

Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente

par Isabelle MEYRAT,

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Cergy-Pontoise

PLAN

I. Les conditions d'apparition des droits fondamentaux en droit français du travail

- A) L'émergence des droits et libertés fondamentaux sur la scène du droit français
- B) Le droit du travail à l'épreuve de la "découverte" des droits et libertés fondamentaux

II. Les droits fondamentaux : modalités d'accompagnement des transformations du capitalisme ?

- A) L'ambivalence idéologique des lois "Auroux"
- B) Les droits fondamentaux : risque d'une reformulation appauvrie d'un ordre public social en péril ?

Quelles réflexions le thème "le capital et l'humanité" peuvent-elles inspirer au juriste du travail ? (1)

Le droit n'est jamais resté indifférent aux rapports supposés s'établir entre le capital et l'humanité ; plus, il contribue, pour une large part, à les façonner et à leur donner corps principalement à travers les règles régissant les relations du travail salarié. En effet, si l'on veut bien admettre que les catégories juridiques agissent sur "la construction sociale de la réalité" (2), le droit du travail peut alors se lire comme la formulation ou, si l'on préfère, la mise en forme juridique de la conception qu'un régime politique entend restituer de l'agencement des rapports entre capital et humanité, ou, à tout le moins, entre capital et force de travail.

Cependant les vocables "capital" et "humanité" ne doivent être utilisés que moyennant d'innombrables précautions de langage. Ils n'échappent certes pas complètement au discours juridique mais, de toute évidence, ils n'y revêtent pas la même signification ici qu'ailleurs. Ainsi, la référence à "l'humanité" s'est-elle progressivement installée dans les conventions internationales relatives à la protection des droits de l'Homme ainsi que dans les Constitutions européennes adoptées au lendemain de la seconde guerre mondiale.

Le terme "capital" appartient également au langage du droit, en particulier au langage du droit des sociétés. Toutefois, la signification de ce terme souffre d'une absence d'identité dans le discours juridique et dans ceux prétendant s'articuler autour de la critique adressée au mode de production capitaliste. Ce défaut d'identité ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas un fond commun entre les occurrences d'invocation du terme "capital" dans l'espace du droit et dans l'espace de la critique politique, économique et sociale du capitalisme. Mais le mot, la référence n'y occupe pas le même statut.

Le droit du travail, dans sa configuration actuelle, pourrait offrir un "champ de visibilité" (3) pour une compréhension renouvelée de l'aménagement des rapports entre capital et humanité à travers la référence désormais récurrente à des droits dits "fondamentaux". L'évolution du droit du travail au cours de ce dernier quart de siècle se caractérise par deux tendances apparemment contradictoires. En effet, à côté des procédés de flexibilisation juridique des conditions d'emploi de la main d'œuvre qui n'ont pas échappé à la vigilance de la Chambre sociale de la Cour de cassation (4), la référence à des droits dits "fondamentaux" dans les énoncés législatifs et dans les décisions de justice, en particulier dans la jurisprudence de la Cour régulatrice, se diffuse de plus en plus nettement.

(1) Cet article s'inscrit dans le prolongement des réflexions qui ont nourri les débats du Congrès *Marx actual* III autour du thème "Le capital et l'humanité" les 26-29 septembre 2000 à l'université de Paris X Nanterre.

(2) P. Poncela et P. Lascombes, *Réformer le Code pénal, où est passé l'architecte?*, PUF 1998, p. 70.

(3) M. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, 1996.

(4) V. notamment les arrêts "Perrier Vittel France" rendus à propos de l'application de l'article L.122-12 du Code du travail qui traduisent la volonté de la Haute juridiction de réduire autant qu'il est possible les pratiques d'externalisation (deux arrêts, 18 juillet 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 845, note G. Couturier, RPDS 2000 p. 327 n. M. Carles).

C'est pourquoi, il convient d'interroger le sens de cette référence dans le discours juridique. Comment ? D'abord par un bref retour sur les conditions d'apparition des droits fondamentaux en droit français du travail (I).

On pourrait alors entrevoir l'idée selon laquelle la progression des droits fondamentaux dans l'argumentation juridique s'inscrit dans un processus qui a marqué l'évolution des idéologies ayant accompagné le redéploiement du capitalisme dans les pays d'Europe occidentale (5) (II).

Ces lignes invitent donc à revisiter la place occupée par les droits fondamentaux dans le champ des relations de travail en accentuant délibérément le trait sur les ambiguïtés d'un concept trop souvent méconnu dans ses implications.

I.

Les conditions d'apparition des droits fondamentaux en droit français du travail

Le droit français du travail n'a pas échappé à l'emprise des normes constitutionnelles et des conventions internationales directement applicables dans l'ordre juridique interne. (A)

Parallèlement à cet enrichissement de l'Etat de droit impliquant l'adhésion à un ensemble de principes et de valeurs qui bénéficient d'une consécration juridique explicite, le droit du travail s'est ouvert à de nouvelles catégories qui ont affecté sa cartographie traditionnelle. (B)

A. L'émergence des droits et libertés fondamentaux sur la scène du droit français

Au cours des années 70, un profond renouvellement de la conception des sources du droit positif s'est amorcé en raison de l'extension par le Conseil constitutionnel de la matière normative relevant de la Constitution (6) et de la perméabilité de l'ordre juridique interne aux influences du droit communautaire et européen.

En effet, la Constitution s'est modifiée dans le sens d'un élargissement de son champ matériel et de sa signification normative (7). Longtemps réduite à une

norme d'organisation des pouvoirs publics, elle s'étend désormais aux énoncés issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 instituant des droits et libertés au profit des personnes dans différents secteurs de la vie politique, économique et sociale. La Constitution est devenue une norme de référence en perpétuelle évolution dont le Conseil constitutionnel est le principal artisan. Contrairement à une idée trop répandue, la norme constitutionnelle ne sert pas seulement de norme de référence pour le seul contrôle de constitutionnalité des lois qui incombe au Conseil constitutionnel. Son rayonnement est plus large. Il s'étend désormais au contrôle par les juridictions ordinaires, judiciaires comme administratives, des actes juridiques privés (actes unilatéraux ou générateurs d'obligations) et réglementaires.

A différents niveaux, les relations de travail sont aujourd'hui happées par les différents énoncés constitutionnels instituant des libertés et droits dits "fondamentaux" (8). D'abord, par la promotion de certaines règles du droit du travail au rang de normes de valeur constitutionnelle (telles que la liberté syndicale, le droit de grève, le droit à la détermination collective des conditions de travail), ensuite par

(5) L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard 1999.

(6) Décision 44 DC du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, Rec. p. 29.

(7) Outre l'élargissement de la matière constitutionnelle proprement dite, c'est-à-dire l'accession à la dignité constitutionnelle d'un certain nombre de règles d'origine légale, voire réglementaire ou jurisprudentielle (on peut songer au "droit de mener une vie familiale normale" constitutionnalisé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 1993 qui puise sa source dans les "principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat", précisés dans un arrêt GISTI de 1978), c'est l'efficacité juridique reconnue à ces règles dans les rapports entre personnes de droit public et personnes privées ainsi que dans les rapports entre ces dernières qui constitue sans doute le

phénomène le plus remarquable. A savoir, la possibilité pour un sujet de droit de se prévaloir devant une juridiction ou une autorité quelconque (Conseil de la concurrence par exemple) de normes revêtues d'une autorité suprême.

(8) La terminologie "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" est apparue dans la langue institutionnelle avec une décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1990 (Rec. 66). Il faut probablement y voir de la part de l'organe de contrôle de constitutionnalité des lois une volonté d'aligner sa terminologie sur celle communément retenue par la Cour de justice des communautés européennes ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme.

l'assujettissement de ces relations à des règles constitutionnelles plus générales comme la liberté personnelle, le droit de mener une vie familiale normale (9).

A côté de cette "constitutionnalisation" du droit, c'est-à-dire d'une tendance à la mobilisation et à l'invocation des ressources prêtées à la Constitution étatique, les sources européennes, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme, ont enrichi la palette des droits et libertés dont peut se prévaloir "toute personne relevant de leur juridiction".

L'enrichissement du socle constitutionnel associé à l'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français, généralement désigné sous l'expression "libertés et droits fondamentaux", n'a pas manqué d'affecter progressivement le droit des relations de travail.

B. Le droit du travail à l'épreuve de la "découverte" des droits et libertés fondamentaux

A partir des années 70, le droit du travail a été sollicité afin de recueillir certains aspects de la théorie des libertés publiques en vue de garantir plus efficacement l'exercice des libertés collectives dans l'entreprise (10). Cette préoccupation d'éminents auteurs, relayée par une audacieuse jurisprudence de la Chambre criminelle, doit être en partie distinguée de l'émergence de droits fondamentaux surplombant l'activité normatrice des pouvoirs publics et des personnes privées. En effet, ce n'est que par la suite, précisément au début des années 80, que le droit du travail s'est ouvert, dans ses différents composantes, à une problématique générale en termes des droits fondamentaux sous l'impulsion d'une partie de la "doctrine" et du changement politique intervenu en 1981. La question est alors de savoir si et dans quelle

mesure l'invocation des libertés publiques redécouvertes sous l'expression "libertés et droits fondamentaux" a contribué à redéfinir la compréhension traditionnelle de la branche droit du travail.

Par-delà les discours laudateurs sur le rôle joué par ces droits fondamentaux, on peut s'interroger sur le point de savoir si leur ascension n'est "pas sans relation avec la fameuse déréglementation" (11), c'est-à-dire, dans son plus haut degré de généralité, l'ambition d'assouplir les dispositifs juridiques destinés à la protection des travailleurs salariés. Pourtant, M. J.-M. Verdier, militant sans relâche d'une rencontre du droit du travail avec les libertés publiques, n'a-t-il pas lui-même entrevu les ambiguïtés d'une telle ascension (12) ?

En effet, les termes de la problématique des libertés publiques en droit du travail a considérablement évolué au cours des vingt dernières années. Conçue pour favoriser les garanties d'exercice du droit syndical dans l'entreprise dans une période de contestation politique et sociale intense, elle s'est étendue à d'autres sphères de la vie des travailleurs salariés dans la période contemporaine caractérisée par la fragmentation du lien d'emploi et une mutation des significations idéologiques de la négociation collective. La référence aux droits fondamentaux a donc changé de statut dans le langage du droit du travail et dans celui de ses juristes. Aujourd'hui, l'invocation des droits fondamentaux vise moins l'obtention ou la consécration de droits sociaux nouveaux au profit des travailleurs que la garantie du respect de la personne au travail face aux pratiques de flexibilisation des conditions d'emploi de la main d'œuvre. Comment cette évolution de la signification des droits fondamentaux a-t-elle été rendue possible ?

(9) V. A. Jeammaud, "Le droit constitutionnel dans les relations du travail", *AJDA*, 1991, p. 612.

(10) J.-M. Verdier, "Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques (à propos de deux arrêts de la Cour de cassation en matière de protection des représentants du personnel)", *JCP*, 1971, *Doctrine*, 2422.

(11) A. Jeammaud, "Des concepts en jeu", in *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation*, CREDECO, La découverte 1998.

(12) L'éminent auteur souligne dans une chronique intitulée "Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge" que "plus souple devient la situation contractuelle du salarié, plus ferme doit être son statut d'homme et plus rigide doit être la garantie d'exercice de ses droits" *D.* 1988, *chron.* p. 11.

Il faut rappeler que cet auteur avait uni ses efforts à ceux de Jean Rivero, soucieux du respect des droits de l'homme par l'autorité administrative et ses juridictions et attentif aux évolutions des droits constitutionnels européens communément traversés par la référence à des droits et libertés fondamentaux. Les réflexions de l'un sur le droit du travail, de l'autre sur le droit constitutionnel et le droit administratif se sont enracinées dans le contexte des années 70. Or, à cette époque, le droit syndical a connu un essor sans précédent, essor auquel à largement contribué M. J.-M. Verdier tant il avait compris "la profonde originalité du droit syndical qui n'est pas un simple droit d'une institution historique, mais avant tout voie collective par laquelle passent l'affirmation et la garantie de la personne au travail".

II. Les droits fondamentaux : modalités d'accompagnement des transformations du capitalisme ?

Comme cela a déjà été signalé, dans la décennie 70, certains auteurs ont fait appel à la notion de libertés publiques afin de limiter le pouvoir contractuel et "institutionnel" de l'employeur. Il s'agissait de rechercher des moyens d'affranchir le salarié de certaines contraintes qu'entraîne la subordination. Ce plaidoyer doctrinal a précédé l'avènement de la Gauche au pouvoir ainsi que les réformes du Code du travail issues du Rapport Auroux. De son côté, ce Rapport et les lois qui lui emboîtaient le pas avaient pour ambition d'instaurer de "nouveaux espaces de liberté et de responsabilité pour les français et l'émergence d'une nouvelle et authentique citoyenneté dans l'entreprise" (13) (A).

Aujourd'hui, on peut formuler l'hypothèse que l'invocation des droits fondamentaux en droit du travail n'est autre le produit de la déshérence d'un ordre public social dévoré par le contrat (14) et l'aspiration croissante du patronat au renforcement de l'autonomie collective (B).

A. L'ambivalence idéologique des lois "Auroux"

La transposition du concept de citoyenneté à la sphère des rapports de travail, au fond à l'espace de l'entreprise, ne va pas de soi. Et si comme l'affirme un auteur, "le drame d'une société se joue aussi dans son vocabulaire" (15), alors il convient de tenter d'ausculter les présupposés théoriques de cet emprunt au langage révolutionnaire.

Le point est connu. La citoyenneté est inhérente à la théorie du contrat social. Elle est associée aux valeurs de liberté, d'égalité et de souveraineté. "La citoyenneté est une volonté, une volonté double puisqu'elle traduit une subordination acceptée à la loi autant qu'une aspiration à prendre part à son édification" (16). Plus profondément, la citoyenneté dans la conception révolutionnaire est le moyen de transcender les formes et les espaces d'appartenance à une loi particulière, qu'elle soit biologique, historique, religieuse ou

professionnelle. Le contraire de la citoyenneté, c'est la communauté. Ce détour historique incomplet a pour seule ambition de mettre en lumière les ambivalences et, par là même, les contradictions du déplacement de la citoyenneté vers l'espace de l'entreprise. En effet, cette tentation de faire du salarié un citoyen dans l'entreprise n'est pas totalement dépourvue de toute ambiguïté idéologique. L'entreprise et les relations qui se tissent en son sein ne relèvent pas à l'évidence de celles qui nourrissent l'idée de citoyenneté (17).

La relation de travail, est-il utile de le rappeler, est indexée sur un contrat dit contrat de travail dont la subordination juridique demeure le critère d'identification (18). Or, la subordination n'est autre la désignation, dans le langage du droit, d'un rapport d'inégalité juridique des parties au contrat qui justifie l'exercice des pouvoirs patronaux.

Dès lors, placer l'entreprise et les rapports qui s'y nouent sous le signe de la citoyenneté relève-t-il d'une naïveté politique ou de la simple méconnaissance de la teneur des concepts ? A ce stade, il convient de souligner l'aporie du concept de subordination juridique, aporie rapportée aux principes de liberté et d'égalité. En effet, il s'avère particulièrement délicat de restituer sa logique à un contrat organisant l'assujettissement d'une personne privée à une autre dans un système juridique reposant sur l'égalité contractuelle. Ceci a pu conduire certains auteurs à appréhender les rapports de travail sous l'angle d'une étrange comparaison des rapports entre l'Etat et l'individu. Ainsi, la théorie institutionnelle a-t-elle prétendu apporter une réponse à la lancinante question de savoir comment un système juridique, se donnant pour références fondatrices l'égalité et la volonté libre des individus, pouvait conserver sa cohérence interne en aménageant par la voie du contrat l'inégalité des parties. Pour Paul Durand, "l'entreprise se présente d'abord comme une société hiérarchique" et "l'employeur dispose, comme chef de l'entreprise, de trois prérogatives. Il est investi d'un pouvoir législatif,

(13) Spécialement, la loi du 4 août 1982 sur les libertés dans l'entreprise et le droit d'expression sur les conditions de travail et celle du 13 novembre de la même année renforçant et élargissant le droit à la négociation collective.

(14) M. Bonnechère "La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères" Dr. Ouv. 2001 p.411 ; du même auteur "L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité" Dr. Ouv. 1988 p. 171

(15) A. Lyon-Caen, "Le maintien de l'emploi", Dr. soc. 1998, p. 216.

(16) A. Lyon-Caen, "Etranger, immigré, immigrant : question de définition", Rev. Droit sanit et soc. 23 (2), 1987, p. 189.

(17) Par-delà la diversité des conceptions de la citoyenneté, cette dernière est toujours indexée sur la souveraineté et sur un pouvoir, fût-il infinitésimal, de participation à la prise de décision. Or, le droit français des relations professionnelles a toujours été rétif à l'idée d'associer les salariés au pouvoir de décision. Le vocable de "participation" est tout à fait symptomatique de cette réticence.

(18) A. Jeammaud, "L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane", Dr. soc. 2001, p. 227 ; sur le même arrêt, A. de Senga "Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification" Dr. Ouv. 2001 p. 241.

d'un pouvoir de direction et d'un pouvoir disciplinaire. Ainsi pourvue d'un législateur, d'un administrateur et d'un juge, l'entreprise rappelle la société politique" (19).

Cette comparaison entre la forme d'organisation de l'Etat et celle de l'entreprise a fortement influencé certaines solutions du droit positif. Bien sûr, nul n'oserait de nos jours revendiquer l'héritage intellectuel de la théorie institutionnelle tant elle eut partie liée avec l'organisation corporatiste des régimes fascistes qui ont dévisagé l'Europe à partir des années trente. Pourtant, Foucault nous a appris, au cours du siècle qui vient de s'écouler, qu'on ne se débarrasse pas si facilement du savoir, et plus généralement des grilles d'intelligibilité du monde, propagés pour légitimer les mécanismes du pouvoir, ou ce qu'il nommait lui-même *"le grand effort de mise en discipline et de normalisation poursuivi par le XIX^e siècle"* (20).

Si des traces de la théorie institutionnelle peuvent encore se repérer dans la configuration actuelle du droit du travail (21), les plus visibles et les plus critiquables se sont néanmoins discrètement estompées sous l'action d'une série de facteurs. Certains sont liés au renouvellement de la conception idéologique des rapports de travail. Mais ce renouvellement est aussi le produit des mutations de l'économie et de l'emploi.

En effet, le droit du travail fut longtemps adossé à une certaine représentation du travail, le travail industriel de masse. Cette représentation dominante du travail a subi les assauts d'autres modèles. Sous l'effet des mutations de l'emploi et des formes d'organisation du travail, les représentations traditionnelles, qui en retour agissaient sur la teneur des règles de droit, se sont complexifiées et diversifiées. Elles se sont progressivement détachées de la figure de l'emploi industriel pour épouser d'autres figures. Il est aujourd'hui banal de rappeler que l'emploi n'est plus ce lien promis à la durée impliquant une prestation de travail déterminée avec précision et s'accomplissant sous l'autorité d'un employeur unique. Face à cette métamorphose de l'emploi et au ralentissement de la croissance, le législateur issu des élections de mai 1981 a cru pouvoir trouver un point d'articulation consistant à associer les salariés plus activement à la mise en valeur du capital. Ainsi que l'ont exprimé avec force des auteurs, *"certains ont pu penser que la restauration des capacités concurrentielles de l'appareil productif passait par une transformation des rapports de travail et des dispositifs juridiques qui les organisent"* (22). Tout s'est passé comme si la croyance

en un accroissement des sphères d'autonomie individuelles, collectives et personnelles au profit des salariés allait contribuer à insuffler un dynamisme nouveau dans les entreprises et accroître ainsi leur productivité. Au risque de la caricature, il s'agissait d'arracher les salariés à leur condition disciplinaire afin de libérer leurs initiatives, leurs potentiels, leurs compétences pour améliorer la productivité. Cela ne signifie pas que les contraintes pesant sur les salariés ont disparu, mais que leurs justifications juridiques ont été affectées par des exigences découlant de la reconnaissance de droits fondamentaux.

La promotion de la condition juridique des salariés a donc été conçue comme l'un des moyens de faire face aux mutations du travail et de l'emploi engendrées par les nouvelles exigences de production. Cette transformation impliquait donc une autre gestion de la main d'œuvre par les entreprises. Il convenait passer du registre du poste à celui des compétences et des "ressources humaines". Or, ce passage impliquait le renoncement du patronat à certaines formes d'assujettissement supposées entraver la capacité d'initiative et d'innovation des salariés. Ce renouvellement idéologique s'est inscrit dans les dispositifs juridiques à travers l'affirmation d'un droit des salariés à la négociation collective par la loi du 13 novembre 1982 (23). Il faut souligner que la loi du 4 août 1982 a promu un type d'énoncé juridique, inauguré par le Conseil d'Etat deux ans plus tôt (24), présentant certaines qualités sémantiques. Ainsi l'article L. 122-35 du Code du travail dispose que le règlement intérieur *"ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché"*. L'article L. 120-2 du même Code issu de la loi du 31 décembre 1992 relative au recrutement et aux libertés individuelles a généralisé cette formule en substituant au règlement intérieur le pronom "nul". L'analyse de la structure de ces énoncés, qui rappelle assez nettement celle des dispositions composant la convention européenne des droits de l'homme, révèle un paradoxe. Ils instituent simultanément des sphères d'autonomie au profit des salariés et l'aptitude pour l'employeur de les restreindre sous la double condition de justification et de proportionnalité (25). A bien y réfléchir, ces énoncés sont moins la marque d'une incohérence que d'une difficulté à rendre logique le produit de l'irréductible antagonisme des rapports entre salariés et employeur.

(19) P. Durand, *Traité de droit du travail*, Dalloz 1947 p. 423.

(20) M. Foucault, *Dits et écrits I*, 1954-1975, Gallimard 2001, p. 1627.

(21) La reconnaissance légale d'un pouvoir disciplinaire demeurant son incarnation la plus vivace.

(22) A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, *Droit du travail, démocratie et crise*, Actes sud 1986, p. 19.

(23) La reconnaissance d'un droit à l'expression directe sur les conditions de travail par la loi du 4 août 1982 a pris place dans ce mouvement de recomposition des dispositifs juridiques destinés à accroître la compétitivité des entreprises accordant une nouvelle place aux salariés.

(24) CE 1^{er} février 1980 "Peintures Corona", concl. A. Baquet, *Dr. soc.* 1980, p. 310, *Dr. Ouv.* 1980 p. 211 n. S. Alter.

(25) V. A. Lyon-Caen et I. Vacaric, "Droits fondamentaux et droit du travail", in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz 2001.

Cette évolution des dispositifs juridiques ayant accompagné les transformations du capitalisme est en rapport avec le renouvellement de son idéologie.

B. Les droits fondamentaux : risque d'une reformulation appauvrie d'un ordre public social en péril ?

Que reste-t-il du droit du travail ? Telle est la question que l'on pourrait être tenté de poser. La réponse pourrait être : le contrat.

A l'heure où certains civilistes se plaisent à analyser le contrat comme une sorte de réplique à la devise républicaine (26), et où le MEDEF préconise de "revitaliser le dialogue au plus près du terrain c'est-à-dire dans l'entreprise et les branches professionnelles, en renversant la hiérarchie des normes sociales : d'abord le contrat en entreprise, puis à défaut le contrat collectif de la branche et cela dans le cadre des principes généraux fixés par la loi" (27), le conseiller doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation tente de frayer une voie alternative en attribuant au contrat de travail les vertus d'un bloc de stabilité face au pouvoir de direction de l'employeur (28). Ironique leçon d'histoire que celle que le contrat de travail nous invite à contempler (29).

Si stimulant soit-il pour la gymnastique intellectuelle des juristes, cet engouement de nos contemporains pour le contrat n'est-il pas plutôt le signe d'une véritable désaffection en faveur d'autres mécanismes protecteurs des salariés ? Une lecture attentive des travaux qui, soit constatent, soit saluent ce regain de vitalité du contrat de travail montre qu'il est indissociable de la référence aux droits fondamentaux. A cela plusieurs raisons.

D'abord, les dérives possibles de cette irrésistible ascension du contrat de travail, et plus largement de l'autonomie collective, n'ont pas échappé aux observateurs les plus attentifs de l'évolution des règles du droit du travail (30). C'est pourquoi, les droits fondamentaux apparaissent aujourd'hui à bien des égards comme l'ultime rempart face à l'impérialisme du contrat, voire de la convention collective (31). En

témoignent le contentieux des clauses de mobilité (32) et celui des clauses de non-concurrence désormais respectivement appréhendés à l'aune de l'article 8 de la Convention européenne et du "principe constitutionnel de la liberté du travail".

De plus, dans un contexte où l'on est pressé d'abandonner "les rassurantes catégories grâce auxquelles le droit social a construit sa description du monde" (33), il convient de partir à la quête d'autres repères normatifs. Les droits fondamentaux sont-ils aptes à assumer cette fonction ? On peut en douter. En effet, l'hégémonie du discours des droits fondamentaux est à mettre en relation avec la pluralité des raisons d'agir dans une organisation sociale dont le décryptage s'avère de plus en plus délicat. Or, la relative indétermination sémantique des énoncés instituant des droits fondamentaux semble avoir trouvé sa contrepartie dans un renforcement de la double condition de justification et de proportionnalité. Ainsi que le souligne J. Lenoble, "le juge aurait moins la tâche de définir par lui-même le contenu des droits que de veiller à ce que les contraintes argumentatives, toujours interprétables évidemment, soient respectées par le processus décisionnel" (34).

Sans vouloir nier les vertus de la pénétration des valeurs démocratiques dans le monde du travail, on peut tout de même émettre quelques réserves sur leurs capacités à redonner aux anciens salariés de Bata et de Moulinex l'espoir de lendemains plus enchanteurs.

En définitive, une chaîne des interdépendances semble avoir caractérisé l'évolution des rapports entre le capital et la force de travail associée à sa valorisation au cours des vingt dernières années. En effet, la mobilisation des droits fondamentaux dans le champ des relations de travail n'a été rendue possible que par la mise en cause des effets du droit du travail sur le système de production.

Tout s'est passé comme si les secousses provoquées dans le champ du régime juridique des relations de travail avaient induit la nécessité de recourir à des arguments certes revêtus d'une autorité particulière

(26) D. Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle?", *Mélanges F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz 1999.

(27) Pour une critique de ces propositions : G. Lyon-Caen "A propos d'une négociation sur la négociation" Dr. Ouv. 2001 p.1

(28) P. Waquet, "Le renouveau du contrat de travail", *RJS* 5/99 ; pour une appréciation critique voir : P. Moussy "Un pas en avant, deux pas en arrière, à propos de l'effet boomerang du renouveau du contrat de travail" Dr. Ouv. 1999 p.1.

(29) Le rôle du contrat dans la relation de travail a été mis en cause par une partie de la doctrine au cours du XXème siècle en raison du caractère d'ordre public de bon nombre des dispositions applicables au travailleur salarié. Celle-ci, d'obédience catholique sociale, prône un temps la substitution au contrat de la notion de "relation de travail" puis celle de "statut". V. A. Jammaud, "Les polyvalences du contrat de travail", in *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail*, Dalloz 1989, p. 299.

(30) A. Lyon-Caen, "Actualité du contrat de travail", *Dr. soc.* 1988, p. 540.

(31) V. G. Lyon-Caen, "L'état des sources du droit du travail", *Dr. soc.* 2001, p. 1031 et spec. p. 1033.

(32) V. Soc. 12 janvier 1999, *Bull. V. n°24*, Dr. Ouv. 1999 p. 254 n. P. Moussy : "selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché".

(33) J. De Munck, "Comment réguler le temps de travail ? De l'homogénéisation à la procéduralisation du temps", *Les carnets du Centre philosophie du droit*, juillet 1995.

(34) J. Lenoble, *Droit et communication*, CERF 1994, p. 91.

mais qui s'apparentent davantage à une exigence de rhétorique justificative.

En effet, les règles que signifient les énoncés constitutionnels, conventionnels ou législatifs se rapportant aux droits prétendument fondamentaux, loin de décrire un état du monde à atteindre, peuvent se lire comme des contraintes de l'argumentation juridique. A travers des références purement nominales, il s'agit d'apprécier le caractère raisonnable d'une solution pour en mesurer le caractère approprié par une sorte de pondération des intérêts en présence et le caractère proportionnel au vu de l'objectif poursuivi. L'exigence de justification d'une politique publique ou d'un acte normatif restrictif pourrait bien être la seule vertu du rayonnement des droits fondamentaux.

Quelle est la consistance du "droit d'obtenir un emploi" qu'une Cour d'appel avait eu l'idée d'invoquer, sous l'expression de "préservation de l'emploi", pour dénier aux licenciements découlant d'une réorganisation une cause réelle et sérieuse ? La juridiction suprême l'a censurée au motif qu'il ne lui appartenait pas contrôler le choix effectué par l'employeur (35).

Dans un point de vue intitulé "Indispensable et fragile refondation sociale", publié dans le journal "le Monde" en date du 6 décembre 2000, le président du MEDEF s'exprimait dans les termes suivants : *"Par ordre public social, on entend les principes généraux qui délimitent la sphère à l'intérieur de laquelle peuvent se développer les négociations sociales. Mais il y a loin d'un ordre public qui, par exemple fixerait la règle de la durée légale du travail à 35 heures en laissant chaque entreprise libre de négocier la mise en œuvre de ce principe, à celui qui au contraire fixerait par règlement le volume des heures supplémentaires, la durée des pauses et casse-croûte et le temps d'habillage et de déshabillage"*.

On le voit, pour le MEDEF, il ne s'agit pas de substituer au droit du travail un système de régularités

produites spontanément par la stricte logique du marché. Ce n'est donc pas une éradication du droit du travail lui-même qui est prônée mais une transformation profonde de sa signification idéologique et de l'agencement de ses règles. La positivité de règles émanant des pouvoirs publics n'est pas mise en cause sous réserve qu'elles aient pour objet l'encadrement de l'activité normatrice des parties au contrat ou des agents de la négociation collective. *In fine*, dans leur version minimaliste, les droits fondamentaux pourraient contribuer à justifier une contractualisation des relations sociales. En effet, dès lors qu'ils ne constituent qu'un système de références purement nominales, le risque est de les réduire à de simples contraintes argumentatives accompagnant le déclin de l'Etat providence et le fameux projet de "Refondation sociale".

Si nul ne conteste le substantiel apport des droits fondamentaux au droit des relations du travail (36), il faut prendre garde à ce que leur invocation ne serve d'alibi au démantèlement d'un "certain" droit du travail et ne masque la persistance des phénomènes de pouvoir et de domination qui demeurent au cœur de la relation salariale. Afin que les droits fondamentaux ne s'apparentent pas à l'inscription dans le registre du droit d'un ensemble de justifications rhétoriques des transformations du capitalisme, les protagonistes de l'ensemble du monde du travail doivent s'efforcer de maintenir les fondations d'un ordre social protecteur à défaut duquel la croyance qu'ils partagent en la pérennité d'une démocratie pluraliste et fraternelle est vaine.

Ainsi que l'écrivait Blum au cœur de l'une des périodes les plus sombres de notre histoire, *"Quand l'homme se trouble, il n'a qu'à penser à l'humanité"* (37).

Isabelle Meyrat

(35) Ass. pl. 8 décembre 2000, Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et F. Saramito, Dr. soc. 2001, concl. de Caigny. V. A. Jeammaud et M. Le Friant, Dr. soc. 2001, p. 417.

(36) M. Bonnechère "La reconnaissance des droits fondamentaux comme condition du progrès social" Dr. Ouv. 1998 p. 249

(37) L. Blum, *A l'échelle humaine*, Gallimard 1945.