règles de droit valides sur le territoire de la République française et « garanties » par elle, comprenant, outre le droit étatique, des éléments de corps de normes dont le champ de validité est plus ample et qui s'imposent à cet Etat (droit communautaire, droit international). Il reste que, dans le lexique ici adopté, l'ordre se compose de règles et de décisions (c'est « le Droit objectif »), tandis que l'*ordonnement est tissé (tissu) de situations juridiques*.

(3) L'admission d'un tel pluralisme suppose que l'on ne tienne pas pour seul droit celui émanant de l'Etat. Il en résulte, notamment, que les règles juridiques extra-étatiques, reconnues à certaines conditions par le droit étatique, ne tirent pas leur juridicité (appartenance au genre « droit ») de cette reconnaissance. Le risque est de sombrer dans un

panjuridisme consistant à voir du droit dans tout phénomène de régularité ou de normativité sociale. La fécondité de l'hypothèse pluraliste requiert donc l'élaboration d'un concept théorique de « droit », c'est-à-dire d'un genre dont le droit étatique apparaît dès lors comme une simple espèce.


(4) La place qu'occupent, dans l'agencement des relations du travail salarié, des éléments issus de branches autres que le droit du travail, interdit d'affirmer que ce dernier est « autonome ». La teneur originale de nombre de ses règles commande, en revanche, de reconnaître son particularisme.

(5) Dans le code du travail, le terme apparaît aux fins de délimitation du champ d'application de nombreuses dispositions (ex. : art. L. 131-2, L. 200-1, L. 410-1, L. 421-1) ou du cadre d'exercice de droits des salariés, quand il ne désigne pas une référence pour la détermination de certains de ces droits (référence à l'effectif de l'entreprise ou à l'ancienneté dans l'entreprise), un cadre d'institution d'organes de représentation (les comités d'entreprise) ou de négociation collective. Bien que l'art. L. 122-12, al. 2, ne l'emploie pas, ce texte vise, dans l'interprétation aujourd'hui reçue, le « transfert d'entreprise ». Le terme « entreprise » désigne donc un cadre de relations entre un employeur et des salariés pour une activité de production de biens ou fourniture de services, à laquelle ces salariés participent dans une certaine uniformité de conditions. Le critère d'identification de ce cadre, c'est-à-dire une véritable définition de cette catégorie, reste pourtant difficile.

(6) Il importe de prendre acte d'un effet du « pouvoir de nomination » du droit : les relations du travail se définissent par référence à la qualification de contrat de travail (ou à l'assimilation légale à des salariés). Cela exclut les relations du travail des fonctionnaires, gouvernés par ce qui reste un chapitre du droit administratif. Sont également exclus les autres agents publics, réputés liés à des personnes publiques par des contrats de travail ayant nature de contrats administratifs (à l'exception des agents dont les contrats, tels les contrats emploi-solidarité, sont qualifiés de contrats de droit privé par la loi), dans la mesure où ces contrats échappent à l'essentiel des dispositions du code du travail. Mais comment tenir compte de l'existence de « principes généraux du droit du travail » affirmée par le Conseil d'Etat ? La question du domaine d'application du droit du travail (branche) est, en tout cas, bien plus complexe qu'on ne le croit.

(7) Cela vaut quel que soit le parti adopté dans le débat sur l'objet du contrat de travail : mise à disposition du corps du salarié, ou de sa personne, ou bien louage de force de travail ? Ce débat, renaissant, porte sur l'objet « en droit ». D'une autre nature est l'analyse (illustrée par Marx et quelques épigones) de l'opération réalisée par le contrat de travail dans les « rapports de production ».

(8) Cette loi (L. n° 94-126 du 11 févr. 1994, D. 1994, Lég. p. 194) a inséré dans le code du travail un art. L. 120-3 qui, dans le but très probable de réduire le nombre de salariés, attache à certaines circonstances d'exercice d'une activité professionnelle une présomption (réfragable) que le contrat n'est pas un contrat de travail.

(9) Cass. soc., 13 nov. 1996, Dr. soc. 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; D. 1996, IR p. 268 .

(10) L'arrêt majeur sur ce point reste : Cass. ass. plén., 4 mars 1983, D. 1983, Jur. p. 381, concl. J. Cabannes ; D. 1984, IR p. 164, obs. J.-M. Béraud.

(11) D'autres disciplines se bornent à assimiler partiellement à des salariés certains travailleurs exerçant leur activité dans le cadre de conventions qui ne deviennent pas pour autant des contrats de travail (distributeurs de l'art. L. 781-1, gérants non salariés de succursales de maison d'alimentation, assistantes maternelles).

(12) Il nous paraît donc inopportun de parler d'un « statut de salarié », le terme « statut » désignant, dans le langage du droit français (« statut de la fonction publique »), une condition juridique fixée par la loi sans faculté d'aménagement (serait-ce *in melius*) par voie conventionnelle.

- (13) Autre chose est l'efficacité (controversée) de ces dispositifs du point de vue de la stabilisation de l'emploi du salarié et, plus encore, de la situation de l'emploi au sens macroéconomique.
- (14) Une certaine loyauté envers l'entreprise s'impose au salarié, et l'employeur a le devoir (« découvert » par Cass. soc., 25 févr. 1992, D. 1992, Jur. p. 390, note M. Défossez ; D. 1992, Somm. p. 294, obs. A. Lyon- Caen¹) « d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois », notamment lorsque changent l'organisation ou les techniques de l'entreprise.
- (15) Cet aspect essentiel de l'agencement juridique du rapport d'emploi participe d'une « réalité sociale » dont la description et l'interprétation relèvent de la sociologie, de la science économique, ou de telle science de gestion. Une chose est de dire ce qu'est le pouvoir en tant que prérogative juridique, une autre d'appréhender les rapports de domination ou coopération dans lesquels il s'inscrit ; une troisième, la plus difficile, est de déterminer s'il est un déterminant, un facteur, une variable ou un reflet de ces rapports.
- (16) Si la discipline s'entend, selon l'interprétation de Foucault, d'une méthode de « contrôle minutieux du corps » pour assujettir ses forces dans un rapport de « docilité-utilité » en vue de « majorations d'utilité », l'organisation de la production, donc la direction de l'ensemble de l'activité des salariés, constitue la pratique disciplinaire par excellence, avant même l'édiction de règles ou le prononcé de sanctions. La tradition juridique ignore toutefois cette nature disciplinaire de toute entreprise, et qualifie de « disciplinaire » le seul pouvoir de sanctionner le salarié en cas de faute.
- (17) « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (art. L. 120-2 c. trav., créé par la loi n° 92-1446 du 31 déc. 1992, D. 1993, Lég. p. 110).
- (18) C'est à propos du pouvoir de direction que la consistance et la portée d'une norme d'égalité restent les plus incertaines. L'employeur a-t-il le loisir d'individualiser les rémunérations ? Que requiert la règle générale « à travail égal, salaire égal » mise en évidence par un arrêt du 29 oct. 1996 (Dr. soc. 1996, p. 1013, note A. Lyon-Caen ; D. 1998, Somm. p. 259, obs. M.-T. Lanquetin²) de portée controversée ? La Chambre sociale peine à dissiper l'incertitude (Rapport de la Cour de cassation 1996, p. 25).
- (19) Les dispositions dont il résulte que tout licenciement doit reposer sur « une cause réelle et sérieuse » (art. L. 122-14 et s.) appellent un contrôle prud'homal assez intense, sans aller toutefois jusqu'à instituer prud'hommes et cours d'appel juges de l'analyse ou des choix économiques de l'employeur. Au juge devant lequel est contesté le motif économique d'un licenciement, il appartient de vérifier que la cause immédiate de la rupture (suppression ou transformation d'un ou plusieurs emplois, délocalisation, etc.) était bien la suite nécessaire d'une décision de direction économique. A-t-il désormais le pouvoir de mettre cette dernière en question ? Malgré certaines audaces, il semble que la Cour de cassation tende seulement à imposer aux directions une justification plus étayée des actes les plus lourds de conséquences pour les salariés.
- (20) Règles fixant, en l'absence d'accord collectif, les modalités d'exercice du droit d'expression directe (art. L. 461-4 c. trav.) ou « mesure que l'employeur entend appliquer unilatéralement » après un échec de la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise (art. L. 132-29).
- (21) Une question se profile ici : l'entreprise constitue-t-elle, comme on l'a soutenu, un « ordre juridique » ? Il nous semble plutôt que chaque entreprise est un cadre dans lequel se combinent l'ordre juridique étatique, des éléments d'ordres juridiques supra-étatiques, des corps de règles ayant pour domaine de validité la branche ou l'interprofession, des normes propres à l'entreprise enfin.
- (22) Expression qu'il faudrait préférer à celle de liberté d'action syndicale, mais qui ne recouvre qu'une dimension du droit à la liberté syndicale.

(23) La thèse qui réduit le rapport d'emploi à une relation de travail (supra, n° 7) s'accorde - en France, l'oeuvre de P. Durand en témoigne - à cette conception institutionnelle de l'entreprise.

(24) Bien que ce dernier trait mérite d'être nuancé depuis que la Cour de cassation a reconnu au salarié isolé, salarié unique d'un employeur, l'aptitude à exercer un droit de grève (Cass. soc., 13 nov. 1996, Bull. civ. V, n° 379 ; JCP 1997, II, n° 22754, rapport Waquet, note Corrigan-Carsin ; D. 1997, IR p. 6¹³).

(25) Négociation par « salariés mandatés » prévue par l'art. 6 de la loi n° 96-985 du 12 nov. 1996 (D. 1996, Lég. p. 474) et l'art. 3, III, de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 (D. 1998, Lég. p. 196).

(26) Dont l'archétype, connu sous d'autres cieux, serait la renonciation, pendant la durée de la convention, à tout conflit en rapport avec son objet (« devoir de paix »).

(27) « Les obligations mises à la charge d'un salarié par une convention collective lui sont opposables, en l'absence de mention dans le contrat de travail, dès lors qu'il a été informé de l'existence d'une convention collective applicable et a été mis en mesure d'en prendre connaissance » (Cass. soc., 8 janv. 1997, Dr. soc. 1997, p. 323, obs. G. Couturier ; D. 1997, Jur. p. 332, note M. Crionnet, et Somm. p. 240, obs. Y. Serra¹⁴).

(28) Ce qui, depuis les premières expériences de 1982, répond à la notion légale d'accord dérogatoire.