



TRAVAUX DIRIGES DROIT DU TRAVAIL – RELATIONS INDIVIDUELLES – Groupe B

Cours de Monsieur le professeur Lucas BENTO de CARVALHO

Travaux dirigés par Madame Lucie LE MOUËL, Messieurs Yoan BEKAÏRI et Thomas
GONZALES

Tutorat par Madame Alice RICHARD

Séance 1 : ACCUEIL – METHODOLOGIE – DOMAINE ET ENJEUX DU DROIT DU TRAVAIL

I. A LIRE, A REFLECHIR, POUR BIEN COMMENCER LE SEMESTRE

A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? ». *Dr. soc.* 1990, p. 485.

Pourquoi un droit du travail ? Voilà une interrogation qu'il est tentant de retourner : pourquoi cette question ? Les magistrats n'ont-ils pas déjà assez à faire de s'informer du contenu du droit du travail, qu'il faille les assommer avec des questions dernières qu'on ne peut poser sans emphase : qu'est-ce que le droit du travail ? d'où vient-il ? où va-t-il ? Monsieur le président Verdier, organisateur de ce colloque, a su dissiper ce doute initial en faisant observer qu'on ne peut appliquer et interpréter le droit du travail sans avoir en vue sa raison d'être. Ainsi convaincu de l'intérêt de la question, on se trouve placé pour l'aborder devant deux difficultés liminaires.

Première difficulté : c'est une question rebattue. Elle a surgi dès les premières lois ouvrières, et n'a cessé depuis de susciter des réflexions politiques et doctrinales. Ces dernières années lui ont donné, il est vrai, avec les débats relatifs à la déréglementation, un nouvel air de jeunesse. « Faut-il brûler le Code du travail ? » demandait le titre d'un colloque organisé à Montpellier en 1986⁽²⁾ « Le droit du travail, un droit vivant » ! répondit en écho un autre colloque organisé à Lyon deux ans plus tard⁽³⁾. Mais le dossier des raisons dernières du droit du travail reste ouvert à en juger entre autres par le dernier colloque de « *Droit social* », qui soulignait de points de suspension, la difficulté de ces questions générales « Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail »⁽⁴⁾.

Il est bien difficile de s'engager sur ce terrain sans s'exposer au rabâchage. Qu'il suffise donc ici

de tracer à grands traits la carte de ces explications dernières du droit du travail. Sur cette carte, deux cités. Non pas une à droite et une à gauche, mais celle de l'Economisme et celle de l'Humanisme.

La Cité de l'Economisme se situerait sur le bas de cette carte, car ceux qui y campent s'accordent à voir dans le droit du travail un vassal des rapports économiques, une expression des conflits d'intérêt (5). Elle a son parti de droite (qui défend l'ordre établi) et son parti de gauche (qui veut le bouleverser), mais ils admettent tous deux cette primauté de l'économie. Ce que résume bien cette formule du Pr. Teyssie citant A. Roudil : « N'ayons garde d'oublier, en tout état de cause que : « Le droit du travail ne commande pas à l'économie ». L'inverse en revanche est vrai » (6).

La Cité de l'Humanisme se situerait en haut de la carte, près du Ciel puisqu'on y voit au contraire dans le droit du travail un instrument de soumission des rapports économiques à des valeurs morales. « La signification essentielle du droit du travail, écrit ainsi Paul Durand, est d'ordre moral. La société moderne n'admet pas que le travail soit traité comme un bien matériel, soumis à la loi du marché. Les rapports de travail sont soumis à un droit spécial parce qu'ils engagent la personne du travailleur. Du fait même, - et que l'on en ait plus ou moins conscience - le droit du travail se présente comme une réaction contre une philosophie matérialiste » (7). Cette interprétation morale du droit du travail est partagée par les deux partis qui, selon les moments, s'y affrontent ou s'y allient : le parti chrétien (8), qui prend racine dans la doctrine sociale de l'Eglise, et le parti laïc, héritier du socialisme utopiste ou du solidarisme (9).

Cette carte paraîtra bien grossière. Mais sa seule raison d'être est de ne pas se perdre dans ces débats mille fois repris, autrement dit de ne pas s'y engager une mille-et-unième fois.

Reste une seconde difficulté liminaire, qui résulte de l'ambiguïté de la question « Pourquoi un droit du travail ? ». Car cette interrogation peut s'entendre d'au moins trois manières. Dans « Pourquoi ? » on peut entendre « dans quel but ? » ; et se posera alors la question de la finalité du droit du travail, des objectifs poursuivis à travers lui. Mais on peut aussi entendre « à quoi ça sert ? », et se trouvera alors posée la question des fonctions du droit du travail, de son rôle effectif dans la société. Et on peut entendre enfin « à quoi bon ? » et se trouvera alors posée la question de l'inutilité du droit du travail : ne pourrait-on s'en passer ?

Or ce qui frappe depuis la consolidation du droit du travail comme branche autonome du droit, c'est le glissement progressif de l'une à l'autre de ces trois questions. Jusqu'à la fin des années soixante, la question posée en doctrine est celle du but du droit du travail, et la réponse unanime se laisse résumer en un mot : celui de *protection* du salarié (10). Dans les années soixante-dix, le débat se déplace et c'est la question « à quoi ça sert ? » qui agite les esprits. Est alors mis en doute le caractère purement protecteur du droit du travail, et l'analyse de ses « fonctions » conduit à souligner l'intérêt qu'il offre aussi pour le patronat (11). Ces débats aboutirent à affirmer *l'ambivalence* du droit du travail : il sert les salariés, mais aussi les employeurs (12). Enfin les années quatre-vingts ont vu éclater la question « à quoi bon ? », question qui court dans tous les débats relatifs à la déréglementation ou à la flexibilité, et que résumait excellemment le titre déjà cité du colloque de Montpellier « Faut-il brûler le Code du travail ? ». En réalité, personne n'a jamais sérieusement songé à le brûler, et surtout pas les juristes dont il est le gagne-pain. Mais ces débats ont fait surgir une nouvelle notion consensuelle : celle de *l'équilibre* (13), qui se laisse décliner dans l'invocation du nécessaire (toujours nécessaire !) équilibre entre l'économique et le social, la sécurité et la liberté, l'efficacité et l'équité,

l'individuel et le collectif etc.

Protection, ambivalence, équilibre : notions bien utiles. Surtout la première qui est en vérité la seule à avoir une valeur distinctive pour le droit du travail, puisque les deux autres - ambivalence et équilibre - peuvent s'appliquer à n'importe quelle branche du droit, et nous apprennent donc seulement que le droit du travail est bien partie intégrante du droit.

Mais le plus remarquable est ailleurs : dans le fait que la raison d'être du droit du travail ait toujours été recherchée en dehors de l'ordre juridique lui-même : dans la morale, ou l'économie. Non pas qu'il soit inconvenant de se tourner de ce côté, mais ne pourrait-on d'abord se tourner vers le système juridique lui-même ? De même qu'un mot n'a de sens que relativement aux autres mots de la langue, de même le droit du travail n'a de sens juridique que relativement aux autres branches du droit. La première question à se poser serait alors « Pourquoi le droit du travail, et pas le droit civil ? » ; en bref : « Pourquoi pas le droit civil ? ». C'est seulement après avoir évoqué ce problème de toujours qu'il sera possible de rouvrir la porte aux sciences sociales pour aborder les problèmes du jour. Autrement dit les raisons structurelles du droit du travail (I) seront examinées avant ses raisons conjoncturelles (II).

I. - Raisons structurelles : pourquoi pas le droit civil ?

La question des rapports entre le droit civil et le droit du travail a pendant longtemps été empoisonnée par un procès en suspicion. Du côté civiliste, le droit du travail a été soupçonné d'être un droit de classe (14) - celui de la classe ouvrière - qui minerait l'unité du droit civil, et donc de la société civile elle-même : tandis que du côté « travailliste » était nourri le soupçon inverse, selon lequel c'est le droit civil qui serait un droit de classe : le droit de la classe capitaliste et salariale (15). Quelques travaux décisifs ont permis, sinon de clore, du moins de faire taire cette discussion, en apportant la démonstration que le droit civil n'était pas, par nature, défavorable aux salariés (16). Mais alors, la question n'en est que plus pressante : pourquoi n'est-ce pas le droit civil qui régit les relations de travail ?

Soucieux de pédagogie, j'aborderai ce problème par une image et comparerai les relations entre droit civil, ou plus exactement entre droit des obligations et droit du travail, à celles qui existent entre une voiture et un navire. Leur raison d'être est finalement la même (se déplacer), mais ils répondent à des impératifs différents (s'adapter à une surface solide dans un cas, et liquide dans l'autre), si bien qu'on observe entre eux à la fois certaines similitudes et d'énormes différences. De même, le droit civil et le droit du travail ont finalement la même raison d'être, qui est de « civiliser » les relations sociales (17), c'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force. Mais tandis que le droit civil des obligations évolue sur un terrain solide - celui du sujet de droit, maître de son corps et de sa volonté - celui-ci fait défaut en matière de travail salarié. Ce dernier en effet comporte deux impératifs structurels que le droit des obligations est incapable de satisfaire et qui l'y rendent inopérant : l'objectivation du corps humain et la subordination de la volonté (18). Le droit du travail procède justement de ces deux questions difficiles :

- comment assurer la sécurité physique d'individus assujettis aux contraintes de la production ?
- comment conférer des droits à des individus soumis à la volonté d'autrui ?

A - La contrainte physique

S'il est un principe fondamental de l'État de droit - i.e. d'une société « civilisée » - c'est bien celui de la sécurité des personnes, entendez de la sécurité physique. Or, les concepts du droit civil se sont avérés incapables d'assurer cette sécurité dans l'entreprise, parce que le droit civil des obligations ne peut gérer une situation où les individus n'ont plus la maîtrise de leur corps, où celui-ci devient une source d'énergie s'insérant dans une organisation matérielle conçue par autrui. « Il faut dire, écrivait Ripert (19), que le travail c'est l'homme même, dans son corps et dans son esprit, et qu'il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé ». Le droit du travail a eu pour premier objet de suppléer cette défaillance du droit civil des contrats, et d'étendre à l'intérieur des entreprises le principe de la sécurité des personnes.

Faut-il rappeler ici l'ampleur des dispositions élaborées à cette fin ? On pense bien sûr en premier lieu aux dispositions qui assurent une protection technique des travailleurs, telles les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, à la médecine du travail, aux accidents du travail et aux maladies professionnelles. Mais la portée de cette idée de sécurité physique est en réalité infiniment plus vaste, et s'étend à toutes les règles qui concernent la santé (par exemple celles relatives à la limitation et à l'aménagement du temps de travail, ou à la maladie), la reproduction (protection de la maternité), le vieillissement (discriminations par l'âge, retraites, etc.), l'entretien du corps (problèmes du minimum et de la continuité des moyens de subsistance, qui ont dominé le régime juridique des salaires) (20), ou son intimité (règles relatives aux fouilles, à l'alcootest, ou la jurisprudence relative aux normes vestimentaires dans l'entreprise) (21).

Cette idée de sécurité physique a été, et demeure, au coeur du droit du travail. C'est elle qui apparaît à l'origine historique de tous les droits du travail européens ; c'est elle qui, dans les systèmes les plus dominés par l'abstentionnisme étatique en matière de relations de travail, constitue la part irréductible d'un droit du travail imposé par l'État ; c'est elle enfin qui se retrouve au centre de l'édification du droit social européen, telle qu'on l'observe par exemple dans l'Acte unique (22). Idée centrale donc, mais dont l'importance reste souvent méconnue, si l'on en juge par exemple à la faible place occupée par la référence aux contraintes chronobiologiques dans les derniers débats sur l'aménagement du temps de travail en France.

B - La subordination de la volonté

Le droit du travail procède également de l'incapacité du droit civil des obligations à appréhender une relation dominée par l'idée de subordination d'une personne à une autre. Alors que dans le contrat civil la volonté s'engage, dans la relation de travail elle se soumet. L'engagement manifeste la liberté, la soumission la nie. Cette contradiction entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté aboutit à ce que le salarié, en tant que sujet de droit, disparaît de l'horizon du droit civil lorsqu'il rentre dans l'entreprise, pour laisser place à un sujet tout court, soumis au pouvoir de normalisation du chef d'entreprise (23). Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être, de pallier ce manque, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique d'exercice. Cet encadrement a signifié dans le même temps - irréductible ambivalence du droit - une légalisation et une limitation de ce pouvoir.

Puisqu'il s'agit de civiliser les relations de travail, c'est sans surprise qu'on retrouvera ici des techniques venues du droit civil, mais adaptées aux exigences de la subordination. De même que sur un bateau on retrouve un gouvernail, qui rappelle le volant, ou une hélice, qui rappelle la roue motrice, de même le droit du travail adapte aux impératifs de la relation de travail certains concepts venus du droit civil, tels ceux de contrat ou de convention, de personne

morale, de représentation etc. Mais il emprunte aussi aux branches du droit qui comme lui ont affaire à des relations de pouvoir : au droit public (24) (détournement de pouvoir), au droit pénal ou au droit processuel (droits de la défense) (25).

La principale clé de cette adaptation a été d'accorder une place au collectif dans la définition des droits. Cette référence au collectif fera immédiatement penser aux concepts juridiques propres au droit du travail, tels celui d'entreprise (et dans sa gravitation, ceux d'établissement, de groupe, d'unité économique et sociale etc.) ou de branche, de négociation ou de représentation collective, de grève ou de syndicat. Mais en réalité, le collectif est presque toujours présent en filigrane, même dans la définition des droits individuels conférés aux salariés. S'agit-il de présenter des réclamations individuelles, ou de comparaître à l'entretien individuel préalable au licenciement ? Le salarié peut se faire assister de son délégué. S'agit-il de savoir à quel salaire minimum il peut prétendre, ou quelle durée maximum de travail peut lui être imposée ? Le salarié pourra exciper de règles collectives, légales ou conventionnelles. S'agit-il d'exercer une action individuelle en justice ? Le salarié pourra s'y faire assister et représenter par le syndicat qui même, dans un nombre de plus en plus grand de cas, est habilité à agir à sa place. Et cette ombre du collectif s'étend jusque sur la juridiction compétente pour les litiges individuels, puisque l'institution prud'homale est élective et paritaire.

La constitution du droit du travail comme branche autonome du droit s'est ainsi opérée par un double mouvement de déclin de contrat individuel comme cadre juridique exclusif de la relation de travail, et de reconnaissance de droits définis collectivement (droits collectifs, ou réglementation collective) qui fondent ou confortent des droits individuels, c'est-à-dire des droits que chaque salarié peut opposer à son employeur. De ce point de vue, l'une des notions les plus originales du droit du travail est celle de droit individuel s'exerçant collectivement, notion qui se trouve au cœur de la conception française du droit de grève, du droit syndical ou du droit à la négociation collective. Se trouve ainsi posé, non seulement le problème de la protection de l'individu par le groupe, mais aussi celui de la protection de l'individu contre le groupe, question qui occupe une place majeure dans le droit anglais ou américain, et qui en France même, vient d'avoir les honneurs de l'actualité constitutionnelle (26).

Tout cela est évidemment compliqué, difficile à manier, et ce balancement perpétuel entre l'individuel et le collectif, la subordination et la liberté, le contrat et le statut, est bien propre à donner le mal de mer au civiliste. Le danger est là d'ailleurs pour le juriste. Vous savez que contrairement aux vrais marins, qui la redoutent, les marins d'eau douce aiment la vue de la terre, et s'y précipitent avec l'instinct infaillible qui fait les grands naufrages. C'est le même risque qu'encourt le juriste tenté de revenir, pour traiter des relations de travail, sur la terre ferme du droit civil. Cela ne veut pas dire que les emprunts au droit civil lui soient interdits. Mais qu'il ne peut jamais se borner à installer purement et simplement une disposition du droit civil dans l'appareillage du droit du travail, sans avoir préalablement vérifié que cette disposition répondait aux exigences propres de ce dernier (27).

Il faut en effet se résoudre à ce constat que le droit du travail est devenu le droit commun des rapports de dépendance économique, dans la mesure où il possède une logique propre, qui rayonne dans les autres branches du droit. Les concepts forgés en son sein ont essaimé dans toutes les situations juridiques où se retrouve cette idée de dépendance. La Sécurité sociale (28), la fonction publique (29), le droit rural (30), le droit des transports (31), le droit

commercial (32) et le droit civil lui-même dès qu'il doit régir des rapports inégalitaires (33), ont repris à leur compte pour les adapter à leurs exigences propres, tel ou tel de ces concepts. Et l'actualité (34) montre le dynamisme que les idées de droit syndical, de droit de grève, de négociation collective, voire même de revenu minimal ou garanti, peuvent acquérir au sein de professions libérales - comme les médecins ou les avocats - aujourd'hui déchirées entre l'affirmation de leur indépendance juridique, et le constat de leur dépendance économique et financière vis-à-vis de l'État ou de la Sécurité sociale.

La place ainsi acquise par le droit du travail dans notre système juridique l'expose évidemment plus qu'un autre aux changements (35). De ce point de vue, la question « Pourquoi un droit du travail ? » se pose dans des termes différents, comme un problème d'actualité : au-delà de ses raisons structurelles, quelles sont les raisons conjoncturelles de ce droit ?

II. - Raisons conjoncturelles : le droit du travail face au changement

Pour aborder les problèmes du jour, je distinguerai les deux sens de la notion de droit du travail : d'une part, le droit du travail comme ensemble de textes régissant les relations de travail, et d'autre part, le droit du travail comme science de ces textes. La question « Pourquoi un droit du travail ? » alors se dédouble, et conduit à se demander, non seulement à quoi peuvent servir ces textes, mais aussi à quoi peut bien servir cette science des textes. Il est difficile de ne pas prendre parti sur de telles questions, c'est-à-dire à tout le moins, de ne pas privilégier certaines des réponses possibles. Prenant parti assez clairement pour faciliter les réfutations éventuelles, j'avancerai que si le droit du travail - comme « science » des textes - peut servir à analyser le changement, le droit du travail - comme pratique des textes, et singulièrement comme pratique judiciaire - doit servir à le maîtriser.

A - Science des textes et analyse du changement

D'excellents écrits ont analysé ce qu'étaient les « tâches » ou les « fonctions » de la doctrine, spécialement en droit du travail (36). Allant à l'essentiel, ces analyses portent sur les diverses facettes de la connaissance du phénomène juridique, et mettent naturellement l'accent sur le rôle joué par la doctrine à l'intérieur de l'ordre juridique (37). Aussi n'est-il pas utile d'y revenir ici, et je voudrais plutôt mettre en lumière un intérêt marginal de la science des textes, qui est de contribuer à la compréhension de ce dont ces textes nous parlent ; autrement dit, de nous donner une vue imprenable sur le changement économique et social. Marginale sans doute, cette perspective, qui restitue au droit sa dimension culturelle, peut se réclamer de précédents illustres dans la doctrine française (38).

Parler de « changement » - notion passe-partout s'il en est - revient à dire en termes moins choisis que ne le faisait Montaigne, que « le monde est une branloire pérenne ». Reste à caractériser, à définir, les ébranlements d'aujourd'hui. C'est ce problème que le droit du travail, comme science des textes, peut contribuer à poser convenablement. Par la position structurale qu'il occupe, au croisement de l'individuel et du collectif, du physique et du mental, de l'économique et du social, le droit du travail donne du changement une vue qu'il serait dommage de négliger.

Si nous y jetons un coup d'oeil aujourd'hui, nous y observerons avec un peu d'attention trois choses essentielles, trois « tendances lourdes » de notre société : tendances à l'individualisation, à la déconcentration et à la dualisation (39).

Au dossier de l'*individualisation* (40), versons : la diversification des formes juridiques d'emploi, la revalorisation du contrat individuel de travail, le principe de non-discrimination sexuelle, la flexibilisation de l'organisation du temps de travail (y compris de la vie de travail : prohibition des clauses-guillottes en matière de retraite), le droit d'expression, les droits à congé individuel (congés sabbatiques, pour création d'entreprise, parental d'éducation, de formation etc.), le droit à conversion, le droit de retrait etc.

Au dossier de la *déconcentration* versons : d'une part, les signes d'une tendance à la décentralisation (développement du droit conventionnel et des accords d'entreprise, remise en cause de la notion d'ordre public social) et, d'autre part, ceux d'une tendance inverse, à l'internationalisation (41)(émergence du droit social européen (42), du droit des groupes).

Enfin au dossier de la *dualisation*, nous trouvons les morceaux d'un droit du travail du « deuxième type » qui prospère à l'ombre de l'ancien : contrats à durée déterminée, travail temporaire, travail à temps partiel, intermittent, formes juridiques de mise au travail (nuée des stages et des contrats de type « emploi-formation), prestation de main d'oeuvre etc. Du deuxième type parce que la plupart des notions fondamentales du droit du travail (employeur, entreprise, représentation, grève, voire même la notion de salarié) s'y trouvent prises en défaut.

Tout cela ne s'observe d'ailleurs pas seulement en droit du travail, et par exemple, l'individualisation peut se lire également en droit de la famille (43), la déconcentration en droit public (44), et la dualisation en droit de la sécurité ou de l'aide sociale (45).

Sans doute ces tendances ont-elles aussi été observées ailleurs, en économie ou en sociologie (46). Mais l'analyse juridique peut permettre d'en préciser le sens et la portée. En montrant par exemple comment, derrière les discours magnifiant l'émancipation de l'individu par le contrat, le lien juridique se transforme et tisse de nouvelles formes de regroupement et de contraintes sociales (47). Le droit du travail permet donc de mieux saisir et de mieux comprendre les changements qu'à la fois il exprime et il imprime. Aux yeux du simple observateur, cela suffirait à en justifier l'intérêt. Mais ceux qui pratiquent le droit du travail risquent de ne pas se satisfaire d'un intérêt aussi spéculatif. Les magistrats, en particulier, ne peuvent se contenter d'observer, car ils ont le pouvoir et la charge de décider. Pour eux la question essentielle est de savoir si la pratique des textes permet de maîtriser les changements ainsi observés.

B - Pratique des textes et maîtrise du changement

Chacune des grandes tendances révélées par l'étude des textes est porteuse à la fois du meilleur et du pire, et peut être aussi bien saisie comme une chance que comme un risque (48).

La tendance à l'individualisation, par exemple, peut être analysée comme la chance d'un desserrement des contraintes que le groupe exerce sur l'individu, autrement dit comme un facteur de libération et de responsabilisation. Au lieu que l'organisation de son temps (49), ses espérances de gain, l'expression de ses opinions, soient prises en charge ou définies de manière collective (par l'Etat, l'employeur ou le syndicat), c'est le salarié lui-même qui deviendrait l'artisan de ces différents aspects de sa vie professionnelle.

Mais on peut à rebours voir dans l'individualisation le risque d'une réduction de la protection

de l'individu par le groupe, autrement dit comme un facteur d'anomie. Tandis que la définition collective des règles régissant la relation de travail donnait à chaque salarié des titres juridiques opposables au pouvoir patronal, l'individualisation se réduirait à un démantèlement de ces droits enracinés dans le collectif. La Terre promise de l'individu maître de sa destinée, ne sera accessible en effet qu'au petit nombre de salariés capables de donner un contenu concret à ces droits individuels. Pour tous les autres, le reflux des protections collectives laissera la place nette à de nouvelles formes de normalisation et d'exploitation (dans et hors de l'entreprise) (50). Plus généralement, on peut conjecturer que la fonction d'intégration économique et sociale qu'a toujours remplie le droit du travail, tend à ne plus jouer qu'au bénéfice d'une partie des salariés, tandis que pour l'autre partie ce droit est devenu un facteur supplémentaire d'exclusion.

Or ici, le juge a un rôle capital à jouer.

En vérité, il a toujours joué un rôle capital dans l'édification du droit du travail, tantôt comme moteur, tantôt comme ancre flottante, le faisant avancer et limitant ses dérives. C'est ainsi qu'on lui doit, pêle-mêle, le principe de la responsabilité du chef d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité (51), la technique de la suspension du contrat de travail (52), la notion d'unité économique et sociale (53), la technique de la requalification des contrats précaires successifs (54), etc.

Il va jouer un rôle décisif dans les évolutions à venir, et de lui aussi on peut attendre le meilleur et le pire.

Bien sûr, dans la jurisprudence française, le pire est exceptionnel ! Mais tout de même, en voici un exempté. Il s'agit de ces salariés du deuxième type, qui travaillent dans des entreprises de prestations de service (restauration, gardiennage, nettoyage etc.), de ces salariés pour qui les droits collectifs sont à peu près vides de sens parce qu'ils travaillent *de facto* pour un employeur qui n'est pas le leur *de jure*, de ces salariés enfin qui constituent le type même de la main d'oeuvre extériorisée et bon marché, et qui ne connaissent de l'individualisation et la dualisation du salariat que leur mauvais côté. Ces salariés avaient une protection et une seule : la jurisprudence dite « *Laving-glace* » (55), qui évitait que la concurrence entre entreprises prestataires de services ne se joue principalement sur les bas salaires et l'exploitation de la main d'oeuvre (56). Cette unique protection la Cour de cassation leur a ôtée (jurisprudence « *Nettoitout* » (57)) sous la pression d'une argumentation économique dont la suite allait montrer le caractère pour le moins approximatif. Le démenti apporté à cette argumentation par les partenaires sociaux eux-mêmes (58), puis la position adoptée par la Cour de Justice des Communautés européennes (59), permettent d'espérer que la Cour de cassation reformera bientôt cette jurisprudence « *Nettoitout* » (60), qui s'apparente à ce que J.-J. Dupeyroux a appelé « l'effet Matthieu » en droit de la Sécurité sociale (61) : à ceux qui n'ont rien, on ôte même ce qu'ils ont...

Les exemples du meilleur sont évidemment beaucoup plus faciles à trouver, car ils sont beaucoup plus nombreux. Je me limiterai à deux d'entre eux, qui, tous deux, concernent le processus d'individualisation.

Le premier est relatif à la qualification du contrat de travail. On sait que l'une des formes pratiques de l'individualisation consiste pour certaines entreprises à transformer leurs propres salariés en entrepreneurs sous-traitants ; l'intérêt de l'opération est bien sûr d'exclure du champ d'application du droit du travail les salariés ainsi « mis à leur compte ». Tant la Chambre sociale

que la Chambre criminelle de la Cour de cassation se montrent en pareille hypothèse d'une extrême fermeté. Leur jurisprudence s'en tient en effet au principe récemment réaffirmé par l'Assemblée plénière, selon lequel « la seule volonté des parties (est) impuissante à soustraire l'intéressé au statut social qui provient nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail »⁽⁶²⁾. On ne soulignera jamais assez l'importance de cette jurisprudence : la qualification du contrat de travail est un verrou que le juge ne pourrait ouvrir sans risquer de précipiter hors de toute protection des milliers de travailleurs.

Le second exemple est celui de la jurisprudence *Raquin* relative à la modification du contrat de travail⁽⁶³⁾. Ici encore on a affaire au processus d'individualisation puisqu'il s'agit de redonner vigueur aux stipulations du contrat individuel. Une partie des travaux de ce colloque doit être consacrée aux développements de cette nouvelle jurisprudence, et je ne doute pas qu'ils mettront en lumière les difficultés techniques qu'elle peut soulever⁽⁶⁴⁾. Aussi n'est-il pas inutile de rappeler ici que l'arrêt *Raquin* est venu consacrer une solution de bon sens, que la doctrine appelait de ses vœux depuis longtemps. Cette solution n'interdit pas le changement dans l'entreprise, puisqu'elle laisse l'employeur libre de décider des modifications substantielles du contrat. Mais elle l'oblige à traiter le salarié comme un véritable sujet de droit, en le consultant sur cette modification pour recueillir son assentiment exprès, ou bien un refus qui conduira à engager une procédure de licenciement, ou bien encore pour négocier avec lui les conditions de cette modification.

L'équilibre ainsi réalisé par l'arrêt *Raquin* entre les contraintes collectives inhérentes à la vie de l'entreprise et le respect dû aux individus, n'est pas sensiblement différent de celui que le Conseil constitutionnel vient de définir à propos de l'exercice syndical des actions individuelles en justice en exigeant que soit recueilli l'accord exprès des salariés concernés⁽⁶⁵⁾. Dans les deux cas il s'agit bien de traiter le salarié comme un véritable sujet de droit, mais dans des conditions qui préservent les nécessaires prérogatives du chef d'entreprise ou du syndicat.

Les problèmes du jour rejoignent ainsi les problèmes de toujours, et c'est là-dessus que je voudrais conclure. Le rôle du juge n'est pas d'appliquer les lois réelles ou supposées de l'économie, il est d'appliquer les lois tout court. Et s'il lui faut accompagner et favoriser les changements de la société dans laquelle il vit, c'est en veillant à ce que les relations de travail restent sous l'emprise du droit, c'est-à-dire, pour parler bref, qu'elles restent des relations civilisées.

(1) Rapport introductif du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Association française de droit du travail et de la Sécurité sociale, (Paris, 2 février 1990) et intitulé « Le droit du travail, un droit à part ? » ; la forme orale lui a été conservée.

(2) Actes parus in *Dr. soc.*, n° spéc. juill.-août 1986, pp. 559-604.

(3) Actes parus in *Dr. soc.*, n° spéc. juill.-août 1988, pp. 537-597.

(4) *Dr. soc.*, n° spéc. janv. 1990, 146 p.⁽⁶⁾

(5) Cette opinion, Georges Scelle la résumait parfaitement lorsqu'il écrivait : « On ne saurait se dissimuler (...) que ni le sentiment de la justice sociale, ni les incitations de la science économique, ni même la poursuite du progrès et de l'intérêt national, ne sauraient être des facteurs décisifs et permanents de législation sociale, à l'encontre des intérêts de classe. Tout cela n'aurait pas amené la classe bourgeoise, capitaliste et salariante à donner à la classe ouvrière et salariée des armes juridiques et suffisantes, si elle fût demeurée l'exclusive détentrice du pouvoir politique. Il n'y a point de bon tyran, quoiqu'on aient dit les physiocrates, surtout en

démocratie. Une classe légifère dans son intérêt propre avec un instinct si fatal qu'il confine à la bonne foi » (in *Le Droit Ouvrier* Paris A. Colin, 2^e éd. 1928, pp. 12-13).

(6) B. Teyssié, « Propos autour d'un projet d'autofafé », *Dr. soc.* 1986, n° 17, p. 561, citant P. Roudil, « Flexibilité de l'emploi et droit du travail, "la beauté du diable" » *Dr. soc.* 1986, 94).

(7) P. Durand, « Traité de droit du travail », Paris, Dalloz, t. 1, n° 94, p. 113 ; sur cette référence personnaliste, v. F. Perroux, « La personne ouvrière et le droit du travail », *Esprit*, fasc. 42, 1^{er} mars 1936, pp. 866-897 et du même auteur « Le sens du nouveau droit du travail », Paris, Domat-Montchrestien, 1943 ; V. dans le même sens la déclaration qui ouvre la 2^{de} édition du *Traité du droit du travail* d'A. Brun et H. Galland : « En droit du travail plus sans doute qu'en aucune autre branche du droit, le « spirituel » doit l'emporter sur le « matériel », l'inspiration humanitaire doit primer la réglementation étroite et technique, car la finalité de ce droit réside dans l'homme » (Paris, Sirey, 1978, t. 1, n° 1, p. IX).

(8) V. par ex. (se référant explicitement à la doctrine sociale de l'Eglise catholique pour asseoir son analyse institutionnelle de l'entreprise) les travaux de J. Brethe de la Gressaye, « Le syndicalisme, l'organisation professionnelle et l'Etat », (Paris, Sirey, 1931, 362 p. ; « Les transformations juridiques de l'entreprise patronale », *Dr. soc.* 1939, pp. 2-6 ; « Les bases de l'organisation professionnelle », *Dr. Soc.* 1941, p. 2.

(9) V. la citation de Léon Bourgeois placée en exergue du premier traité de législation industrielle de Paul Pic, (« Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières », Paris, Rousseau, 1^{re} éd. 1904, 6^e éd. 1931) en 1904 : « Je crois qu'il y a au dessus de nous, nous enserrant de toutes manières, une solidarité naturelle dont nous ne pouvons nous dégager. Nous naissons tous débiteurs les uns des autres ».

(10) V. P. Durand, *op. cit.*, t. 1, n° 206, p. 261 ; et dans le même sens J.-C. Javillier, *Droit du travail*, 1^{re} éd. 1978, p. 39.

(11) V. B. Edelman, « La légalisation de la classe ouvrière », Paris, C. Bourgois, 1978 254 p.

(12) V. La contribution d'A. Jeammaud à l'ouvrage collectif *le droit capitaliste du travail* (Grenoble, PUG, 1980, 3^e partie : « Les fonctions du droit du travail », pp. 149-254) : « Le rôle éminent que (le droit du travail) joue dans la constitution et la sauvegarde des intérêts capitalistes de production commande de relativiser son intérêt pour les travailleurs, mais il n'autorise pas à le nier » (*op. cit.* p. 254).

(13) Sur cette problématique de l'équilibre et de la transaction (déjà présente chez G. Scelle, *op. préc.* p. 13) v. F. Ewald, « Le droit du travail : une légalité sans droit », *Dr. soc.* 1985, pp. 723-728. Add. J. Courdouan et B. Doerflinger, « Avant-propos », aux Actes préc. du colloque « Le droit du travail, un droit vivant », *Dr. soc.* 1988, p. 539.

(14) L. Jossierand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D. H.* 1937, chr. 1.

(15) Cf. G. Scelle, *op. cit.*, loc. cit. ; G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD. civ.* 1974, pp. 229-248 ; A.-J. Arnaud, « Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise », Paris, *LGDJ*, 1973, 182 p.


(16) G. Couturier, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.* 1975, Chr. 151-158 et 222-228. Add : *Dr. soc.* « Droit civil et droit du travail », n° spécial mai 1988.

(17) C'est P. Legendre qui nous rappelle qu'« au sens historique et le plus méconnu de ce terme, la civilisation n'est rien d'autre que l'empire du droit civil » (in *L'Empire de la vérité* Paris, Fayard, 1983, p. 171). Le sens échappe par exemple à Norbert Elias in « La civilisation des moeurs », trad. fr. Paris, Calmann-Lévy, 1973, 342 p.

(18) Pour une présentation d'ensemble, v. « Le juge et le droit du travail », Th. Bordeaux-I, 1979, pp. 35-272.

(19) in « Les forces créatrices du droit », Paris, *LGDJ*, 1955, n° 109, p. 275.

(20) V. Y. Saint-Jours, « Du salaire au revenu salarial » in *Les transformations du droit du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, pp. 317-330.

- (21) V. B. Teyssié, « Personnes, entreprises et relations de travail », *Droit social, droit civil et droit du travail*, n° spécial précité, 374-383 ; O. KuhnMunch, « Personnes, entreprises et relations de travail, éléments de jurisprudence », *idem*, 1988, 384-386 ; J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. Soc.*, « Liberté, égalité, fraternité et Droit du travail », n° spécial précité, 49-58.
- (22) Art. 118A ; V. I. Vacarie, « Travail et santé : un tournant in « Les transformations du droit du travail », *Mélanges G. Lyon-Caen préc.*, pp. 331-348.
- (23) Sur cette notion, v. « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. Soc.* 1984, 296. L'analyse juridique est nécessaire et suffisante pour caractériser cette altération de la qualité de sujet de droit, qui n'est pas - en l'occurrence - une simple question de fait (Contra : v. J. Carbonnier « sur les traces du non-sujet de droit », *Arch.*, t. 34, Paris, Sirey, 1989, 197-207, spéc. pp. 201-202).
- (24) J.-L. Crozafon, « L'emprunt de techniques de droit administratif par le droit du travail », *Th. Paris-I*, 1984.
- (25) V. Les actes du colloque, « Les droits de la défense et le droit du travail » reproduits in « La Gazette du Palais » et in « La Semaine sociale » du 24 mai 1988, supplément au n° 410 ; cf. spéc. le rapport J.-M. Verdier relatif aux droits de la défense à l'intérêt de l'entreprise.
- (26) Question de la constitutionnalité des actions de substitution : C. consti. 25 juillet 1989, *Dr. soc* 1989, 627, décision commentée par X. Prétot in *Dr. soc.* 1989, p. 702 s.
- (27) Rapp. en ce sens J. Laroque, « Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation » in *Mélanges G.-H. Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1978, spéc. p. 28.
- (28) Cf. J.-J. Dupeyroux, « Droit de la Sécurité sociale » Paris, Dalloz, 11^e éd., n° 56 et 140-141.
- (29) Cf. La reconnaissance par le Conseil d'État de principes généraux, dont « s'inspire » le droit du travail, tel celui de la protection de la maternité (CE. Ass. 8 juin 1973, Peynet, *AJDA* 1973, 608, concl. Grevisse) ou du salaire minimum (CE. 23 avril 1982, *Ville de Toulouse* Lebon 152 , concl. Lateboulle).
- (30) Cf. « L'élevage industriel face au droit du travail », *Rev. dr. rural*, n° spécial octobre-novembre 1983, pp. 325-331.
- (31) Cf. F. Ewald, « L'accident nous attend au coin de la rue » Paris, La Doc. fr., 1982, et du même auteur, « L'État providence » Paris, Grasset 1986, spéc. p. 437 s.
- (32) V. par ex. le statut des VRP, ou la place décisive du droit du travail dans la constitution d'un droit des groupes.
- (33) Cf. J. Mestre, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats » intervention au colloque « Droit civil et droit du travail », *Dr. soc.* 1988, 405 ; on se reportera toujours avec profit aux thèses de G. Berlioz sur, « Le contrat d'adhésion » (*LGDJ*, 2^e éd. 1976) et de G. Virassamy, « Sur les contrats de dépendance en droit privé » (*LGDJ*, 1986).
- (34) Grève de l'aide judiciaire chez les avocats, grève des médecins dans le cadre de la négociation de la nouvelle convention avec la Caisse Nationale d'Assurance Maladie. Add., pour une vue générale : G. Lyon-Caen « Le droit du travail non salarié », Paris, Sirey, 1990, 208 p.
- (35) V. Antoine Lyon-Caen, « Changement politique et changement du droit du travail » in *Mélanges G. Lyon-Caen préc.* pp. 1-10 et J.-E. Ray, « Mutation économique et droit du travail » éod. loc. pp. 11-31.
- (36) P. Durand, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé » *D.* 1956, Chr. 73 ; Ch. Atias, « Progrès du droit et progrès de la science du droit » *RTD. civ.* 1983, 696. J.-C. Javillier et Ph. Auvergnon, « Éléments pour un bilan sur la recherche en droit du travail », *Dr. soc.* 1985, 211 ; G. Couturier, (*Pour*) la doctrine in « Les transformations du droit du travail », *Mélanges G. Lyon-Caen préc.*, pp. 221-242.
- (37) V. par ex G. Couturier (art. préc. n° 7 s., p. 226 s.) qui distingue les fonctions de connaissance des règles,

de réception des règles, et enfin de controverse, i.e. d'argumentation et de raisonnement.

(38) Sans remonter à Montesquieu ou Portalis, qu'il suffise d'évoquer ici le nom de Ripert, ou celui de M. le doyen Carbonnier, dont les oeuvres donnent à voir, au-delà du phénomène juridique, les sociétés où ce phénomène s'insère.

(39) Ce développement reprend les grandes lignes d'un travail comparatif actuellement mené en commun avec les professeurs U. Muckenberger (HWP, Hambourg) et B. Bercusson (IUE, Florence).

(40) Sous un sens juridique l'individualisation peut s'entendre de l'allocation de droits individuels indépendamment de l'appartenance à une collectivité ou à une institution déterminée. De ce point de vue elle devrait être distinguée de la « subjectivation » qui consiste à reconnaître des droits individuels dans le cadre d'une collectivité ou d'une institution (i.e. appréhender le salarié comme un sujet de droit dans l'entreprise). Notion elle-même différente de l'« objectivation » qui consiste à traiter l'individu comme simple objet de droit, comme pièce entièrement subordonnée à un montage institutionnel.

(41) V. X. Blanc-Jouvan, « L'internationalisation des rapports de travail » Mélanges G. Lyon-Caen préc. pp. 67-82 ; J.-M. Verdier, « L'apport des normes de l'OIT au droit du travail français » éod. loc. pp. 51-65.

(42) V. P. Rodière, « Construction européenne et droit du travail », Mélanges G. Lyon-Caen préc. pp. 33-49.

(43) Par ex. dans la libéralisation du divorce, dans l'égalisation des droits patrimoniaux des époux, dans l'évolution qui va de la puissance paternelle à l'autorité parentale, dans la libéralisation du droit de la filiation, dans les droits reconnus aux concubins, etc. Toutes ces dispositions juridiques tendent à émanciper l'individu de l'institution familiale entendue comme cadre juridique indérogeable.

(44) Lois de décentralisation d'un côté, intégration européenne de l'autre.

(45) V. Actes du colloque de Nantes, « Les sans-emploi et la loi », Quimper, Calligrammes, 1987, 228 p ; J.-J. Dupeyroux, « Droit de la Sécurité sociale » Paris, Dalloz, 11^e éd. 1988, n° 89-5 s. ; E. Alphanari (dir.), « L'insertion » *RDSS*, n° spécial, Paris, Sirey, 1989.

(46) V. par exemple les analyses magistrales de M. Verret, « La culture ouvrière », Saint-Sébastien, éd. ACL, 1988, 296 p. ; et du même auteur, « Où en est la culture ouvrière aujourd'hui ? », *Sociologie du travail*, 1989, n° 1, pp. 125 s. V. aussi A. Gorz, « Métamorphoses du travail, Quête du sens », Paris, Galilée, 1988, 303 p. ; et le point de vue économique d'A. d'Iribarne, « Compétitivité, défi social, enjeu éducatif », Paris, Ed. CNRS, 1989, 287 p.

(47) Cf. « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, 195-205, spéc. p. 203.






(48) V.-U. Muckenberger & S. Deakin, « From deregulation to an European floor of rights : Labour law. flexibilisation and the European single Market », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*, Heidelberg, Müller, juil./sept. 1989, pp. 153-256. Rapp. ce que J. Habermas appelle l'état de « nouvelle incertitude » in *Die Neue Unübersichtlichkeit* Francfort, Suhrkamp. 1985.

(49) Temps de travail, mais aussi temps de la formation, de la retraite, de l'éducation des enfants etc.

(50) L'individualisation va en effet de pair avec une tendance à la standardisation des modèles culturels, favorisée notamment par les médias. La décomposition des groupes intermédiaires laisse la place nette à des valeurs et des représentations (essentiellement celles de la sphère marchande, puisque le marché devient la seule référence commune) qui prétendent à l'universalité, et s'imposent d'autant plus facilement aux individus que ces derniers ne peuvent plus leur opposer des valeurs propres à leur groupe de socialisation. Ce phénomène est perceptible par exemple dans la crise des relations de travail dans le secteur public (v. « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.* 1989, 777).

(51) Crim. 26 août 1859, S. 1859, I, 973.

(52) V. J.-M. Beraud, « La suspension du contrat de travail », Th. Lyon, 1979, Paris, Sirey, 1980.

- (53) V. R. de Lestang, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.* 1979, 5.
- (54) V. GH. Camerlynck, « Le contrat de travail », in *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz t. 1, 2^e éd. 1982, n° 624, p. 642. V. récemment dans la ligne de cette jurisprudence : Soc. 20 déc. 1988, *Dr. soc.* 1989, 300 ss. art. G. Poulain « Le travail intermittent par conclusion de contrats à durée déterminée ».
- (55) Parmi de nombreux arrêts, v. Soc. 5 déc. 1974, B. Civ. V, n° 592, p. 553 ; Soc. 24 nov. 1976, B. civ. V, n° 616, p. 500 ; Soc. 8 et 30 nov. 1978, *D.* 1979, J. 277, note critique J. Pélissier.
- (56) Cf. « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise » *RTD. com.*, 1985, spéc. note 67, p. 632.
- (57) Cass. Ass. plén. 15 nov. 1985, 2 arrêts : « Nettoitout » *Gaz. Pal.* 1986, I, 38, note M. Rayroux et « Nova », *Dr. soc.* 1986, I, concl. G. Picca et note G. Couturier ; Soc. 12 juin 1986 « Desquenue et Giral », *Dr. soc.* 1986, 605 ss. Concl. G. Picca ; sur ce revirement v. GH. Camerlynck et M.-A. Moreau-Bourles, « Le contrat de travail », in traité préc. mise à jour 1988 n° 104, p. 46 s. ; H. Blaise, « Les modifications dans la personne de l'employeur ; l'article I. 122-12 dans la tourmente » *Dr. Soc.* 1986, 83) ; Arnaud Lyon-Caen, « A propos de l'arrêt Desquenue et Giral » *Dr. soc.* 1936, 848.
- (58) V. les avenants conventionnels adoptés dans la restauration des collectivités locales (accord du 28 fév. 1986, arrêté d'extension du 6 juin 1986 publié au *JO* du 7), dans la manutention ferroviaire (accord du 24 fév. 1986, arrêté d'extension du 13 mai 1986, publié au *JO* du 23) et dans le nettoyage de locaux (accord du 4 avr. 1986, arrêté d'extension du 17 juin 1986, publié au *JO* du 22) ; sur ces différents accords, v. J. Blaise, art. préc. *Dr. soc.* 1986, p. 842 s.
- (59) CJCE 10 fév. 1988 (Fédération danoise des contremaîtres) *Dr. soc.* 1988, 455, concl. M. Darmon note G. Couturier ; CJCE 15 juin 1988 (Bork) aff. n° 101/87 ; sur l'incidence de cette jurisprudence européenne, v. G. Couturier, « Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise », *Dr. soc.* 1989, 557.
- (60) Cet espoir vient d'être comblé par le dernier revirement de jurisprudence : Cass., ass. plén., 16 mars 1990, n° 85-44.518, *D.* 1990. 305 , note A. Lyon-Caen  ; *Dr. soc.* 1990. 399, concl. H. Dontenwille  ; *ibid.* 412, note G. Couturier  ; *ibid.* 416, note X. Prétot .
- (61) « Droit de la Sécurité sociale », *op. préc.* n° 84, 117 s. 173-1, 315.
- (62) Ass. plén. 4 mars 1983, *D.* 1983, J. 381, concl. Cabannes ; v. dans le même sens Crim. 29 oct. 1985, juri-social 1986, F2 ; Soc. 19 juil. 1988, B. civ. V, n° 478 ; pour une vue d'ensemble de la question, v. la thèse de M^{me} Th. Aubert-Montpeyssen, « Subordination juridique et relation de travail », Toulouse, éd. du CNRS, 1988 ; add. A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Mélanges G. Lyon-Caen* préc. p. 299 s.
- (63) Soc. 8 oct. 1987, *Dr. soc.* 1988, 138, note J. Savatier ; *D.* 1988, J ; 58, note Y. Saint-Jours ; *Juri-Social* déc. 1987, 41 obs. A. Lyon-Caen.
- (64) Une bonne part de ces difficultés résulte de l'effet rétroactif de tout revirement jurisprudentiel, problème qui excède évidemment la seule jurisprudence *Raquin* et ne peut donc constituer un bon argument à son encontre !
- (65) C. const. 25 juillet 1989 préc.

A. SUPIOT, « Et si l'on refondait le droit du travail ? ». Le Monde diplomatique, octobre 2017.

Accessible également sur : <https://www.monde-diplomatique.fr/2017/10/SUPIOT/58009>

Et si l'on refondait le droit du travail...

Proclamant avoir été élu pour les réformes qu'il préconise, et non contre l'extrême droite, le président de la République française entend déréglementer un peu plus le marché du travail. Devant la montée de la contestation dans la rue, même les syndicats les plus proches du pouvoir jugent le projet déséquilibré au détriment des salariés. Adapter le droit aux nouvelles formes d'organisation du travail en prenant réellement en compte les aspirations humaines conduirait à de tout autres réformes.

Il faudrait être aveugle pour disconvenir de la nécessité d'une profonde réforme du droit du travail. Toujours, dans l'histoire de l'humanité, les mutations techniques ont entraîné une refonte des institutions. Ce fut le cas des précédentes révolutions industrielles, qui, après avoir bouleversé l'ordre ancien du monde en ouvrant les vannes de la prolétarianisation, de la colonisation et de l'industrialisation de la guerre et des massacres, entraînèrent la refonte des institutions internationales et l'invention de l'État social. La période de paix intérieure et de prospérité qu'ont connue les pays européens après guerre est à mettre au crédit de cette nouvelle figure de l'État et des trois piliers sur lesquels il reposait : des services publics intègres et efficaces, une Sécurité sociale étendue à toute la population et un droit du travail attachant à l'emploi un statut garantissant aux salariés un minimum de protection.

Nées de la seconde révolution industrielle, ces institutions sont aujourd'hui déstabilisées et remises en cause. Elles le sont par les politiques néolibérales, qui entretiennent une course internationale au moins-disant social, fiscal et écologique. Elles le sont aussi par la révolution informatique, qui fait passer le monde du travail de l'âge de la main-d'œuvre à celui du « cerveau d'œuvre (1) », c'est-à-dire du travailleur « branché » : on n'attend plus qu'il obéisse mécaniquement à des ordres, mais on exige qu'il réalise les objectifs assignés en réagissant en temps réel aux signaux qui lui parviennent. Ces facteurs politiques et techniques se conjuguent en pratique. Il ne faut cependant pas les confondre, car le néolibéralisme est un choix politique réversible tandis que la révolution informatique est un fait irréversible, susceptible de servir des fins politiques différentes.

Cette mutation technique, qui alimente les débats actuels sur la robotisation, la fin du travail ou l'uberisation, peut tout aussi bien aggraver la déshumanisation du travail engagée sous le taylorisme que permettre l'établissement d'un « régime de travail réellement humain », comme le prévoit la Constitution de l'Organisation internationale du travail (OIT), c'est-à-dire un travail procurant à ceux qui l'exercent « la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun (2) ». Un tel horizon serait celui du dépassement par le haut du modèle de l'emploi salarié, plutôt que du retour au « travail marchandise ».

Tel qu'il s'est consolidé jusqu'aux années 1970, l'emploi désigne un échange : l'obéissance contre la sécurité (3). Le salarié renonce à toute espèce d'autonomie dans son travail moyennant la limitation de sa durée, la négociation collective de son prix et la protection contre les risques de sa perte. Mis en œuvre sous des formes juridiques diverses dans tous les pays industriels, ce modèle a réduit le périmètre de la justice sociale aux termes quantitatifs de l'échange salarial

ainsi qu'à la sécurité physique au travail et aux libertés syndicales. En revanche, le travail en tant que tel — son contenu et sa conduite — s'en est trouvé exclu, car, en terre capitaliste comme en terre communiste, on a considéré qu'il relevait d'une « organisation scientifique » — ce que l'on a appelé le taylorisme. L'autonomie n'y avait donc aucune place ; elle est demeurée l'apanage des cadres dirigeants et des indépendants.

La révolution informatique offre une chance de conférer à tous les travailleurs une certaine autonomie, en même temps qu'un risque de les soumettre tous — y compris les indépendants, les cadres ou les professions intellectuelles — à des formes aggravées de déshumanisation de leur travail. Cette révolution ne se limite pas en effet à la généralisation de l'usage de techniques nouvelles, mais déplace le centre de gravité du pouvoir économique. Ce dernier se situe moins dans la propriété matérielle des moyens de production que dans la propriété intellectuelle de systèmes d'information. Et il s'exerce moins par des ordres à exécuter que par des objectifs à atteindre.

À la différence des précédentes révolutions industrielles, ce ne sont pas les forces physiques que les nouvelles machines épargnent et surpassent, mais les forces mentales, ou plus exactement les capacités de mémorisation et de calcul. Incroyablement puissantes, rapides et obéissantes, elles sont aussi — comme aime à le répéter le savant informaticien Gérard Berry — totalement stupides (4). Elles offrent donc une chance de permettre aux hommes de se concentrer sur la part « poïétique » du travail, c'est-à-dire celle qui exige imagination, sensibilité ou créativité — et donc celle qui n'est pas programmable.

Des hommes forts aux idées faibles

Mais la révolution informatique s'avère aussi source de dangers nouveaux si, plutôt que mettre ainsi les ordinateurs au service des hommes, on cherche à organiser le travail des hommes sur le modèle de celui des ordinateurs. Au lieu que la subordination laisse place à plus d'autonomie, elle prend alors la forme d'une gouvernance par les nombres (5), qui étend aux cerveaux l'emprise que le taylorisme exerçait seulement sur les corps.

Cette quête chimérique d'une programmation des êtres humains les coupe de l'expérience de la réalité ; elle explique la montée en puissance des risques pour la santé mentale (6) et l'augmentation des fraudes, identiques à celles jadis suscitées par la planification soviétique lorsque, pour assurer la quantité de bottes requise par le Gosplan sans disposer du cuir nécessaire, on ne fabriquait que des bottes de taille enfantine. Sommé d'atteindre des objectifs inatteignables, un travailleur n'a en effet guère d'autre choix que de sombrer dans la dépression ou de donner le change en satisfaisant à des indicateurs de performance déconnectés de la réalité.

L'imaginaire cybernétique dont procède la gouvernance par les nombres est en accord parfait avec la promesse néolibérale de la globalisation, c'est-à-dire d'une autorégulation de la « grande société ouverte » par les forces d'un marché devenu total. C'est pourquoi ce type de gouvernance se généralise, au détriment de ce que la Déclaration universelle des droits de l'homme nomme un « régime de droit ».

Ce n'est donc pas dans les recettes éculées du néolibéralisme qu'on peut espérer trouver les outils juridiques propres à domestiquer l'outil informatique, à en civiliser l'usage, afin qu'il libère l'esprit des hommes au lieu de l'aliéner. Administrées à doses massives dans tous les pays depuis quarante ans, ces recettes ont contribué à façonner le monde où nous vivons : celui de la surexploitation des ressources naturelles, de la prédation de l'économie par la finance, de la montée vertigineuse des inégalités de toutes sortes, des migrations massives de populations fuyant la guerre ou la misère, du retour des fureurs religieuses et des repliements identitaires,

du déclin de la démocratie et de l'arrivée au pouvoir d'hommes forts aux idées faibles. La plus élémentaire sagesse voudrait qu'au lieu de persévérer dans l'erreur, en appliquant mécaniquement en France les « réformes structurelles » prescrites par les responsables de ce bilan désastreux, on commence par en tirer les leçons, notamment sur le plan juridique.

Le propre du néolibéralisme — ce qui le distingue du libéralisme à l'ancienne — consiste à traiter le droit en général et le droit du travail en particulier comme un produit législatif en compétition sur un marché international des normes, où la seule loi qui vaille est la course au moins-disant social, fiscal et écologique. À l'État de droit (*rule of law*) est ainsi substitué le marché du droit (*law shopping*), en sorte que le droit se trouve placé sous l'égide d'un calcul d'utilité, au lieu que le calcul économique soit placé sous l'égide du droit. Pareille métamorphose s'avère lourde de conséquences et éclaire l'obésité et l'instabilité de nos codes, au premier rang desquels le code fiscal et celui du travail.

En principe, le droit est à la vie civile ce que nos maisons sont à notre vie matérielle : un cadre ferme et stable, avec ses murs, son toit, ses portes et fenêtres, ses pièces aux fonctions différenciées. Mais l'indexer en temps réel sur des calculs d'utilité revient à lui ôter toute stabilité, comme une maison maudite dont les murs seraient mous, les moquettes colleraient aux pieds, les plafonds s'affaisseraient, les fenêtres et les portes changeraient chaque jour de place. Celui qui se trouverait piégé dans un tel édifice serait naturellement tenté de l'abattre, à la grande satisfaction du mauvais génie qui lui aurait jeté pareil sort.

Et de fait, les grands simplificateurs qui crient aujourd'hui haro sur le code du travail sont ceux-là mêmes qui, année après année, s'acharnent à l'alourdir et le compliquer. Ils n'attendent même plus que l'encre de la dernière loi soit sèche pour entamer la rédaction de la suivante. Le gouvernement s'étant privé de tous les grands leviers macroéconomiques susceptibles de peser sur l'emploi (maîtrise de la monnaie, contrôle des frontières du commerce, taux de change, dépense publique), il s'agrippe frénétiquement à celui qui lui reste entre les mains : le droit du travail, présenté comme un obstacle à l'embauche. Aucune étude sérieuse ne confirme cet argument.

Depuis la suppression de l'autorisation préalable de licenciement en 1986 (en vigueur aujourd'hui encore aux Pays-Bas, où le taux de chômage est de 4,8 %), les promesses mirifiques de création d'emplois qui accompagnent chaque nouvelle flexibilisation du marché du travail n'ont jamais été tenues. En Europe, les taux de chômage ne sont nulle part plus élevés que dans les pays du Sud (7), qui ont été les champions de cette flexibilisation. On se garde bien en revanche de revenir sur les réformes du droit des sociétés (par exemple l'autorisation du rachat d'actions, qui permet d'enrichir les actionnaires sans contrepartie de leur part, en détruisant du capital et en minant l'investissement), du droit comptable (par exemple l'abandon du principe de prudence au profit de la juste valeur (8)) ou du droit financier (par exemple l'existence de banques privées « trop grosses pour tomber » [*too big to fail*], c'est-à-dire jouissant de l'intangibilité, aujourd'hui refusée aux États endettés). Autant de changements dont les effets négatifs sur l'investissement et l'emploi sont avérés. Il est vrai que, dans la novlangue en vigueur, plafonner l'indemnisation pour licenciement abusif est qualifié de « réforme courageuse », tandis que plafonner le bénéfice des stock-options qu'un dirigeant peut percevoir à la faveur de licenciements serait jugé « démagogique ».

Ainsi, le droit du travail n'a pas connu de réforme digne de ce nom depuis 1982, date des lois Auroux (9). Il ne faut pas confondre en effet le réformisme avec le transformisme. Au sens que lui a donné Antonio Gramsci, le transformisme désigne une politique qui, prétendant gouverner

au centre, n'a d'autre boussole que l'adaptation aux contraintes extérieures pour accéder ou se maintenir au pouvoir. Le réformisme, au contraire, désigne une action politique animée par le projet d'un monde plus juste qu'on entend faire advenir pacifiquement. Aujourd'hui, une réforme sérieuse du droit du travail aurait pour ambition d'instaurer une certaine démocratie économique, sans laquelle la démocratie politique ne pourra que continuer à déperir. La limite idéale vers laquelle elle devrait tendre serait de conférer à chacun plus d'autonomie et de responsabilité dans la conduite de sa vie de travail, moyennant de nouvelles sécurités — sécurités actives rendant possible l'initiative et complétant les sécurités passives héritées du modèle fordiste (10). Mais elle ne saurait être approchée sans tenir compte des transformations profondes intervenues depuis 1981 dans l'organisation du travail et des entreprises.

La condition première d'une telle réforme serait d'étendre, comme son nom l'y invite, le droit du travail « au-delà de l'emploi » pour embrasser toutes les formes de travail économiquement dépendant. La révolution numérique ainsi que le modèle de la start-up donnent une nouvelle jeunesse à l'espoir d'une émancipation fondée sur le travail indépendant et les petites coopératives. Mais la réalité est plutôt celle d'un brouillage de la distinction du travail indépendant et subordonné, tout travailleur se trouvant pris dans des liens d'allégeance qui impliquent une réduction plus ou moins forte de son autonomie.

Un critère-clé, la dépendance économique

L'idée que l'intermédiation opérée par une plate-forme informatique entre des travailleurs et des utilisateurs de leurs services serait le terreau d'un renouveau du travail indépendant est démentie par les faits, comme le montrent l'organisation et les actions collectives conduites avec un certain succès par les chauffeurs d'Uber pour obtenir d'être reconnus comme des salariés. Du reste, aux États-Unis et au Royaume-Uni, plusieurs juridictions ont requalifié en contrat de travail salarié les contrats des chauffeurs Uber (11).

Face à ces évolutions, il conviendrait de faire de la dépendance économique le critère du contrat de travail, ainsi que le recommande la stimulante *Proposition de code du travail* que vient de publier un groupe de juristes animé par Emmanuel Dockès (12). L'adoption de ce critère serait un facteur de simplification du droit du travail, en même temps qu'il permettrait d'indexer le degré de protection du travailleur sur celui de sa dépendance. Le management par objectifs fait resurgir en effet la vieille figure juridique de la « tenure service », par laquelle un tenancier se plaçait dans l'allégeance d'un maître qui lui concédait l'exploitation d'un fonds. Ce renouveau des liens d'allégeance est rendu possible par l'outil informatique, qui permet à celui qui détient un système d'information de contrôler le travail d'autrui sans avoir à lui donner des ordres.

Ces liens d'allégeance tissent la trame juridique de l'économie en réseaux et se retrouvent selon des modalités différentes à tous les niveaux de l'organisation du travail : depuis les chefs d'entreprise soumis aux exigences de leurs actionnaires ou donneurs d'ordre, jusqu'aux travailleurs salariés, dont on exige une flexibilité, c'est-à-dire une réactivité et une disponibilité de tous les instants. Les débats sur l'uberisation illustrent le besoin d'un cadre juridique propre à tenir les promesses (d'autonomie) et à conjurer les risques (de surexploitation) inhérents à ces situations.

Dans un tel contexte, on voit combien est datée et hors de propos une réforme qui prétend faire de la négociation d'entreprise le centre de gravité du droit du travail. Ce choix pouvait être approprié aux États-Unis en 1935, lorsqu'il a présidé à l'adoption du National Labor Relations Act dans le contexte du New Deal ; mais il ne répond pas aux problèmes posés par

l'organisation réticulaire et transnationale du travail en 2017. Tenir compte des réalités de cette organisation conduirait à dresser un tout autre programme de réformes, dont on ne peut donner ici que quelques exemples.

La première question à se poser est celle des procédures permettant aux travailleurs de retrouver effectivement une certaine prise sur le sens et le contenu de leur travail. La liberté d'expression collective des salariés reconnue par les lois Auroux a ouvert ce chantier, qu'il conviendrait de reprendre en faisant de la conception et de l'organisation du travail un objet de négociation collective et d'alerte individuelle. Aujourd'hui, cette question n'est abordée que négativement, lorsque cette organisation conduit aux suicides ou aux troubles psychosociaux. Elle devrait l'être positivement et préventivement.

Encore faut-il que la négociation collective puisse être conduite à des niveaux pertinents, et pas seulement à ceux de la branche ou de l'entreprise. Deux de ces niveaux mériteraient particulièrement d'être définis et organisés : celui des chaînes et réseaux d'approvisionnement et de production, et celui des territoires. De telles négociations permettraient de tenir compte des intérêts spécifiques des entrepreneurs dépendants, qui peuvent rejoindre ceux de leurs salariés vis-à-vis des entreprises dont ils dépendent. Ou encore d'impliquer toutes les parties prenantes intéressées au dynamisme d'une région. Ici encore, le face-à-face employeur-salarié au sein d'une entreprise ou d'une branche n'est plus adéquat et exigerait la présence d'autres acteurs autour de la table des négociations.

Un troisième sujet de réformes concerne celui de la distribution des responsabilités au sein des réseaux d'entreprise. Ces derniers permettent à ceux qui les contrôlent d'exercer le pouvoir économique en se défaussant de leurs responsabilités sur des lampistes. La question se pose donc d'indexer la responsabilité de chacun des membres de ces réseaux sur le degré réel d'autonomie dont il dispose (13). Une telle réforme ferait sortir du clair-obscur l'actuelle responsabilité sociale et environnementale (RSE) (14), qui est au néolibéralisme ce que le paternalisme fut au libéralisme. Elle permettrait de rendre en tant que de besoin les entreprises dominantes solidairement responsables des dommages causés par l'organisation du travail qu'elles ont conçue et qu'elles contrôlent.

« Égalisation dans le progrès »

Au niveau international, il faudrait tirer toutes les conséquences du préambule de la Constitution de l'OIT, selon lequel « *la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays* ». Et aussi tenir compte du fait que la division internationale du travail et l'empreinte écologique sur la planète sont indissociables. Les normes sociales et environnementales doivent donc être dotées d'une force juridique équivalente aux normes du commerce mondial, ce qui suppose l'institution d'une instance internationale de règlement des litiges, ayant le pouvoir d'autoriser les pays qui les respectent à fermer leur marché aux produits fabriqués dans des conditions qui ne les respectent pas. Le recours à de nouvelles formes d'action collective, dont le boycott de ces produits, serait alors reconnu comme une liberté inhérente à la liberté syndicale et d'association. L'Union européenne pourrait reconquérir sa légitimité politique si elle se plaçait à l'avant-garde d'une telle réforme, et renouait ainsi avec l'objectif d'« *égalité dans le progrès* » figurant encore dans ses traités, au lieu de s'employer à attiser la course au moins-disant social et fiscal entre les États membres, comme le fait sa Cour de justice.

Enfin, une réforme ambitieuse du droit du travail devrait prendre en considération le travail non marchand, notamment le travail d'éducation des enfants ou d'assistance aux parents âgés, qui est aussi vital pour la société qu'ignoré des indicateurs économiques. Depuis que l'invention de l'éclairage artificiel permet de faire travailler ses semblables jour et nuit, sept jours sur sept, c'est le droit du travail qui a édifié un cadre spatio-temporel compatible avec nos rythmes biologiques et respectueux du droit (humain) à une vie privée et familiale. Ce cadre se trouve aujourd'hui menacé par le néolibéralisme et l'informatique, qui se conjuguent pour étendre l'emprise du travail marchand en tous lieux et à tout moment (15). Le prix à payer, notamment du point de vue éducatif, est exorbitant mais jamais pris en compte par les obsédés du travail dominical et du travail de nuit, que désole la survivance de temps sociaux échappant à la marchandisation de la vie humaine.

Alain Supiot

Professeur au Collège de France, membre de la Commission mondiale sur l'avenir du travail de l'Organisation internationale du travail (OIT). Auteur notamment de *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015.

(1) Michel Volle, « [Anatomie de l'entreprise. Pathologies et diagnostic](#) », dans Pierre Musso (sous la dir. de), *L'Entreprise contre l'État*, Manucius, Paris, 2017.

(2) Déclaration de Philadelphie (1944).

(3) Lire Danièle Linhart, « [Imaginer un salariat sans subordination](#) », *Le Monde diplomatique*, juillet 2017.

(4) Gérard Berry, « [Pourquoi et comment le monde devient numérique](#) », *Annuaire du Collège de France*, Paris, 2007-2008.

(5) Lire « [Le rêve de l'harmonie par le calcul](#) », *Le Monde diplomatique*, février 2015.

(6) Les risques pour la santé mentale au travail ne cessent de croître, en dépit de l'affirmation du « principe de l'adaptation du travail à l'homme » par la directive européenne du 12 juin 1989. Ils peuvent conduire au suicide, à la mort subite par épuisement (*karoshi*) ou au burn-out. Cf. le rapport du Bureau international du travail, « [Stress au travail. Un défi collectif](#) » (PDF), Genève, 2016 (accessible en ligne), et Loïc Lerouge, *La Reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail*, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 2005.

(7) Le taux de chômage atteint officiellement 11,3 % en Italie, 17,1 % en Espagne (juillet 2017) et 21,2 % en Grèce (juin 2017).

(8) Remplaçant l'ancien principe de prudence comptable, cette norme indexe la valeur des actifs de l'entreprise sur leur prix de marché supposé et permet de faire apparaître ainsi des richesses purement hypothétiques. Lire Jacques Richard, « [Une comptabilité sur mesure pour les actionnaires](#) », *Le Monde diplomatique*, novembre 2005.

(9) Du nom du ministre du travail Jean Auroux, ces lois visaient à introduire la « *citoyenneté dans l'entreprise* ». Elles ont encadré les pouvoirs de l'employeur, développé la négociation collective, reconnu aux salariés « *un droit d'expression directe et collective sur l'organisation et le contenu de leur travail* ». Ainsi, les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ont été créés.

(10) Sur la façon de concevoir ces sécurités nouvelles, cf. *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 2016 (1re éd. : 1999).

(11) Le suivi de cette lutte juridique est mis à jour sur le site uberlawsuit.com

(12) Emmanuel Dockès (sous la dir. de), *Proposition de code du travail*, Dalloz, Paris, 2017.

(13) Cf. Alain Supiot et Mireille Delmas-Marty (sous la dir. de), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2015.

(14) Selon la définition adoptée par l'Union européenne, la RSE désigne « *l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes* ».

(15) Cf. Laurent Lesnard, *La Famille désarticulée. Les nouvelles contraintes de l'emploi du temps*, PUF, 2009.

II. METHODOLOGIE

A. La dissertation

1. Introduction :

- **Accroche** (historique, actualité, artistique, humoristique...), travaillez la transition !
- **Définition des termes du sujet** : étape **cruciale**, d'abord indépendamment les uns des autres, puis ensuite les articuler, ne pas négliger les conjonctions de coordination (« et », « ou », « par » etc...).

La définition des termes du sujet est une étape clé de la dissertation. Elle a plusieurs objectifs :

- Préciser de quoi vous allez parler
- Choisir ou élaborer une définition rigoureuse. En droit, un terme doit être défini en privilégiant, de manière hiérarchique, les sources légales / jurisprudentielles / doctrinales
- Dégager un axe de démonstration, ce qui vous permettra d'éviter de sombrer dans la récitation

Prêtez une attention particulière aux conjonctions de coordination. Si les termes du sujet vous sont imposés, vous pouvez en revanche retrouver une certaine liberté intellectuelle dans la manière de les coordonner, au service de la manière dont vous avez choisi d'aborder le sujet.

Exemple : Justice **et** extrême gauche. La conjonction « et » peut donner matière à plusieurs lectures du sujet :

- Existe-il une justice / des juges d'extrême gauche ?
- Comment l'extrême gauche est-elle jugée ?
- Comment l'extrême gauche perçoit-elle la justice ?
- Quelle place pour la justice (et quelle justice) dans l'extrême gauche ?

J'ajoute que selon les définitions que vous retiendrez de la justice (l'institution / les juges / l'idéal...) et de l'extrême gauche (selon le pays / selon l'époque / selon le point de comparaison dès lors que « l'extrême » est une notion relative) les possibilités sont foisonnantes.

- **Approche historique** : continuité, rupture, phénomène ponctuel, variations structurelles ou conjoncturelles (si nécessaire/possible).
- **Intérêt du sujet** : la détermination de l'intérêt du sujet n'est pas un caprice de correcteur ; elle permet de situer la problématique par rapport aux enjeux – juridiques, économiques, sociologiques, historiques...- et débats contemporains. L'approche historique du sujet peut vous y aider)
- **Problématique** : elle découle de ce qui précède et va de pair avec l'idée générale. L'idée est la suivante : dans la limite des termes du sujet vous posez la question à laquelle vous avez le plus d'éléments pertinents pour répondre, un peu (mais juste un peu) comme

lorsque les hommes et les femmes politiques reformulent les questions des journalistes dans un sens qui convient mieux à la réponse qu'ils ont envie de donner.

Attention : il s'agit là d'une liberté très surveillée. Vous serez sanctionnés par le « hors sujet » si vous ne tenez pas compte des termes du sujet posé.

- **Idée générale**, c'est ce qui vous évitera de sombrer dans la récitation. La dissertation n'est pas un exercice de récitation. Ce sont les idées qui priment en ce qu'elles se rapportent à une démonstration.

Il existe différents types d'idées générales, certains sont plus ambitieux que d'autres.

En toute hypothèse vous devez mettre en évidence un fil rouge dans votre propos. Cela peut tenir à un simple adjectif que vous attribuerez au sujet. Celui-ci va induire une idée générale type, précédant un plan type (avec des subdivisions type, cf. *infra*).

EXEMPLE : « Les discriminations ».

Plusieurs façons de qualifier le sujet :

- a) Les discriminations visent des situations très variées*
- b) Les discriminations sont délicates à identifier*
- c) La reconnaissance des discriminations a beaucoup évolué*
- d) Le droit positif n'est pas assez adapté pour saisir le phénomène des discriminations dans leur diversité*

Ces qualificatifs expriment différents types d'idée générale :

a) Idée générale « type classement » : Classement dont vous devez justifier de la pertinence en expliquant votre travail de mise en ordre.

Votre propos consistera à montrer que vous avez su trouver une certaine rationalité dans ce qui se présentait comme un amas de situations un peu chaotiques (les discriminations visent des réalités très diverses) et *a priori* assez étrangères les unes aux autres.

b) Idée générale « type analytique » : Pour les sujets notionnels en règle générale. Il s'agira d'analyser les éléments constitutifs de la notion (critères de qualification, conditions de validité, preuve...) puis le régime juridique auquel elle obéit.

Votre propos consistera à proposer une manière d'appréhender la notion de discrimination en insistant sur les difficultés rencontrées par l'interprète.

c) Idée générale « type évolution » : L'identification de la notion et de son régime sont appréhendés sous l'angle de leur évolution.

Votre propos consistera à mettre l'accent sur ce qui a changé ou, au contraire ce qui a perduré.

d) Idée générale « type point de vue » : on vise ici la défense d'un point de vue consistant à confirmer ou à infirmer le bien-fondé du droit positif. C'est le type d'idée générale le plus ambitieux (voir *infra*).

Votre propos consistera à identifier les facteurs de l'inadaptation du droit positif à lutter efficacement contre les discriminations (et éventuellement à proposer des remèdes à ses insuffisances).

- **Annonce du plan.**

2. Plan :

Ne pas chercher systématiquement à placer des petits 1 et 2.

Faire un gros effort sur la formulation des intitulés en bannissant les titres qui ne veulent rien dire et demeurent trop vagues. On doit être capable, à la seule lecture de vos intitulés, d'identifier votre démonstration. Les bons titres indiquent de quoi on va parler et comment on va en parler.

3. Préparation de l'exercice :

1) Au brouillon, il est recommandé de jeter sur le papier toutes les idées qui vous viennent à l'esprit corrélativement au sujet posé : c'est la pulsion.

2) Elles doivent ensuite être triées et complétées (notamment à la lumière de la définition des termes du sujet, en TD nous commencerons par-là) : c'est la réflexion.

3) Enfin, à présent que seuls demeurent les éléments relatifs au sujet, il faut se poser la question des idées auxquelles ils renvoient afin de dégager des lignes de force que vous devrez ensuite articuler autour d'une idée générale : c'est la rédaction.

Rien n'interdit d'interpréter autrement une même technique, de percevoir différemment l'idée qui se cache derrière telle ou telle décision, du moment que vous argumentez tout point de vue est, a priori, défendable.

4. Organisation/Rédaction du contenu :

- Procédez ainsi :

1. Enonciation de l'idée, faites-le !
2. Explication de l'idée
3. Justification et illustration de l'idée : c'est là qu'intervient la restitution des connaissances ; à titre d'exemple et de justification d'une idée directrice.
4. Limite de l'idée (s'il y a matière à le faire).

B. Le commentaire d'arrêt

N.B : Cette méthode d'analyse – qui n'entend pas se substituer à celles qui vous ont été enseignées jusqu'ici - ne vous est pas imposée, mais indiquée à titre facultatif. A vous de l'essayer et, éventuellement, de l'adopter.

Avant tout, je vous conseille un **ouvrage** :

- 📖 : Marie Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Xavier BACHELLIER, Julie BUK LAMENT, *Technique de cassation*, Dalloz, Méthodes du droit, 2013.

Tous les aspects de la technique de cassation ne sont certes pas à maîtriser par cœur, mais beaucoup d'éléments intéressants sans lesquels on peut passer à côté d'un arrêt.

Allez également lire cet **article** très éclairant sur la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation :

- 📄 : J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile » : https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_702_3151/communication_3153/#tab3154

1. Introduction :

Les étapes clés :

- **Accroche**

Actualité, citation (tous les types sont admis, surtout si c'est drôle). Travaillez la transition avec la suite de votre propos, évitez les citations grandiloquentes qui tombent à plat.

- **Présentation**

Le type de juridiction **et** la formation

- **Faits, Procédure**

Si des étapes de la procédure ne sont pas connues, ne les inventez pas.
Attention aux pourvois après renvois sur cassation

- **Arguments au pourvoi ou raisonnement des juges du fond (pas les deux)**

La Cour de cassation ne met en évidence que les thèses et arguments qu'elle entend contester (selon qu'elle casse ou qu'elle rejette) :

Cas 1 : l'arrêt fait état des griefs des parties à l'encontre de la solution rendue par les juges du fond → c'est un arrêt de REJET

Cas 2 : l'arrêt reprend la motivation des juges du fond → c'est un arrêt de CASSATION

- **Problème de droit**

À partir des arguments au pourvoi ou du raisonnement des juges du fond.

Posez une question fermée (réponse par oui ou par non) ; en désespoir de cause, vous pouvez opter pour « dans quelle mesure... ».

- **Solution**

Celle de la Cour de cassation évidemment, pas celle de la cour d'appel, ni les éléments du pourvoi.

- **Intérêt**

Vous commencez déjà ici à donner le ton de votre propos.

Ne cherchez pas à identifier une problématique distincte du problème de droit, contentez-vous de ce dernier

- **Annonce du plan**

2. Plan :

- Ne pas chercher systématiquement à placer des petits 1 et 2.

- Faire un gros effort sur la formulation des intitulés en bannissant les titres qui ne veulent rien dire, qui, trop vagues ou trop imprécis, pourraient s'appliquer à n'importe quelle décision

- Votre plan suppose de décomposer le raisonnement de la Cour de cassation, de peser chaque mot, chaque interprétation. Le plan restitue ce raisonnement et il le « qualifie ».

3. Contenu :

Le fameux « *carré magique* », transmis de génération en génération de chargés de travaux dirigés : au brouillon, pour faire en sorte de relever toutes les questions soulevées par l'arrêt, il peut être conseillé de distinguer 4 points relatifs à la décision :

a. Contexte

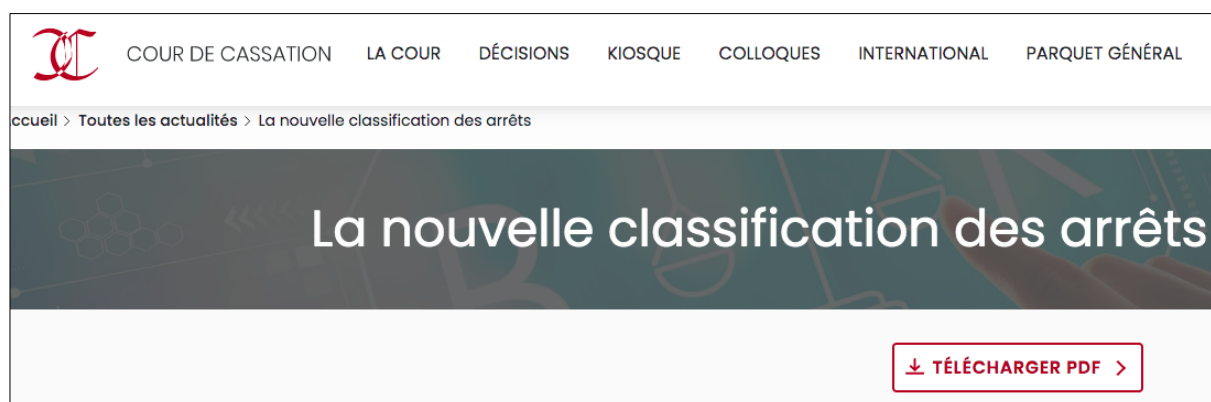
- **Contexte juridique** : Normes supranationales, Constitution, Lois, Règlements, Décrets, Arrêtés
 - En droit du travail : Conventions et accords collectifs, usages, engagements unilatéraux, règlement intérieur...
- **Contexte jurisprudentiel** : Précédents et antécédents

- Contexte politique : Si cela s'y prête, exemple : un arrêt qui viendrait préciser pour la première fois le sens d'une disposition nouvelle, et donc très attendu
- Contexte doctrinal : La question soulevée par l'arrêt a-t-elle donné lieu à des prises de position ? Est-elle importante en doctrine ? Actuellement ? Par le passé ?

b. Sens

- Éléments formels : Structure de l'arrêt (arrêt de principe, chapeau), niveau de publication, formation de chambre (F, FS, FP), juridiction (Mixte, Assemblée).

Attention à la nouvelle classification des arrêts : <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2021/06/15/la-nouvelle-classification-des-arrets>



- Éléments substantiels : Visa, solution à expliciter, retracer le raisonnement de la Cour de cassation, vérifier qu'elle répond à la question posée, type d'interprétation le cas échéant (*in abstracto* ou *in concreto*), degré de contrôle (« a pu », « a exactement déduit », « a de bon droit », voir article Jérôme BETOULLE, *La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité*, JCP G 2002, I 171, n°41).

c. Valeur

- En droit : Qualification juridique, application du régime, solution classique ou novatrice, cohérente, logique.
- En opportunité : votre « sentiment » ; toute idée est recevable dès lors qu'elle est argumentée (il n'y a pas de Vérité en Droit, au mieux une interprétation qui est jugée conforme aux textes, lesquels ne sont pas autre chose qu'une prise de position arrêtée par un législateur donné à un moment donné).

N'hésitez pas ici à envisager les conséquences concrètes de la solution, le rapport avantages/inconvénients, par exemple : solution orthodoxe en droit, mais discutable du point de vue de ses effets (premier cas)

Inversement, peut-être que la solution prête le flanc à la critique sur le plan de la logique juridique, mais qu'elle consacre un état de fait socialement acceptable (second cas).

De là deux types d'interrogations de votre part :

- premier cas : est-il possible d'adopter un raisonnement tout aussi orthodoxe, mais permettant de consacrer une solution différente aux effets (jugés) plus désirables ?
- second cas : est-il possible de parvenir à une solution identique, mais au terme d'un raisonnement plus cohérent, plus logique, plus rigoureux (je n'ose dire orthodoxe) ?

d. Portée

La portée peut parfois se recouper avec la valeur (par exemple, si une solution vous paraît discutable, vous serez d'autant plus sévère son égard si elle est rendue en Assemblée plénière).

Mais il est néanmoins possible de distinguer les deux.

La portée d'une solution peut être appréciée à l'aune de deux situations (il y en a peut-être d'autres, n'hésitez pas à les envisager) :

- La solution a-t-elle vocation à être étendue à des thématiques (notion/régime) connexes ? Est-ce souhaitable ou non (vous constatez ici que la portée et la valeur sont parfois imbriquées) ?
- Par exemple, imaginons une décision relative à l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence qui vise les articles 1131 du Code civil (la cause) et L. 1121 du Code du travail¹. Doit-on en déduire que les autres clauses qui imposent une sujétion au salarié portant atteinte à ses droits et libertés fondamentaux (résidence, mobilité, célibat...) devront elles aussi faire l'objet d'une contrepartie financière spécifique, distincte de la rémunération prise dans sa globalité ? Ici, vous pouvez, ou non, tirer profit d'une décision pour appeler d'autres évolutions jurisprudentielles, surtout si le droit positif ne vous satisfait pas...
- Autre situation, plus classique, la décision est-elle, selon vous, une décision d'espèce ou a-t-elle vocation à préciser la position de la Cour de cassation à plus long terme ? Les juges procèdent parfois à tâtons, consacrant telle ou telle solution, observant les réactions qu'elle suscite avant de poursuivre dans la direction empruntée ou, au contraire, de faire machine arrière.

Enfin, ATTENTION : ces 4 éléments (Contexte, Sens, valeur, Portée) ne doivent pas constituer explicitement les 4 parties du commentaire. Ils servent simplement de grille de lecture et de support à l'exercice. En les complétant, vous devez être en mesure de cerner tous les éléments importants de la décision.

¹ 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.

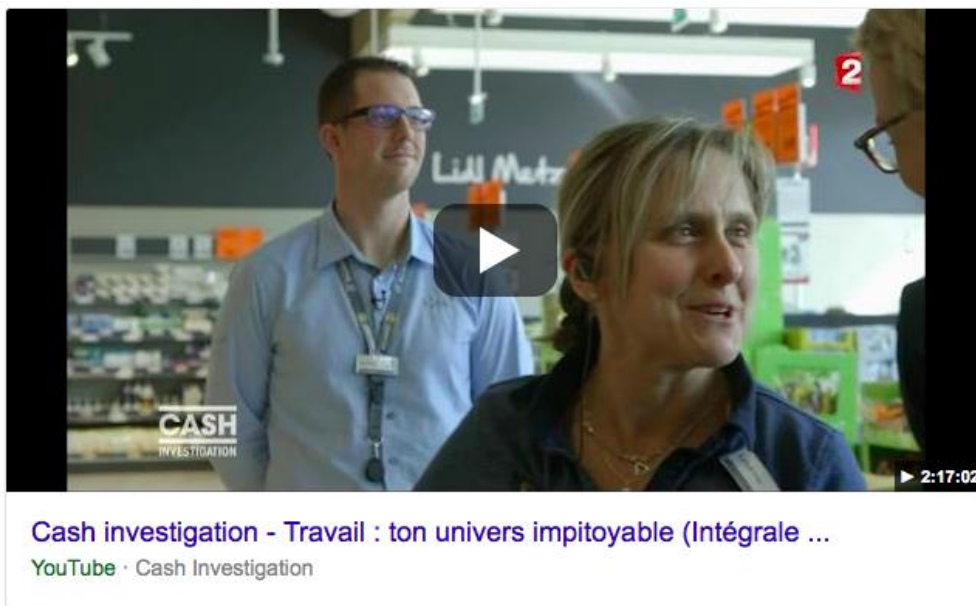
III. POUR ALLER PLUS LOIN (ou ailleurs)

👤 : P. LOKIEC, « Déréguler le travail ne fera pas baisser le chômage ». LPA 2016, n°61, p. 4

👤 : F. VASQUEZ, « Emploi et droits du travail vus de Bruxelles ». Dr. soc. 2016, p. 311

👤 : Th. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail ». *in Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 1996, p. 195.

🎬 : « Travail, ton univers impitoyable », Cash Investigation, accessible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=s5uHC6TN2wo>



🎬 : « La loi du marché », Stéphane BRIZE, 2015

