

Doctrine et droit du travail : éléments pour un débat

par Michèle BONNECHÈRE,

Professeure à l'université d'Evry, Val d'Essonne

PLAN

I. Quelles sont les tâches de la doctrine juridique ?

A – Technique juridique et recherche des valeurs.

- 1) Théorie du droit et méthodologie doctrinale.
- 2) Fonctions de la doctrine juridique et mythe de la neutralité doctrinale.

B – Doctrine et jurisprudence.

- 1) Jurisprudence et création du droit.
- 2) Doctrine et système de droit.

II. Un particularisme de la doctrine en droit du travail ?

A – Droit du travail, technique juridique et luttes sociales.

- 1) La place des faits.
- 2) Dialectiques du droit du travail.
- 3) La technique juridique en soi n'a pas d'existence concrète.
- 4) Une doctrine politisée ou même à deux vitesses ?

B – Quelques chantiers en cours...

- 1) La place du travail dans l'ordre concurrentiel.
- 2) Contrat et cohésion sociale.

« **L**ittérature du droit" (1) la doctrine juridique correspond à des réalités variées. Les définitions proposées reflètent les débats existant sur son rôle. "Opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit, ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le droit", selon le *Vocabulaire juridique H. Capitant*, repris par d'autres ouvrages (2). La plupart des manuels universitaires insistent sur l'influence de la doctrine comme "autorité" et soulignent qu'elle n'est pas une source du droit (3), contrairement à ce qu'avait instauré le droit romain (4). Cette analyse dominante est notamment récusée par une pensée "jusnaturaliste" qui voit dans la doctrine un "savoir socialement reconnu" (5), soupçonne l'opinion "commune" des juristes de correspondre à une apparence de doctrine (une opinion dissidente est peut-être plus vraie) et invite les juristes à dépasser le cadre strict de l'étude du droit positif et à réaliser que la science du droit ne peut pas être purement descriptive.

Au commencement, il y a donc la confrontation des idéalismes et des positivismes. La doctrine participe au fonctionnement du système juridique, à la vie du droit (6) : mais de quelle manière ? Une doctrine juridique "neutre" peut-elle exister ? Faut-il distinguer la "théorie du droit" (la connaissance du système juridique) et la doctrine ? Séparer les constructions théoriques et les valeurs auxquelles adhèrent les auteurs de leur appréciation critique des règles de droit ?

En droit du travail, la doctrine est vue aussi comme "une possibilité pour la réflexion sur la norme juridique d'infléchir celle-ci" (7). Il n'est pas rare que l'argumentation juridique soit au cœur des relations du travail dans l'entreprise, qu'elle sous-tende des luttes sociales (8). Dès lors un double danger menacerait la doctrine juridique dans cette branche. D'abord le "sociologisme" (9), qui pourrait réduire le travail doctrinal à une évaluation de l'effectivité-ineffectivité des règles, et débouche souvent sur une invitation à modifier celles-ci pour les "adapter à la réalité". Ensuite l'engagement partisan : la "politisation du droit du travail" a été critiquée depuis longtemps par d'éminents professeurs (10). La question se pose tout simplement de savoir si les auteurs écrivant dans une revue comme "Le droit ouvrier" relèvent d'une catégorie particulière. Fondamentalement, la doctrine peut-elle trouver place dans une publication syndicale sans faillir à ses devoirs de critique scientifique et d'indépendance d'analyse ? Répondre à cette interrogation nécessite un rejet des visions simplistes et un souci de vérité.

(1) J. Carbonnier, *Droit civil*, Introduction, PUF, 26^e édition.

(2) F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, § 236 ; Ph. Malaurie, *Introduction au droit*, Cujas, § 899.

(3) Ph. Malaurie, *op. cit.*, §902.

(4) A partir du 1^{er} siècle après J.C. exista le "jus publice respondendi" : des jurisconsultes étaient chargés par l'empereur de répondre officiellement aux questions de droit.

(5) A. Sériaux, "La notion de doctrine juridique", *Droits*, 1994, n° 20, p. 65 s ; et "Pouvoir scientifique, savoir juridique", *Droits*, 1991, n° 13, p. 61 s.

(6) A. Jeammaud, "Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail", *Dr. soc.* 1978. 337s.

(7) G. Lyon-Caen, "A propos de quelques ouvrages de doctrine", *Dr. soc.* 1978. 292 ; pour une réflexion approfondie : G. Couturier, "Pour la doctrine", in "Les transformations du droit du travail", *Mélanges Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 221s.

(8) Il arrive que celles-ci mettent en évidence les lacunes du droit positif, comme on l'a vu dans l'affaire Renault-Vilvorde : les actions en justice ont permis d'obtenir la réunion "en temps utile" du comité de groupe européen ; elles ont fait apparaître l'importance potentielle de ce type d'instance, mais aussi les insuffisances du droit communautaire. v. les décisions TGI Nanterre 4 avril 1997, et CA Versailles 7 mai 1997, *Dr. soc.* 1997. 493, avec les commentaires de M. A. Moreau et A. Lyon-Caen ; v. aussi C. Didry, "Le comité d'entreprise européen devant la justice : mobilisation du droit et travail juridique communautaire", *Droit et Société*, 49-2001, 911.

(9) G. Lyon-Caen, *article précité*.

(10) En particulier Ph. Malaurie, *op. cit.*, et F. Terré, *op. cit.*

Les lignes qui suivent ne prétendent en aucune manière arriver à des conclusions définitives. Tout auteur s'efforçant de réfléchir sur la doctrine alors qu'il (elle) est impliquée(e) ne peut parvenir qu'à des appréciations partielles et subjectives : et cela est bien ainsi, cela donne au débat sa substance ! L'épistémologie juridique n'enseigne-t-elle pas que chaque auteur projette dans ses écrits, à des degrés divers, ses options personnelles, voire idéologiques ?

On tentera donc en premier lieu de réfléchir sur la place de la doctrine dans notre système juridique (I). Ceci conduit à approfondir l'objet du travail doctrinal, c'est à dire à évoquer le difficile face à face qui met en présence les visions des idéalistes et celles des positivistes. Il importe aussi de situer les tâches de la doctrine par rapport à la jurisprudence : si le rôle de la doctrine est d'abord de faire connaître le droit, son activité d'interprétation est très importante, mais n'a évidemment pas la même portée que l'interprétation jurisprudentielle.

Il sera alors possible d'étudier le rôle et les responsabilités de la doctrine en droit du travail (II), sachant que la spécificité de ce droit tient d'abord au caractère structurellement inégalitaire des rapports de travail, la règle de droit du travail assurant à la fois un minimum de garanties au salarié et le maintien de la domination patronale (11). L'on s'efforcera à ce stade de dépasser l'abstraction et d'aborder certains grands thèmes actuels du droit du travail.

I.

Quelles sont les tâches de la doctrine juridique ?

Sur la fonction de la doctrine, l'objet de son travail, l'unanimité est loin d'exister, et ceci s'explique logiquement par les conceptions différentes que se font les auteurs de l'objet de la "science du droit" (12). "La tâche de la science du droit, c'est la description du droit positif, la description des normes en vigueur et rien de plus", a écrit Michel Troper (13), tandis qu'un autre éminent professeur, Alain Sériaux affirme au contraire : "une authentique science du droit ne peut se construire autour du seul droit positif..." (14). Il est impossible de réfléchir sur le rôle de la doctrine juridique sans faire référence (d'une manière nécessairement limitée) à ce désaccord fondamental.

Au delà du débat philosophique et des conséquences concrètes résultant des choix en cause, reste à savoir en quoi la doctrine est "un mode de participation à la vie du droit" (15), alors que contrairement au juge, elle n'a pas pour fonction spécifique de dire le droit (16).

A - Technique juridique et recherche des valeurs.

Dans un court article bien connu, sur "quelques ouvrages de doctrine" Gérard Lyon-Caen, tout en condamnant le "positivisme pur" (qu'il définissait par

l'exégèse et la recherche de la *ratio legis*), récusait aussi l'idée que la doctrine pourrait diffuser ses propres conceptions philosophiques, morales ou politiques. Allusion était ainsi faite à une opposition théorique et méthodologique qu'il serait vain de prétendre expliquer vraiment dans le cadre de ces lignes, mais qu'il est impossible de passer sous silence (17). Intimement lié à ce débat, le mythe de la neutralité de la doctrine juridique ne peut qu'être réfuté, à travers l'exposition des différents aspects du travail doctrinal (2/).

1) Théorie du droit et méthodologie doctrinale.

Selon une perspective idéaliste (présentée sommairement), il existe un idéal de justice, qui fait partie du droit, même s'il n'est pas consacré par le droit en vigueur, le droit positif. Le cœur du travail du juriste étant la recherche de la solution juste (ou même naturellement juste), les données textuelles et jurisprudentielles ne sont pas toujours suffisantes pour parvenir à un résultat. L'on sait que les théories du "droit naturel" se sont transformées.

Dans une conception classique, le droit naturel correspond à ce que dicte l'équité, il est le point du meilleur "ajustement" entre des personnes en relation, selon "la nature des choses" (17). Une autre conception

(11) Sur ce point, F. Collin, R. Dhoquois, P.H. Goutierre, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, Le droit capitaliste du travail, Presses univ. de Grenoble, 1980. V. aussi B. Edelman, La légalisation de la classe ouvrière, Ch. Bourgeois, 1978.

(12) Sur l'idée que la doctrine participe à la fois à la vie du droit en tant qu'il est un facteur de régulation sociale, et à la connaissance du système de règles, v. infra.

(13) M. Troper, "La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de D. Lochak", Les usages du droit, CURAP PUF, 1990, p. 287 s.

(14) A. Sériaux, "La notion de doctrine juridique", précité, p. 69.

(15) G. Couturier, "Pour la doctrine", précité, p. 226.

(16) V. J. Ghestin, "Les données positives du droit", Rev. trim. dr. civ. 2002, n° 1, p. 11 s.

(17) Sur cette conception, lire A. Sériaux, Le droit naturel, Que sais-je, PUF.

contemporaine, très différente, affirme comme point de départ la dignité humaine et considère les droits de l'homme comme appartenant à la nature humaine (18). Le droit naturel a aussi été qualifié comme droit de "seconde nature" et défini comme "celui qui tend quasi nécessairement à pénétrer l'ordre positif, si ce n'est déjà fait" (19) par Philippe Jestaz, qui distingue "le droit naturel de la conscience universelle" et "le droit naturel du sens commun" (20).

Loin de l'approche jusnaturaliste, la doctrine dominante est positiviste, même si une minorité d'auteurs (21) se réclament ouvertement de cette philosophie. L'objet de la science du droit, c'est le droit. "Autrement dit, la tâche de la science du droit, c'est la description du droit positif, la description des normes en vigueur et rien de plus. Et il s'agit du droit actuellement en vigueur, non du droit susceptible d'être posé dans l'avenir", a écrit le professeur Michel Troper dans une réponse célèbre à l'important article de Danièle Lochak sur la doctrine sous Vichy (22). Danièle Lochak s'est interrogée sur la fonction objective qu'une partie de la doctrine a remplie en commentant "en toute bonne conscience" les lois antisémites sous Vichy. En se référant à Kelsen et au "courant positiviste strict", M. Troper souligne que les auteurs qui sous Vichy ont mis en évidence les motifs du législateur (aux yeux duquel les juifs seraient incapables d'agir au nom de l'intérêt général) étaient de pseudo-positivistes, le positivisme conduisant strictement à préciser "selon le droit en vigueur, les juifs sont exclus de la fonction publique". Pourtant il n'apporte pas de réponse à la constatation majeure faite par Danièle Lochak : la doctrine a effectué son travail d'étude et d'interprétation des textes anti-juifs comme elle l'aurait fait pour toute loi nouvelle, banalisant ainsi les lois de Vichy, et d'ailleurs facilitant (techniquement) leur mise en œuvre.

Cet épisode est heureusement exceptionnel mais il devrait faire partie de la mémoire collective des juristes, et il conduit à prendre au sérieux la question des "jugements de valeurs". Dans l'approche positiviste, le juriste peut avoir une position éthique, porter des jugements moraux sur le droit positif, mais sans que

cela soit "au nom de la science du droit". L'on comprend la différence intellectuellement, ceci étant, la partie de la doctrine visée dans cet exemple n'a pas prévu dans ses commentaires l'insertion d'un paragraphe de "morale en dehors du droit" condamnant le racisme des lois en question...! A l'encontre de la thèse positiviste, l'on peut affirmer que le droit ne se résume pas aux règles "posées", et qu'il est irrigué par des valeurs et des choix, lesquels, loin d'être en dehors du droit, sous-tendent les catégories juridiques. L'on pouvait attendre d'un juriste "défrichant" les lois antisémites qu'il y voie le racisme en action et un recul de la civilisation derrière la barbarie (23), donc un recul du Droit lui-même. A l'inverse lorsque par exemple la Constitution de l'OIT affirme que "le travail n'est pas une marchandise", le juriste ne peut se contenter d'analyser la disposition comme ne correspondant pas à une règle de droit, ou comme ayant une signification d'ordre moral (24). Une telle proclamation tend à faire apparaître la personne du travailleur dans la relation de travail, ce qui doit emporter des conséquences dans les solutions. Le droit est médiation : "médiation entre le juste et le sage" comme l'a dit avec force F. Terré (25) ; médiation de rapports d'exploitation par des normes éthiques, sans doute, s'agissant du droit du travail (26).

L'on parle aujourd'hui de "rénovation du positivisme" (27) ou d'un "positivisme critique" (28), admettant que la doctrine ne peut négliger les buts des règles juridiques, leurs valeurs pour les analyser : traduction d'une faillite du strict positivisme. D'où, selon le professeur Ghestin, "un certain subjectivisme".

2) Fonctions de la doctrine juridique et mythe de la neutralité doctrinale.

La question de "l'engagement" de la doctrine en droit du travail sera posée plus loin. Il est essentiel de réaliser d'abord que toute doctrine, dans son travail non seulement d'opinion, mais simplement de compréhension et d'interprétation, n'est jamais neutre.

Faire connaître le droit est en général la première tâche assignée à la doctrine juridique. "L'activité de connaissance du droit et de transmission de cette

(18) D. Lochak, Les droits de l'homme, ed. La découverte, Repères, 2002. Selon l'auteur, les nouveaux droits de l'homme "ne postulent plus une nature humaine éternelle et immuable, mais prétendent au contraire tenir compte des besoins d'individus situés, en fonction d'un contexte social déterminé, et concernent aussi l'individu en groupe" (p. 44).

(19) Ph. Jestaz, "L'avenir du droit naturel, ou le droit de seconde nature", Rev. trim. dr. civ. 1983.233 s.

(20) Selon l'auteur, le premier correspond à "l'ensemble des principes les mieux aptes à satisfaire les exigences d'une conscience universelle aussi lente à naître que peu perméable aux évolutions"; et le second est ainsi décrit : on peut parler de droit naturel "chaque fois que face à une donnée de fait constante, les juristes réagissent d'une façon elle-même constante".

(21) A consulter : Le positivisme juridique, sous la direction de C. Grzegorzczak, F. Michaut, M. Troper, publ. CNRS, Paris X, LGD 1992.

(22) D. Lochak, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", Les usages du droit, CURAP PUF, 1990, p. 252 s.

(23) Une telle situation n'offre de choix qu'entre l'héroïsme ou... le silence (l'abstention du travail doctrinal). Qui n'a connu, dans une période plus proche, des professeurs de droit exilés d'Afrique du Sud, au temps des lois d'apartheid ?

(24) A. Supiot évoque ainsi la position de P. Durand in "Pourquoi un droit du travail ?", Dr. soc. 1990. 485 s.

(25) F. Terré, Introduction générale au droit précitée.

(26) A. Jeammaud, "Les principes dans le droit français du travail", Dr. soc. 1982, 618 s.

(27) J. Ghestin, loc. cit.

(28) Ph. Jestaz, "Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche)", Rev. trim. dr. civ. 2001. 547 s.

connaissance est la plus spécifique ; ni le législateur, ni le juge n'ont pour fonction de fournir des renseignements sur le droit ; c'est à la doctrine seule que cette tâche incombe ; elle est ainsi placée en position de relais entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il est connu", souligne C. Atias (29). Ce travail est évidemment précieux lorsque survient une réforme législative dont il faut explorer et expliquer le contenu (lois Aubry sur les 35 heures, loi de modernisation sociale) mais il est nécessaire en permanence : certains textes anciens peuvent être ignorés, rester inutilisés. La doctrine peut ainsi favoriser ce qu'Antoine Jeammaud a appelé la "mobilisation" des règles de droit (30) pour l'action.

Comprendre et faire comprendre les textes, les décisions, les concepts, cela signifie aussi, précise Ph. Jestaz (30 bis), "structurer l'univers juridique en lui donnant une cohérence logique" (v. infra, B). Connaître et faire connaître, dégager la signification et la portée, c'est toujours interpréter : "serait-elle pensable la description sans interprétation n'a jamais fait progresser la science du moindre petit pas" (31). Les normes juridiques s'appliquent parfois sans hésitation, mais il y a souvent place pour le doute. L'auteur qui s'efforce de donner un sens à un texte comportant une marge d'indétermination en attendra probablement la consécration d'une solution juste, et ne pourra faire abstraction de son idéal, de ses convictions et de sa vision générale du droit. Il en résulte ainsi des "lectures doctrinales multiples des données positives du droit" selon le professeur Ghestin, citant en particulier une thèse dans laquelle l'auteur déclare avoir le sentiment, en lisant les manuels et traités de droit civil, "qu'il n'existe pas un droit positif du contrat mais des droits positifs du contrat" (32). Citons encore C. Atias : "Comme toute connaissance, celle qui s'applique au droit opère un choix parmi les données disponibles ; c'est la doctrine qui détermine les "faits" qu'elle tient pour significatifs. Faut-il le souligner ? C'est à partir de ces faits sélectionnés qu'elle décidera si ses théories sont vérifiées ou non" (33). Ou encore M. Villey, souvent cité : "Le droit n'est pas un objet pur ; il n'existe pas, on le fait. Et qu'il en ait conscience ou non, le

juriste défend une cause ; décrire pour lui, c'est choisir" (33 bis).

Une part classique du travail de la doctrine consiste à développer une opinion. "Le vrai travail de la doctrine, c'est la critique, l'idée, la réflexion, l'invention, l'imagination novatrice", selon le souhait de J.-D. Bredin (34). La pluralité des interprétations et des constructions doctrinales permet la controverse, qui reste, sauf exception, plus feutrée que les débats philosophiques, *a fortiori* politiques. L'affaire *Perruche* a déchaîné certains professeurs de droit puisque deux pétitions contradictoires ont été adressées au journal *Le Monde* (35), un article publié dans le même journal par trois autres universitaires faisant ensuite l'unanimité contre lui (36). L'on n'a pas d'exemple récent comparable en droit du travail. Le débat provoqué par l'arrêt *la Samaritaine* (37) fut surtout technique (la procédure de licenciement collectif visée par l'article L. 321-4-1 §2 était-elle une condition de validité des licenciements subséquents ? la cohérence de l'ensemble du droit du licenciement impliquait-elle la nullité des licenciements en cause ?). Même l'arrêt SAT (38) n'a pas conduit à des écrits enflammés, les observations les plus critiques restant mesurées (38 bis).

Ces exemples concernent le choix d'une solution par le juge dans un litige particulier. La doctrine contemporaine en droit du travail est peut-être plus mordante lorsqu'elle critique le législateur (v. infra II).

Mais pour préciser davantage les fonctions de la doctrine, il est utile d'approfondir les relations et la place respective de la doctrine et de la jurisprudence.

B - Doctrine et jurisprudence.

Un article célèbre intitulé "La jurisprudence et la doctrine", signé Esmein, avait pris place dans le premier numéro de la Revue trimestrielle de droit civil (39), en 1902... L'auteur y invitait la doctrine à ne pas se contenter de rédiger des notes d'arrêts, mais à prendre "la jurisprudence pour son principal objet d'étude" autant que le code civil lui-même, afin notamment de "prévoir le développement futur de la jurisprudence en marche" et de "combattre les

(29) C. Atias, *Epistémologie juridique*, PUF, 1985.

(30) A. Jeammaud, "Les règles juridiques et l'action", D. 1993, chr. IV.

(30 bis) Ph. Jestaz, "Déclin de la doctrine ?", *Droits*, 1994, n° 20, p. 91 s.

(31) A. Sériaux, loc. cit.

(32) J. Ghestin, article précité, se référant à E. Savary, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, 1997, préf. J. L. Aubert.

(33) Op. cit.

(33 bis) M. Villey, *Précis de philosophie du droit*, Dalloz.

(34) J. D. Bredin, "Remarques sur la doctrine", *Mélanges Hébraud*, 1981 p. 111 s.

(35) Selon un arrêt rendu le 17 novembre 2000 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec la mère avaient empêché celle-ci d'exercer le choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice

résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues (JCP. II. 10438, Rapport P. Sargos, p. 2293, conclusions J. Sainte-Rose, p. 2302, et note F. Chabas, p. 2309).

(36) Se reporter à l'article précité de Ph. Jestaz, "Une question d'épistémologie..."

(37) Soc. 13 févr. 1997, Dr. soc. 1997, 249, concl. de Caigny et note G. Couturier ; Dr. Ouv. 1997, 96, note P. Moussy ; cf. le débat entre J. Pélissier et G. Couturier publié par la semaine sociale Lamy, 3 mars 1997 ; v. aussi T. Grumbach, Dr. soc. 1997, 337.

(38) Ass. plén. 8 déc. 2000, Dr. Ouv. 2001, 397, note M. Henry et F. Saramito ; Dr. soc. 2001, concl. de Caigny et note A. Cristau ; RJS 2/01, n° 180, avec la chronique P. H. Antonmattei, p. 95.

(38 bis) A. Jeammaud et M. Le Friant, Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi, Dr. soc. 2001, 417.

(39) R. Esmein, "La jurisprudence et la doctrine", *Rev. trim. dr. civ.* 1902, p. 5 s.

jurisprudences qu'ils considèrent comme fausses ou mauvaises". Comme l'ont mis en évidence "cent ans après" (40) Christophe Jamin et Philippe Jestaz, le message était double : 1) pour la solution des problèmes nouveaux, non réglementés par le code civil (la loi), "*l'œuvre de la jurisprudence devancera toujours celle du législateur*" ; 2) là où la jurisprudence "*ne peut fournir que des modèles bien éloignés, des précédents peu utilisables*", "*c'est la doctrine qui reprend alors le premier rang... elle doit ébaucher, scientifiquement, juridiquement les solutions possibles*". C'est une "*prise du pouvoir doctrinal*" suggérée par Esmein (41), sur laquelle s'interrogent avec humour pour le XXI^e siècle mes deux éminents collègues. A lire parfois les documents destinés aux travaux dirigés des étudiants en droit, certains professeurs de droit mettent en pratique (?) avec zèle la première partie du message : l'on y trouve une suite d'arrêts de la Cour de cassation (plus rarement d'autres décisions) (41 bis) destinés à faire connaître les solutions en vigueur, par thèmes. L'étude du droit, voire la recherche, se transforment en audit jurisprudentiel, les références doctrinales étant absentes. Cette vision appauvrie du phénomène juridique est à combattre (1/), tout en ayant conscience des limites (de la relativité) de la doctrine elle-même (2/).

1) Jurisprudence et création du droit.

La jurisprudence est d'une importance capitale, mais elle n'est pas tout le droit. Ces deux propositions sont à expliciter.

a) En premier lieu, dans un système comme le nôtre où la loi sert de pôle aux sources du droit, la jurisprudence puise sa force dans la mission du juge : appliquer concrètement des règles générales à des cas particuliers. Une norme juridique a-t-elle une existence concrète ailleurs que dans l'interprétation jurisprudentielle ? L'on n'épuisera certes pas ici la question de l'intégration de la jurisprudence dans les sources du droit, dont la réponse varie avec les conceptions générales du droit. Soulignons tout de même que l'analyse des mécanismes du jugement empêche la parole du juge de n'être que "*de marbre*" (42). Tout jugement se fonde sur une règle de droit qu'il

précise, et l'interprétation est beaucoup plus que la traduction. Lorsque la loi décide que l'employeur ne peut apporter aux droits de la personne et aux libertés individuelles "*des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché*" (43), elle laisse à l'appréciation du juge le soin de dire ce qui est droit ! Malgré l'autorité relative de la chose jugée, la prohibition des arrêts de règlement, l'interprétation jurisprudentielle (unifiée par la cour de cassation) vient compléter la loi.

La tradition française, démocratique, sépare l'application et la création du droit. Mais l'application nécessitant l'interprétation (acte de volonté et non de connaissance comme le disait Kelsen), elle comporte naturellement une part de création. Parler de "*la liberté qu'a su prendre la Cour de cassation avec les textes*" (44) par exemple à propos de la jurisprudence *Ponssole* (45) relève d'une "*réduction du droit à un grand livre de recettes exhaustif*" (46). S'y ajoute en droit du travail l'idée que l'employeur est libre d'agir ou non en l'absence de prescription légale expresse : "*cette vision suppose un législateur omniscient, rationnel et prévoyant*" (46).

b) Les lecteurs des revues juridiques, et tout particulièrement du Droit Ouvrier, qui vont directement aux pages de jurisprudence, ont donc une démarche logique. Mais ils auraient tort de ne s'intéresser qu'aux "*manifestations contentieuses*" (47) du droit. Non seulement le droit "vivant" (48) existe ailleurs qu'à travers le procès, dans la rédaction d'un contrat, la négociation d'un accord collectif, un conflit réglé dans une entreprise, etc., mais l'intervention du juge n'est pas indispensable pour faire apparaître le droit (le phénomène juridique). L'exemple des principes généraux du droit (49) s'impose ici. Selon une intéressante formule de Jean Pierre Gridel, "*un principe général du droit est une composante opératoire de l'esprit juridique lui-même, et tend à peser sur la mise en œuvre du droit*" (50), l'auteur définissant ces mêmes principes dans la jurisprudence de la cour de cassation comme "*des axiomes à prétention normative, assis sur ces sources matérielles du droit que sont tantôt la*

(40) Ph. Jestaz et Ch. Jamin, "Doctrines et jurisprudence, cent ans après", Rev. trim. dr. civ. 2002, p. 1 s.

(41) Lequel préconise le recours à la "méthode historique" pour "traiter" la jurisprudence : "*il faut la prendre dans ses origines, la suivre dans ses développements, marquer ses détours, ses hésitations, ses retours en arrière... il faudra ensuite rechercher les causes profondes de cette marche dans un sens donné, de ces déviations, de ces réactions ou de ces progrès. Elles se trouvent toujours dans les besoins de la vie sociale ou dans les idées morales ou scientifiques des contemporains... pour les connaître il faut d'ailleurs consulter les documents les plus divers : écrits de juristes et d'économistes, recueils de statistiques, polémiques de presse, romans ou pièces de théâtre...*"

(41 bis) Sur l'intérêt des décisions des juges du fond, v. l'analyse de E. Gayat ci-après p. 486.

(42) G. Timsit, "Les figures du jugement", PUF, 1993.

(43) Article L. 120-2 du Code du travail.

(44) Ph. Langlois, "La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail", D. 1997. chr. 45.

(45) Soc. 29 oct. 1996, Dr. soc. 1996. 1013, note A. Lyon-Caen ; Dr. Ouv. 97 p. 149 n. P. Moussy avec la décision de première instance.

(46) A. Lyon-Caen, "La chambre sociale réécrit-elle la loi ?", Liaisons. soc. magazine, sept. 1998, p. 62.

(47) Selon l'expression de F. Terré, op. cit.

(48) L'on connaît le titre du manuel de droit du travail de J. E. Ray : "Droit du travail, droit vivant", éd. Liaisons.

(49) G. Lyon-Caen, "Les principes généraux du droit du travail", Tendances du droit du travail français contemporain, études offertes à G. H. Camerlynck, Dalloz. 1978, p. 35 s.

(50) J.-P. Gridel, "La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé", D. 2002 chron. 228.

tradition ou l'ordre social (51), tantôt la raison ou l'équité, sans lien nécessaire avec un texte précis, et fertiles en virtualités d'applications". Bien sûr, seule la décision du juge est susceptible de confirmer l'insertion des principes généraux dans le droit positif. Mais ils préexistent à la consécration jurisprudentielle, par hypothèse mouvante et évolutive ("parole de sable"...)(42). Une des tâches de la doctrine est de contribuer à les faire apparaître.

2) Doctrine et système de droit.

Les auteurs s'accordent pour opérer un rapprochement entre la démarche intellectuelle du juge et celle de la doctrine. "Comme le juge, avant lui s'il s'agit d'interpréter la loi, après lui lorsqu'elle interprète la jurisprudence, la doctrine utilise toujours les ressources de la logique juridique pour faire apparaître un droit cohérent et conforme à la justice. La recherche de la solution juste se fera en utilisant les données positives du droit, mais en dépassant celles-ci qui ne sont que des guides, des instruments indispensables, mais insuffisants" explique J. Ghestin (52). Mais le juge est "l'institution habilitée à dire ce qui est droit et ce qu'est le droit" (idem) et cela conduit évidemment à distinguer la portée de son interprétation de celle de la doctrine.

A noter qu'une partie non négligeable de la doctrine, faite des universitaires, a un rôle institutionnel d'enseignement et de recherche, ce qui représente une responsabilité particulière...

Comme l'a exposé Gérard Couturier, la doctrine assume aussi "une fonction de réception des règles de droit" (53). Elle commente la loi nouvelle, la critiquant si elle est "mal faite" (pauvre titre Titre II, chapitre I, de la loi du 17 janvier 2002 ! (54) v. infra II), ce qui peut aboutir à une réforme ultérieure ou influencer la jurisprudence. Cette réception existe aussi pour la jurisprudence : "à partir de cas épars tranchés par les juges dans le même sens, la doctrine recherche quelle règle générale pourrait rendre compte à la fois de toutes les solutions retenues ; une fois cette règle générale déterminée ainsi par induction, il est tentant

pour le juge d'appliquer celle-ci à de nombreuses autres hypothèses afin d'en déduire cette fois ci les solutions satisfaisantes" (55). Par son travail de synthèse, d'exposé systématique, de recherche de cohérence, de réflexion sur les concepts, la doctrine tend à éviter un émiettement du droit dans la casuistique. Bien sûr, les arrêts "de principe" lui facilitent la tâche... L'on constate que le rapport annuel de la Cour de cassation (avec les études qui l'accompagnent) (56) permet de parler même de la "doctrine de la cour de cassation" (57), laquelle d'ailleurs offre une classification précieuse de ses décisions (58). Mais l'on doit souligner que de telles sources, souvent très éclairantes, sont loin d'épuiser le travail doctrinal : dans son étude de la jurisprudence, la doctrine doit certes rendre compte des évolutions ou des confirmations significatives de celle-ci, mais aussi démêler toutes les raisons des choix opérés par le juge (comme par le législateur) : "raisons morales ou idéologiques, raisons sociales ou économiques, donc raisons politiques au sens large, et, bien entendu raisons de technique juridique..." (59). Elle doit en outre réfléchir à de nouveaux raisonnements, à un renouvellement des concepts.

Se réclamer de la doctrine, on le comprend, exige seulement d'en assumer les tâches : "tout le monde peut se dénommer auteur ou jurisconsulte, c'est un titre nu que seul le fait de l'autorité remplit" (60). L'autorité (la doctrine est une autorité, dit-on) renvoie à l'influence éventuelle de la doctrine, mais il ne s'agit pas de prestige. "Ce sont plutôt les idées qui cheminent, elles passent par plusieurs relais, et si elles parviennent à leur port, c'est grâce à leur vigueur propre ou parce qu'elles se sont présentées opportunément à un moment où on avait besoin d'elles pour justifier une solution" (53). En droit du travail, les idées conduisent peut être à des classifications (avouées ou non) abusives entre les auteurs, les publications. Mais la question se pose de savoir si le "particularisme du droit du travail" souligné par Paul Durand (61), et qui relève d'analyses variées, ne conduit pas à un particularisme de la doctrine...

(51) J.-P. Gridel rattache aux premières exigences la nullité des conventions sur l'intégrité physique, aux secondes l'enrichissement sans cause.

(52) Article précité note 16.

(53) G. Couturier, "Pour la doctrine", précité § 9.

(54) Il s'agit du chapitre intitulé "Protection et développement de l'emploi", de la loi de modernisation sociale. V. notamment "La cause économique du licenciement", colloque organisé par le S.A.F. le 8 décembre 2001, Dr. Ouv. 2002. 137 à 164 ; J.-E. Ray "De lege non ferenda", Dr. soc. 2002. 237 s.

(55) J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, tome 1, Introduction générale, 4^e éd. 1994, spéc. n° 576.

(56) Les extraits relatifs au droit du travail et de la sécurité sociale du rapport 2001 ont été publiés dans le numéro d'août 2002 du Droit ouvrier. V. aussi Liaisons. 13 mai 2002, n° 767 et l'intégralité à la Documentation française. Le rapport 2000 avait choisi un thème

général d'étude : "La protection de la personne". Le rapport 2001 a opté pour "Les libertés" (avec notamment "Les libertés syndicales", par P. Lanquetin, et "Les droits fondamentaux dans le contentieux général de la sécurité sociale" par S. Petit).

(57) Sur ce point, v. les études sur le thème "La Cour de cassation face à la doctrine", par P. Drai, Y. Chartier et D. Tricot, Droits 1994, n° 20, p. 107 s.

(58) Le D est l'arrêt d'espèce ; le P sera publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation ; le B fait l'objet d'une information aux magistrats, le R est destiné à figurer dans le rapport annuel, l'arrêt portant la mention P+B+R est un "trois étoiles" (v. T. Grumbach, Dr. soc. 1999. 323).

(59) Ph. Jestaz et Chr. Jamin, loc. cit.

(60) Ph. Malaurie, Introduction au droit précitée, § 892.

(61) Notamment dans son Traité de droit du travail, publié à partir de 1947.

II. Un particularisme de la doctrine en droit du travail ?

Deux caractéristiques du droit du travail ont été soulignées de diverses manières : l'importance du fait (Alain Supiot a parlé de "*rationalité matérielle*") (62), et celle du conflit et du compromis (Gérard Lyon Caen a dégagé "*l'ambivalence*" du droit du travail (63), qui traverse les finalités du droit du travail). Le droit du travail "normalise" l'exploitation de la force de travail, tout en offrant des garanties au salarié. Même si le mot n'a pas bonne presse, la protection du travailleur individuel, voire de la collectivité des travailleurs, est un objectif présent dans nombre de solutions. La jurisprudence et la loi sont plus sensibles aujourd'hui à l'implication de la personne du travailleur dans le contrat de travail (64). Mais ce qui fait la spécificité du droit du travail n'est pas cette mise en cause (partielle) de la personne du travailleur : c'est l'impossibilité d'analyser les rapports de travail sans référence à un pouvoir, le pouvoir patronal de direction, et au caractère structurellement inégalitaire (la subordination juridique) de ces rapports, dans le cours desquels se manifestent des oppositions d'intérêt (la lutte des classes pour les marxistes).

Evitons les quiproquos ou les ambiguïtés : les développements qui suivent sont certes inséparables d'une certaine approche du droit du travail et de ses valeurs fondatrices (le travail, qui n'est pas une marchandise, est support de droits), mais n'entendent nullement exprimer l'attachement à un "camp" (65) ou défendre une "stratégie" fondée sur un engagement auprès du mouvement syndical. S'inscrivant dans le courant de pensée attaché à la controverse doctrinale (66), ces lignes voudraient du moins démontrer qu'en droit du travail plus qu'ailleurs la doctrine ne peut faire abstraction des luttes sociales et que, consciemment ou non, elle prend parti. Il s'agit aussi de souligner l'hypocrisie des écrits se prétendant porteurs de vérité scientifique alors qu'ils défendent une cause ou des

intérêts, et enfin de réclamer que toute doctrine en droit du travail soit prise en considération sur le strict terrain de la qualité du raisonnement juridique, de la valeur de l'exposé par sa maîtrise des principes et des règles juridiques.

Sortant ensuite des généralités, l'on s'efforcera d'aborder certaines orientations actuelles du débat doctrinal en droit du travail.

A. - Droit du travail, technique juridique et luttes sociales.

Le droit du travail est né d'un choc historique : la concentration dans le cadre de la "fabrique", à l'ère du machinisme industriel, d'un grand nombre d'hommes, de femmes, d'enfants subissant des conditions de travail inhumaines et dangereuses, et l'inaptitude du droit issu du code civil à y faire face. L'intervention de l'Etat dans les rapports privés (67), la reconnaissance d'une responsabilité fondée sur le risque (68), la mise à nu de la subordination (69) dans le contrat de travail, et l'introduction de droits collectifs (70) ont fait acquérir au droit du travail une spécificité, à côté des autres "branches" du droit, complémentaires. Les profondes transformations qui ont ensuite affecté l'entreprise et le travail (71) n'ont pas rendu obsolète la fonction première de ce droit : combattre l'inégalité inhérente au rapport de travail (salarié) en faisant prévaloir la qualité de "sujet de droit" du travailleur, individuellement ou en collectivité.

Face à une réalité faite d'oppositions d'intérêts et de luttes sociales, le droit du travail "*est perçu davantage comme un enjeu que comme une règle du jeu*" (72), et le docteur est prévenu : "*s'il ne fait pas un choix conscient, s'il agit à l'aveugle, le résultat est le même, il donne toujours des armes à quelqu'un*" (73).

(62) A. Supiot, "Critique du droit du travail", PUF, les voies du droit, 1994, spéc. p. 194 s.

(63) G. Lyon-Caen, "Les fondements historiques et rationnels du droit du travail", Dr. Ouv. 1951. 1 et IV^e partie de l'ouvrage précité "Le droit capitaliste du travail".

(64) Implication partielle, comme "force de travail". V. Th. Revet, "La force de travail", Litec, 1992 ; M. Bonnechère, "Le corps laborieux", Dr. Ouv. 1994, 173 ; A. Supiot, op. cit. ("l'obscur objet du contrat de travail").

(65) La perspective de cette étude se distingue sur ce point des réflexions de T. Grumbach, "Doctrine et déontologie", Dr. soc. 1999, 323. L'engagement de la doctrine est une réalité (v. infra) mais il ne peut être assimilé à celui de l'avocat qui défend une cause devant le juge.

(66) Se reporter notamment aux études précitées de G. Couturier, de J. Ghestin et de G. Lyon-Caen.

(67) Ph. Sueur, "La loi du 22 mars 1841 : un débat parlementaire - l'enfance protégée ou la liberté offensée", Mélanges Imbert, 1989, p. 493.

(68) Avec la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

(69) Selon l'expression de J. Le Goff, "Du silence à la parole, droit du travail, société, Etat, 1830-1985", ed. Calligrammes. v. p. 76 s. "*Dès lors que l'on parle de subordination comme élément caractéristique du contrat de travail on admet du même coup que le contrat ne porte plus sur des "choses" mais concerne très directement des individus qui sont eux mêmes parties prenantes au contrat...*"

(70) Liberté syndicale, droit de négociation collective, institutions représentatives. Le concept de représentation présente des spécificités en droit du travail. V. G. Borenfreund, "Le représentation des salariés et l'idée de représentation", Dr. soc. 1991. 685 ; F. Petit, "La notion de représentation dans les relations collectives du travail", LGDJ 1999, Préf. P. Rodière.

(71) J. Boissonnat, "Le travail dans vingt ans", rapport de la commission présidée par J. Boissonnat, O. Jacob. 1995 ; A. Supiot (dir.) "Le travail en perspectives", ouvrage collectif, LGDJ. 1999 ; "Au delà de l'emploi - transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe", rapport à la Commission Européenne du groupe de travail présidé par A. Supiot, Flammarion 1999.

(72) A. Supiot, Critique du droit du travail, précité, p. 198.

(73) G. Lyon-Caen, article précité.

1) La place des faits.

L'analyse proposée par Alain Supiot de la "rationalité matérielle" du droit du travail voit les catégories du droit du travail comme issues de la réalité sociale (74), ce qui tranche avec les catégories abstraites du droit civil. Le droit du travail serait davantage une représentation des rapports sociaux que le droit civil ? Auparavant, deux remarquables études de Jean-Claude Javillier (75) avaient illustré la thèse du "conflit des logiques" (celle du droit des obligations et celles des principes généraux du droit et des droits sociaux fondamentaux). Ladite thèse peut ne pas emporter la conviction (v. infra), mais la démarche est à retenir. Le premier des deux articles, sur le contrôle médical patronal des absences pour maladie, portait d'un examen approfondi des problématiques en présence et de la réalité des contrôles (leurs méthodes, leurs finalités), qui permettaient à l'auteur de passer au crible les deux problématiques (patronale et syndicale). Dans le second, la même démarche se concluait à propos de l'encadrement du licenciement par la constatation qu'en matière de licenciement le droit à l'emploi cède le pas devant le droit des obligations, et par une remarque prémonitrice : "la sauvegarde de l'intégralité des pouvoirs du chef d'entreprise paraît peu à peu antinomique avec l'effectivité du droit à l'emploi".

En présentant des "réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale" (76), le président Jean Laroque soulignait de son côté : "l'importance des faits, dans les litiges de droit du travail, de leur constatation et de leur interprétation est considérable", évoquant notamment le lien étroit entre la dépendance économique et la subordination juridique, pour déterminer le champ d'application du droit du travail (77) ou encore le régime des nullités (78).

L'on connaît la critique faite par Gérard Lyon Caen au "sociologisme", car "le droit est précisément ce qui modifie, ce qui transforme la réalité des rapports de travail". Et ce reproche est particulièrement adéquat,

plus de vingt ans après (79), à l'encontre d'analyses se prévalant de la "réalité" ou de ce qui est "observable" pour remettre en cause par exemple l'impérativité des articles L. 132-13 et L. 132-23 en matière d'articulation des accords collectifs, ou prétendre que l'ordre public social est obsolète (80). Le droit implique une hiérarchie des valeurs, des choix, donc une certaine autonomie par rapport aux faits, auxquels il imprime une dynamique (v. infra, II B).

Cependant le juriste doit avoir à l'esprit la réalité des entreprises et du monde du travail, faute de quoi il ne pourra comprendre les véritables enjeux d'un litige, d'un conflit d'interprétation, ni même cerner correctement un concept (81). Il faut bien le dire, se faire l'écho des problèmes posés aux entreprises par une législation nouvelle (lois Aubry, loi de modernisation sociale), largement répercutés par la presse économique (respectable), est plus facile pour un auteur que de tenir compte du "vécu", de l'expérience et des aspirations des salariés dans leur travail quotidien, leurs responsabilités d'élu ou de syndicaliste éventuelles, connus seulement à travers des études pointues ou la presse syndicale (plus suspecte).

Le juriste n'étant ni sociologue ni économiste, il ne pourra certes que citer des enquêtes, des études partielles, des éléments de fait limités. Peu importe, dès lors que ceux-ci permettent non pas d'illustrer superficiellement une thèse dominante (l'entreprise a beaucoup évolué et l'exploitation du travail par le capital appartient au passé), mais d'interpeller, de suggérer une analyse différente (les travailleurs pauvres se multiplient (82), l'état de santé des salariés se dégrade (83)). Sur une question pourtant telle que la cause économique du licenciement, l'expertise des économistes s'avère indispensable. Lors du colloque sur ce thème organisé par le Syndicat des Avocats de France, le professeur Jean Pélessier a brillamment expliqué comment la loi votée le 19 décembre 2001 maintenait une confusion gênante entre la cause "qualificative" et la cause "justificative" du licenciement économique. Certains points de son intervention

(74) Ce qui pose le problème de l'analyse du droit comme étant un phénomène de représentation des rapports sociaux.

(75) J.-C. Javillier, "Une illustration du conflit des logiques (droit à la santé et droit des obligations) : le contrôle médical patronal des absences en cas de maladie du salarié", *Dr. soc.* 1976, 215 ; et "Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise", in *Etudes G. H. Camerlynck*, précité, p. 101 s.

(76) J. Laroque, "Réflexions sur la jurisprudence de la cour de cassation", in *Etudes G. H. Camerlynck* précitées, p. 27.

(77) Un tel lien est apparu plus récemment à la chambre sociale dans l'arrêt Labanne (Soc. 19 déc. 2000 *Dr. Ouv.* 2001. 251).

(78) A noter que selon G. Couturier, en la matière, "il s'observe qu'aujourd'hui la prévalence de la règle méconnue est un objectif qui, plus que tout autre, caractérise la jurisprudence de la cour de cassation", "La théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation", in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ. 2001. 273 s.

(79) L'article en question de G. Lyon-Caen prenait notamment pour référence l'étude publiée en 1976 de J.-C. Javillier.

(80) L'on renverra à M. Bonnechère, "La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères", *Dr. Ouv.* 2001. 411 s.

(81) Par exemple celui de "discrimination", qui suppose le choix d'une norme de référence ; un tel choix suppose une connaissance précise de la vie d'une entreprise. Sur ce concept, v. M. Mercat-Bruns, "Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain", *IGDJ* 2001 ; Actes du colloque du SAF "Le principe de non-discrimination en droit social", *Dr. Ouv.* mai 2001.

(82) "Salariés à bas salaire et travailleurs pauvres - une comparaison France-USA", premières informations et premières synthèses, n° 02-1, 2000/01.

(83) L'enquête 2000 ("Troisième enquête sur les conditions de travail") réalisée dans les pays de l'union européenne par la Fondation Européenne pour l'amélioration des conditions de travail (Dublin) n'est certes pas le rapport Villermé de l'an 2000, mais représente tout de même un réquisitoire.

pouvaient susciter un débat juridique (84). Par contre lorsque J. Pélissier annonça comme certaine la violation de la règle juridique *"qui est en contradiction flagrante avec la loi économique"* à propos de la première des causes limitatives qu'énumérait la loi votée (85) l'on put se dire que la pluridisciplinarité dans un tel colloque aurait été la bienvenue pour éclairer les participants sur les rapports entre la "loi économique" et ce que le langage populaire a appelé les "licenciements boursiers"... !

2) Dialectiques du droit du travail.

Un ouvrage collectif publié en 1980, *"Le droit capitaliste du travail"*, avait entendu proposer une compréhension du droit du travail différente de sa représentation "dominante", celle d'un droit systématiquement favorable aux travailleurs. La présentation donnée dans ce livre de l'approche la plus classique du droit du travail était si péjorative que l'on pouvait craindre pour l'avenir du titre *"Le droit ouvrier"* (pauvres juristes "progressistes" s'imaginant que l'on pourrait avoir un droit nouveau réellement bénéfique pour les travailleurs, alors qu'il s'agit d'une partie du droit bourgeois !). L'on frisait même le contresens : qui ne sait que pendant des années, le droit du travail n'a pas été considéré comme utilisable dans les luttes ouvrières, sauf situation extrême (ce que certains juristes syndicaux appelaient le droit du travail-ambulance), la vraie question étant de convaincre les syndicalistes (de tous niveaux) d'avoir une politique du juridique.

Dans cette dernière perspective, le "droit ouvrier" est un droit que s'approprient aussi les travailleurs, en prétendant que le droit du travail n'est pas destiné à servir toujours le capital (et en agissant en ce sens) (86).

Demeure de cet ouvrage le rappel du double mouvement historique (87) du droit du travail :

(84) Aussi maladroitement que fût la définition du licenciement économique dans la loi telle qu'elle avait été votée, l'on pouvait souligner que la confusion entre la "cause qualificative" et la "cause justificative" existait déjà dans le texte antérieur. Et si l'on interprétait la nouvelle loi comme définissant d'une manière plus étroite la cause justificative, il n'y avait aucune contradiction avec la Directive communautaire du 20 juillet 1998 sur les licenciements collectifs (le droit national pouvant garantir une protection plus stricte aux salariés).

(85) Il s'agissait des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen. J. Pélissier critiquait le fait que selon la jurisprudence les difficultés s'apprécient au niveau de l'entreprise, non d'un établissement déterminé (Dr. Ouv. 2002, p. 145 s, spéc. p. 150).

(86) L'ouvrage en question a été cité note 11 supra. Sur l'expression d'une autre perspective, F. Saramito, "Le droit du travail en question", Dr. Ouv. 1986. 39 ; P. Tillie, "Le droit du travail à l'épreuve du libéralisme", Dr. Ouv. 1986. 431 ; M. Henry, "Le droit du travail est-il une conquête de la classe ouvrière ?", Dr. Ouv. 1992. 389 ; M. Bonnechère, "L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité", Dr. Ouv. 1988. 171 s.

protection du salarié contre l'exploitation, mais aussi "normalisation" de celle-ci pour reprendre l'expression de J.-C. Javillier. Le droit du travail protège les travailleurs et leur assure des droits, tout en sauvegardant les rapports de pouvoir et de domination nécessaires au mode de production dominant. L'on retient la conclusion d'Antoine Jeammaud sur les fonctions du droit du travail : *"le rôle éminent qu'il joue dans la constitution et la sauvegarde des rapports capitalistes de production commande de relativiser son intérêt pour les travailleurs, mais il n'autorise pas à le nier. Il ne doit pas dissuader l'œuvre pour l'amélioration du droit existant"* (11).

Le droit du travail traduit cette ambivalence par exemple en encadrant le droit de grève constitutionnellement reconnu, en permettant l'expression dans l'entreprise des intérêts propres des travailleurs (comité d'entreprise, droit syndical) sans que soit entamé le pouvoir patronal de direction, en développant les garanties attachées à la mensualisation, tout en admettant le "contrôle médical patronal". Dans ce dernier cas, la primauté de la thèse patronale de l'emporter. Mais tel n'est pas toujours le cas.

Une seconde dialectique parcourt le droit du travail : techniques civilistes et particularisme du droit du travail s'opposent et se complètent (88). Même le thème de l'autonomie du droit du travail peut se révéler favorable au patronat (limitation de la sphère contractuelle par le pouvoir de direction) malgré des exemples contraires bien connus (89). Grâce à des études rigoureuses (90) et à certains développements jurisprudentiels (91), la démonstration que les catégories du droit civil peuvent être utilisées en faveur des salariés est faite, et confirmée (v. infra). Le droit civil reste par ailleurs inapte à régir certains aspects des rapports de travail (leur dimension collective, la sécurité physique des

(87) La loi du 22 mars 1841, première entorse au libéralisme, représenta certes une intervention de l'Etat garant d'un certain ordre social (fixation de l'âge d'admission au travail), mais fut aussi votée parce que l'industrie avait besoin du travail des enfants, ainsi "régulé" (v. Ph. Sueur, loc. cit.).

(88) A relire : les contributions au colloque organisé par la faculté de Montpellier le 18 mars 1988, publiées in Dr. soc. mai 1988 sur le thème "Droit civil et droit du travail", où il fut beaucoup question de la nécessité "d'adapter" les règles du droit civil au droit du travail (notamment dans la contribution de J. Pélissier, "Droit civil et contrat individuel de travail").

(89) La primauté du statut protecteur des représentants du personnel sur l'article 1184 du Code civil et la résiliation judiciaire du contrat de travail, l'inflexion des règles énoncées dans les articles 2044 s du même code sur la transaction, la définition spécifique de la faute lourde du salarié (qui suppose l'intention de nuire), l'exception représentée par l'article L. 122-12 au principe de l'effet relatif des contrats, sont de ces exemples.

(90) Colloque de 1988 précité ; auparavant, G. Couturier, "Les techniques civilistes et le droit du travail", D. 1975, chr. 151.

(91) Les développements réalisés à partir de l'article 1134 § 3 du Code civil (obligation d'exécuter de bonne foi les contrats) sont remarquables ; v. infra, B.

travailleurs (92), le pouvoir patronal) et certains concepts interviennent d'une manière spécifique en droit du travail : c'est le cas pour l'ordre public (93). L'on ne saurait cependant soutenir que "*la technique juridique a sa logique propre*" (93 bis).

3) La technique juridique en soi n'a pas d'existence concrète.

Non, le droit du travail n'est pas "*une technique réversible*" (94), ou plutôt il ne l'est pas davantage que les autres branches du droit. Parler du droit comme d'une technique revient à insister sur les procédés permettant d'aboutir à un résultat, essentiellement le raisonnement juridique, qui repose sur une certaine logique. Mais la technique juridique en elle-même n'est rien : les catégories juridiques sont des créations de l'esprit, chargées d'histoire, de philosophies. Si l'on prend un texte aussi fondamental que l'article 1134 du code civil, l'on s'aperçoit "*qu'il n'en existe aucune lecture purement technique... exempte de tout présupposé philosophique*" (95). Au cœur du syllogisme juridique il y a toujours un choix du principe, de la règle, permettant de parvenir à la solution "*juste*", et il est bien difficile de soutenir que ce choix s'effectue pour des raisons strictement juridiques.

Le droit du travail peut certes être vu comme une technique, mais à condition de préciser sa finalité. Celle-ci apparaît historiquement, on l'a dit, comme tendant à faire prévaloir le travailleur comme sujet de droits, individuellement ou collectivement, et les plus récents développements jurisprudentiels ont fait réapparaître au premier plan l'objectif consistant à assurer la sécurité du salarié, qui sous-tend souvent les premières lois du travail.

Cette analyse n'empêche nullement de considérer comme irréductibles les antagonismes entre employeurs et salariés, et de souligner que les textes, les catégories, peuvent (et sont) sollicités par toutes les ressources de

l'argumentation et de l'interprétation dans des sens divergents. Mais un système juridique ne peut pas fonctionner sans cohérence, sans rationalité : le contrat de travail relève du droit commun des contrats (96), malgré la subordination du salarié, lequel, si ambigu soit l'article L. 120-2 du code du travail (97), peut prétendre au respect des droits attachés à sa personne. Le droit de grève, le droit syndical, le droit de négociation collective sont des droits "*constitutionnellement reconnus*" dans un ensemble démocratique. Ceci contribue à imprimer une direction, une dynamique, quelles que soient les contradictions, les incertitudes. Et la doctrine peut contribuer à dégager ou appuyer des orientations. L'on retrouve évidemment, le mythe de la neutralité doctrinale évoquée plus haut, mais avec une acuité plus grande.

4) Une doctrine politisée, ou même à deux vitesses ?

Selon une thèse ancienne, le droit du travail relèverait d'une rationalité juridique inférieure à celle des autres branches du droit : un droit descriptif, peu conceptuel... Le développement du droit du travail lui-même a montré que cette branche du droit est bien fondée sur des catégories, des concepts dont l'éventuelle particularité n'enlève rien à leur juridicité (que l'on songe à l'intervention du principe de faveur) (98). Mais une autre critique menace une partie de la doctrine en droit du travail : les syndicats auraient parmi leurs objectifs stratégiques celui de peser sur la doctrine, d'orienter la recherche universitaire sur certains sujets, dans le cadre de leurs tentatives pour agir directement ou indirectement sur l'évolution du droit. Cette idée tenace, bien que rarement explicite (99) conduit certains éminents auteurs à ne jamais citer les études ou notes de jurisprudence publiées dans une revue comme "*Le droit ouvrier*" (100) ou à ne les citer que rarement (101). D'autres encore n'hésiteront pas à parler (discrètement) d'écrits "*sur commande*"... C'est passer bien vite sur la liberté intellectuelle de ceux qui,

(92) V. Sur ce point A. Supiot, Critique du droit du travail précité, p. 68 : "*le droit civil des obligations n'a pas de prise sur 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... Cette idée de sécurité physique a été et demeure à l'origine de tous les droits du travail européens*".

(93) Comme on l'a rappelé ailleurs, l'ordre public en droit du travail ne fait pas jouer le caractère impératif d'une règle légale sur une stipulation plus favorable ; il s'agit bien d'assurer la primauté d'un principe supérieur : la protection du salarié, la lutte contre le déséquilibre de la relation salariale ; mais le mode d'intervention de l'ordre public est spécifique. (M. Bonnechère, "La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail, quelques repères", Dr. Ouv. 2001. 413).

(93 bis) G. Lyon-Caen, in "Le droit capitaliste du travail" précité, "La crise actuelle du droit du travail", p. 255 s, spéc. p. 258.

(94) G. Lyon-Caen, "Le droit du travail, une technique réversible", Dalloz, Connaissance du droit, 1995.

(95) C. Jamin, "Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil", D. 2002 doctr. 901.

(96) Code du travail, article L. 121-1, 1^{re} phrase.

(97) Art. L. 120-2, Code du travail : "*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*".

(98) Cass. soc. 17 juill. 1996, Dr. soc. 1996. 1053, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier, Dr. Ouv. 1998. 35 ; Y. Chalaron, "L'application de la disposition la plus favorable", in Etudes offertes à G. Lyon-Caen précitées, p. 243 s ; A. Jeammaud, "le principe de faveur, enquête sur une règle émergente", Dr. soc. 1999. 119 ; F. Bocquillon, "Que reste-t-il du principe de faveur ?", Dr. soc. 2001. 255.

(99) Sauf dans la thèse du professeur Alain Supiot, "Le juge et le droit du travail", Bordeaux 1979 ; ce qui n'a pas échappé au professeur Philippe Malaurie, qui en cite un extrait dans son introduction au droit, à propos de la politisation du droit du travail.

(100) Sauf erreur (certes possible) un illustre exemple se trouve dans les écrits du professeur Jean Savatier.

(101) Dans son ouvrage si fondamental, "Critique du droit du travail", précité, A. Supiot cite les revues suivantes : Droit social, 120 fois (environ) ; Recueil Dalloz, 26 fois ; Jurisclasseur périodique, 15 fois ; Revue trimestrielle de droit civil, 5 fois ; le Droit Ouvrier, 5 fois. Ce comptage n'a rien de scientifique, mais n'est pas si étranger que cela à l'épistémologie juridique...

universitaires ou non, écrivent dans ladite revue (102), et oublier que certains collègues font bon marché de la déontologie universitaire en publiant le cas échéant dans des revues "autorisées" (et citées...) des articles-consultations (103). Et si le droit syndical est un authentique élément de toute démocratie, n'est-il pas admissible que des universitaires, des juristes, collaborent sainement à certains éléments de la réflexion syndicale, en étant convaincus de la noblesse de celle-ci ? Les échanges avec ceux qui se trouvent "sur le terrain" dans les entreprises (pas seulement du côté patronal) ne sont-ils pas en outre une richesse considérable pour qui veut comprendre la réalité du monde du travail ?

Ajoutons que la seule bataille qui vaille est celle des idées, et qu'elle ne fait pas bon ménage avec les phénomènes de domination, quels qu'ils soient... Il ne saurait y avoir "d'establishment" doctrinal sous peine d'affaiblissement dans la répétition, voire de sclérose à plus ou moins long terme.

En réalité la doctrine est pluraliste. "Il y a des auteurs conservateurs, d'autres progressistes, d'autres qui ne prennent pas parti, d'autres qui sont dans le vent et tournent avec lui. D'autres qui sont sceptiques et d'autres qui ont la foi" (104). L'amélioration du droit du travail existant est vue par les uns comme supposant une meilleure prise en considération des "contraintes économiques et financières que subissent les entreprises mondialisées" (105), par d'autres comme nécessitant le maintien et la reformulation d'exigences démocratiques spécifiques (106).

B - Quelques chantiers en cours...

Il n'est pas possible de parler des tâches de la doctrine en droit du travail sans aborder concrètement certains débats actuels (107) ou plutôt des exemples de possible contribution de la doctrine à des évolutions, des constructions en cours.

Le "social" serait-il plus qu'hier à la remorque de l'économie ? Le travail ferait-il l'objet d'une nouvelle "marchandisation" (108) ? La réflexion doctrinale sur la place du droit social face au droit de la concurrence se

développe peu à peu (1/). L'idéologie du marché risque de "façonner" (109) le droit européen et pourtant la chambre sociale de la cour de cassation semble bien faire prévaloir une conception sociale du contrat de travail, et en avoir entrepris une véritable reconstruction, en mettant à la charge de l'employeur, après les obligations de reclassement, "une obligation de sécurité de résultat" (110). Sur le terrain de la négociation collective, les tribunaux commencent à être confrontés à des tentatives visant la modification de fait de l'articulation des différents niveaux de conclusion des conventions et accords collectifs telle que prévue par le code du travail. A en croire certaines analyses, le principe de faveur ne serait pas en cause (111). Il semble au contraire difficile de soutenir que ce principe fondamental du droit du travail n'est pas nécessairement impliqué dans l'architecture des accords collectifs. Au plan individuel comme au plan collectif, le type d'insertion du contrat dans l'ordre juridique est donc un thème central (2/).

1) La place du travail dans l'ordre concurrentiel.

Le "modèle du marché" est à l'œuvre, il inverse les rapports du droit et du fait : "Le marché possède ses propres lois, dont nul ne peut disposer et le droit serait ridicule d'y songer, dès l'instant que nous ne sommes plus en période d'économie administrée et de réglementation des prix. Le droit du marché est un instrument au service de ce dernier ; il doit en adopter la prétendue neutralité" (112).

Le contrôle judiciaire du motif économique de licencier a largement intégré la rationalité marchande (113) : la "sauvegarde de la compétitivité" est devenue un concept juridique (114) depuis l'arrêt *Thomson Tubes et Displays* du 5 avril 1995 (115), et c'est à cette seule aune que le juge doit exercer son contrôle des licenciements économiques pour réorganisation de l'entreprise, l'Assemblée plénière excluant qu'il puisse exiger que l'employeur intègre dans son choix le concept de préservation de l'emploi (116). Le Conseil constitutionnel vise d'ailleurs cette jurisprudence comme correspondant à "l'actuelle législation"... Une partie de la doctrine suggère au juge de faire porter son contrôle

(102) Revue dont le contenu est d'abord tributaire de la persévérance de ses collaborateurs, et dont la préparation est franchement très éloignée de l'art militaire.

(103) "Pour les princes qui gouvernent les entreprises" selon l'expression de T. Grumbach (loc. cit. ; note 65), que l'on rejoint tout à fait ici.

(104) Ph. Malaurie, op. cit. § 897.

(105) Dans la perspective libérale de l'étude de X. Lagarde, "Mondialisation, restructuration et jurisprudence sociale", JCP 2001, ed. G. doctr. 1371.

(106) Selon le rapport Supiot précité, "Au delà de l'emploi".

(107) Ici est copiée la démarche qui était celle de G. Couturier dans son article précité aux mélanges G. Lyon Caen : toute une partie porte sur les "débats d'hier", une autre sur les "débats d'aujourd'hui".

(108) Pour reprendre l'expression du professeur Antoine Pirovano, "Droit de la concurrence et progrès social", D. 2002 chr. 62.

(109) Selon le mot de C. Jamin, article précité note 95.

(110) Ce sont les arrêts rendus dans l'affaire de l'amiante du 28 février 2002, Dr. Ouv. 2002. 166, note F. Meyer (v. infra).

(111) P. Rodière, "Pour une autorité mesurée de l'accord de branche ou l'accord d'entreprise". S.S.L. 15 juillet 2002. p. 14 s spéc. § 6.

(112) M. A. Frison-Roche, "Le modèle du marché", Archives de philosophie du droit, 1995, 41.

(113) A. Pirovano, loc. cit.

(114) G. Lyon-Caen, "Michelin entre deux lois", le Monde 16 sept. 1999 (cité par A. Pirovano, loc. cit.).

(115) Soc. 5 avril 1995, Dr. Ouv. 1995. 295, et la chronique A. Lyon-Caen.

(116) Ass. plén. 8 déc. 2000, Dr. soc. 2001, concl. de Caigny et note A. Cristau ; Dr. Ouv. 2001. 397, note M. Henry et F. Saramito ; D. 2001. 1125, note J. Pellissier ; RJS, 2/01, chr. P. H. Antonmattei.

"non pas sur les raisons de la restructuration contestée mais sur ses conséquences, spécialement les possibilités de reclassement des salariés" (117). Mais cette séparation est artificielle selon Gérard Couturier, qui voit dans le droit à l'emploi le fondement d'une exigence : devant le juge exerçant son contrôle sur la justification du licenciement, l'employeur doit "s'expliquer sur d'éventuelles solutions alternatives" (118).

Si le droit à l'emploi, de valeur constitutionnelle, a une portée discutée (119), il est aussi proclamé tant par la Charte sociale européenne (120) que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (121). Ceci impose sa prise en compte effective tant dans la législation sociale que dans l'interprétation et l'application des dispositions légales existantes (122).

Le droit de la concurrence n'a pas vocation à englober le droit du travail, sous peine de la mort de celui-ci. Chacun a en mémoire le conflit des artistes-interprètes de télévision dans lequel le Conseil de la concurrence avait assimilé les conventions collectives et la grève à des ententes anticoncurrentielles (123). Vint ensuite l'affaire du Comité intersyndical du Livre parisien dans laquelle le Conseil a considéré des entraves et boycott de certaines imprimeries de labeur par des syndicats comme des faits constitutifs d'entente, en tenant pour indifférent le fait qu'un syndicat de salariés ne soit pas une entreprise. La doctrine la plus autorisée a parlé de détournement du droit de la concurrence : "le constat économique d'une restriction de concurrence ne doit pas entraîner une dénaturation des catégories juridiques" (124). Et cette critique a été suivie par la Cour d'appel de Paris (125).

Des batailles judiciaires ont donc été gagnées. L'on attend cependant l'énoncé d'un principe net (126). Le droit communautaire est volontiers désigné comme imposant l'impérialisme du droit de la concurrence. Cela n'est pas toujours vrai (127) et il est arrivé récemment à la Cour de Justice des Communautés européennes d'affirmer, à propos de l'ex article 119 du Traité (128) que "la finalité économique poursuivie (par le texte) et consistant dans l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents Etats membres revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamentale de la personne humaine". Voila une formulation très éloignée de celle du Conseil Constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002 sur la loi de modernisation sociale (128 bis). Certes, une réforme se voulant protectrice du droit à l'emploi ne saurait échapper à un contrôle de sa conformité aux exigences constitutionnelles. Mais "c'est la première fois qu'au nom du respect dû à la liberté d'entreprendre, est condamné un dispositif intéressant une pièce centrale du droit légiféré du travail, le droit du licenciement", constate Antoine Lyon Caen, se demandant si "une nouvelle ère aura été ouverte, celle d'un droit du travail placé sous la surveillance constitutionnelle du droit du marché, dont la liberté d'entreprendre constitue le premier pilier" (129).

Le statut du travail est enfin à redéfinir sur le marché du travail. L'éclatement de l'entreprise en réseaux s'est accompagné depuis quelques années des fameux travailleurs "parasubordonnés" : professionnels "autonomes", "free-lance", "micro-entrepreneurs", en réalité dépendants d'un donneur d'ordre qui décide de l'objet, des délais, de la rémunération de leur travail.

(117) X. Lagarde, article précité.

(118) G. Couturier, "Licenciement économique : choix de l'employeur et contrôle du juge", *Liais. soc. magazine*, févr. 2001. 58.

(119) A. Jeammaud et M. Le Friant, "Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi", *Dr. soc.* 2001. 417.

(120) Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe adoptée à Turin le 18 octobre 1961, art. 1, et Charte sociale révisée du 3 mai 1996, art. 1.

(121) Charte du 18 décembre 2000, art. 15 § 1 : "Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée..." (Texte intégral in *Dr. Ouv.* juillet 2001).

(122) La valeur normative de la Charte de Nice est à définir. Par contre celle des Chartes du Conseil de l'Europe est certaine, puisqu'elles ont été ratifiées en tant que conventions internationales. Du principe de la primauté de telles normes internationales découle par conséquent pour le juge une obligation d'interprétation conforme de son propre droit à la Charte.

(123) Conseil de la concurrence, 26 juin 1990, confirmé par C. A. Paris, 6 mars 1991, D. 1992. J. 10. V. aussi B. Edelman, "A bas le droit du travail, vive la concurrence", D. 1992. chr. 1.

(124) L. Idot, "Droit social et droit de la concurrence, confrontation ou cohabitation?", *Europe*, nov. 1999, p. 4.

(125) C. A. Paris, 29 févr. 2000, *Dr. Ouv.* 2000. 147, et la chronique de G. Lyon-Caen, "Vieilles lunes et nouvelles lunes (action syndicale et accords collectifs sous l'éclairage du droit de la concurrence)",

confirmé depuis par Cass. Com. 15 janv. 2002 *Dr. Ouv.* 2002.129.

(126) V. B. Edelman, note sous Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, D. 2001. 1868.

(127) Dans l'arrêt Keck et Mithouard (24 nov. 1993, C. 267/91, rec. 6097), qui a opéré un revirement sur la définition des "mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives", la CJCE a relevé que l'ex article 30 du traité (libre circulation des marchandises) était invoqué pour contester "toutes sortes de réglementations". Sa jurisprudence a clairement exclu du champ d'application de ce texte les réglementations du temps de travail (not. CJCE 20 juin 1996, Casa Uno, aff. 418/93 et autres, rec. 2975). D'autre part les arrêts du 21 septembre 1999 (Albany, aff. 67/96, Brentjens, aff. C 115 à 117/97, *Dr. Ouv.* 2000. 137), ont exclu du champ de l'article 85 § 1 du traité les conventions collectives "en raison de leur nature et de leur objet". V. aussi CJCE 12 sept. 2000, Pavlov, C180/98 à 184/98 et Van der Woude, 222/98, *Europe* 2000, n° 355, note L. Idot.

(128) CJCE 10 févr. 2000, Deutsch Post, C270/97 et 271/97, rec. I. 929. La Cour répondait à une juridiction allemande que l'article 119 du traité (devenu 141) ne fait pas obstacle à des dispositions nationales permettant à tous les travailleurs à temps partiel d'être affiliés rétroactivement à un régime professionnel de pensions et de percevoir une pension en conséquence, malgré le risque de distorsion de concurrence.

(128 bis) DC 2001-455, *Dr. Ouv.* 2002 p. 59.

(129) A. Lyon-Caen, "Le droit du travail et la liberté d'entreprendre", *Dr. soc.* 2002. 258.

C'est tout le problème des "frontières du salariat" (130) déjà largement étudié. D'autre part, le contrat de travail lui-même (contrats dits "précaires") n'assure plus, pour beaucoup de salariés, un emploi. Une réflexion très stimulante a été proposée dans le "rapport Supiot" (131) sur le thème d'un "nouvel état professionnel des personnes", avec l'idée de droits sociaux attachés à la personne et non pas au statut, et celle (déjà dans le rapport Boissonnat) (132) qu'il faut assurer la "continuité d'une trajectoire". Mais la concrétisation de ces orientations nécessitera encore un travail considérable.

Dans l'immédiat la Cour de cassation reconstruit les digues : recentrage du champ d'application de l'article L. 122-12 (133), appréhension plus large du lien de subordination dans le contrat de travail (134), et assimilation de franchisés aux salariés (135). Par ailleurs la jurisprudence invite à repenser "la figure du contrat dans le rapport de travail" (136), ce qui ne peut se faire sans situer celui-ci plus largement par rapport à la loi.

2) Contrat et cohésion sociale.

L'idée que le contrat doit se réapproprié un espace envahi par la loi a été lancée par le patronat dans le cadre de sa stratégie de "refondation sociale". Il s'agit non seulement de redéfinir les rôles respectifs de l'Etat et des partenaires sociaux, mais aussi de rendre tout puissant l'accord collectif. Dans le même temps la jurisprudence relative au contrat de travail paraît peu sensible... à l'idéologie du "tout contractuel".

a) Construction.

La découverte jurisprudentielle d'obligations nouvelles mises à la charge des parties au contrat de travail s'insère dans un rejet de la conception libérale du contrat. Sur ce point, la réflexion des "civilistes" pourrait bien être en avance sur celle des "travailleuses". Ils étudient les mécanismes correcteurs utilisés par le juge pour contrôler le comportement d'une partie à qui un certain pouvoir unilatéral est reconnu pour faciliter

l'adaptation d'un contrat qui dure dans le temps : "l'obligation de motivation en droit des contrats" (137) pour l'avenir. Pour le présent, l'obligation précontractuelle d'information (138) est un autre exemple. Déjà dans son Traité (139), le professeur Geneviève Viney résume : "la conception purement volontariste du contrat, que les parties aménageraient à leur guise sans aucune contrainte et qui trouverait son principe d'existence dans la seule volonté subjective des contractants a vécu". Un article fondamental (140) de Christophe Jamin invite à envisager d'une manière différente le problème du "contractualisme" (le tout-contrat contre le tout-Etat ?), en revisitant les écrits de Durkheim, et d'auteurs du début du siècle (141) : "l'article 1134 § 1 est alors débordé par l'interprétation particulière et nouvelle de son alinéa 3 et par l'article 1135" (141 bis) et en ne renonçant pas au "droit social du contrat qu'avaient su inventer quelques civilistes imaginatifs".

Gérard Lyon-Caen a parlé "d'obligation implicite" (142) pour évoquer le cas où l'une des parties à un contrat est tenue d'une prestation positive ou d'une abstention ne découlant ni du texte écrit du contrat, ni de la loi, et découverte par le juge. Du côté du salarié, une obligation de loyauté est réaffirmée par de récentes décisions : cette obligation subsiste, très allégée, pendant une suspension pour maladie (143). Et le 28 février 2002, la Cour de cassation a consacré l'obligation pour "chaque travailleur de prendre soin en fonction de sa formation et selon ses possibilités de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions" (144). L'obligation de sécurité "de résultat" à laquelle l'employeur est tenu "en vertu du contrat de travail le liant à son salarié" selon les arrêts rendus dans les affaires concernant les victimes de l'amiante, du 28 février 2002, pourrait bien constituer un bouleversement (145), car elle correspond à une redéfinition des termes de l'échange contractuel. Tous les commentaires (146) ont rappelé qu'un débat avait existé, avant la loi du 9 avril 1898, sur la nature de la

(130) Th. Aubert-Monpeyssen, "Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail", Dr. soc. 1997.616 ; A. de Senga, "Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification", Dr. Ouv. 2001.237.

(131) Rapport précité, spéc. p. 53 s.

(132) Rapport précité note 71.

(133) Soc. 18 juill. 2000, B. C. V. n° 285 ; S. S. L. 30 juill. 2000, rapport Boublil.

(134) Soc. 19 déc. 2000. Dr. soc. 2001, 227, note A. Jeammaud ; Dr. Ouv. 2001.251 et chronique A. de Senga précitée.

(135) Soc. 4 déc. 2001, deux arrêts, et la chronique de A. Jeammaud, Dr. soc. 2002.158.

(136) C. Radé, "La figure du contrat dans le rapport de travail", Dr. soc. 2002. 802 s.

(137) M. Fabre-Maignan, "L'obligation de motivation dans le contrat", Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 301 s.

(138) V. J. Ghestin, La formation du contrat, tome 2 du traité LGDJ ; et "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges", LGDJ 1996.

(139) G. Viney, Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2^e éd.

(140) Article cité note 95.

(141) Il s'agit de Saleilles, Gounot, Demogue.

(141 bis) Art. 1134 § 3 : les conventions "doivent être exécutées de bonne foi". Art. 1135 : "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

(142) G. Lyon-Caen, "L'obligation implicite", Archives de philosophie du droit, 1996. 109.

(143) Dernièrement, Soc. 4 juin 2002, Liais-soc. 10 sept. 2002. n° 781.

(144) Soc. 28 févr. 2002, Dr. soc. 2002.539, et la chronique de R. Vatinet, "En marge de l'affaire de l'amiante, l'obligation de sécurité du salarié", Dr. soc. 2002. 553 ; v. cependant le texte de l'art. L. 230-3 C. Tr.

(145) Pour une perspective plus générale, V. M. A. Moreau, "Pour une politique de santé dans l'entreprise", Dr. soc. 2002. 817.

(146) Soc. 28 févr. 2002, Bull. V. n° 81, p. 74 ; JCP. G. 2002. II. 10053, concl. Benmakhlof ; Dr. Ouv. 2002. 166, note F. Meyer ; I. Monteillet, RJS 5/02, p. 403 ; P. Morvan, "Le défloccage de la faute inexcusable", RJS 6/02, 495 ; M. Babin et N. Pichon, "Obligation de sécurité et faute inexcusable de l'employeur", Dr. soc. 2002. 828.

responsabilité encourue par l'employeur pour les dommages physiques subis par les salariés dans leur travail. Quelques auteurs, minoritaires, avaient proposé d'admettre une obligation contractuelle de sécurité (147). Beaucoup plus tard des arrêts avaient déjà admis une responsabilité contractuelle, conduisant par exemple à la réparation par l'employeur du préjudice causé au salarié par son licenciement pour une inaptitude provoquée par ses conditions de travail (148). Un arrêt plus remarqué concernait la situation d'un salarié atteint d'une maladie selon lui d'origine professionnelle, mais non officiellement reconnue comme telle : la chambre sociale avait rejeté l'invoquant de l'article 1384 du code civil, mais envisagé une action en responsabilité contractuelle (149) contre l'employeur. Comme le relève F. Meyer (150), le "notamment" utilisé par les juges dans les arrêts du 28 février 2002 permet de dire que d'autres aspects des conditions de travail peuvent être visés. Quant à l'obligation de résultat, elle implique une responsabilité de plein droit, dès l'instant où un dommage physique et le lien de causalité avec les conditions de travail sont établis. On a évoqué un "forçage" inutile du contrat, puisque la loi elle-même imposait l'obligation de sécurité (151), ou envisagé le caractère résiduel des actions futures, compte tenu du large champ d'application de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles. En réalité le contrat de travail, à travers cette obligation de sécurité de résultat, se voit assigner un rôle dans la fameuse nouvelle approche de la santé au travail (145). Comme elle l'a fait antérieurement à travers les obligations de reclassement découvertes dans l'article L. 241-10-1 du code du travail (152) en matière

d'inaptitude médicale, puis, sur le fondement de la bonne foi contractuelle, dans l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois (153) prolongée par l'obligation de reclassement avant tout licenciement économique (154), la Cour de cassation exprime "une conception fondamentale de la relation entre le salarié et son employeur" (155) : le contrat de travail est aussi un instrument au service d'objectifs sociaux (156).

b) Déconstruction ?

La conception volontariste du contrat, l'autonomie de la volonté devraient-elles l'emporter au plan collectif ? Telle est la question posée notamment par certaines dispositions négociées récemment permettant à une convention collective de branche de se déclarer supplétive ou subsidiaire par rapport aux accords d'entreprise ayant le même objet. Ainsi en va-t-il d'un avenant modificatif du 24 juillet 2001 à la convention collective nationale des sociétés d'assurance, signé par la fédération française des sociétés d'assurance et la CFDT. Une stipulation de l'accord national interprofessionnel sur la négociation collective du 31 octobre 1995 (157) allait dans le même sens. Le jugement rendu par le TGI de Paris le 14 mai 2002 a rappelé avec force l'état du droit. D'une part l'article L. 132-23 du code du travail (158) traite de l'articulation entre l'accord d'entreprise et l'accord de branche, lorsqu'il parle "d'adaptation" : "*l'adaptation visée par ce texte s'entend d'une mise en conformité de l'accord d'entreprise avec la convention de branche postérieure, et de l'ajustement de ses clauses moins favorables à celles de la convention de branche applicable*" (159). L'article L. 132-23 est un des textes à travers lequel s'exprime la "positivité" du principe de

(147) M. Sauzet, "De la responsabilité des patrons vis à vis des ouvriers dans les accidents industriels", Rev. crit. de lég. et de jurispr. 1883 ; C. Sainclette, "De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)", Bruxelles, 1884.

(148) V. les arrêts cités en M. Bonnechère, "Le reclassement des inaptes, bon vouloir patronal ou droit des travailleurs ?", Dr. Ouv. 1978. 199. Notamment Soc. 16 juin 1976, B. C. V. n° 377, cas de maladie contractée dans la manipulation de vernis : réparation évaluée à la moitié des indemnités de licenciement et de préavis...

(149) Soc. 11 oct. 1994. B. V. n° 269, ensuite Soc. 28 oct. 1997, D. 1998. J. 220, note C. Radé.

(150) Note précitée.

(151) C. Radé, article précité ; M. Babin et N. Pichon, étude précitée.

(152) Avant que la jurisprudence ne découvre progressivement une obligation de reclassement dans l'article L. 241-10-1 (Soc. 7 avril 1987, Dr. Ouv. 1987. 327 et la note ; Soc. 29 nov. 1989, Dr. Ouv. 1990, et la note ; Soc. 20 mars 1996, Dr. soc. 1996. 686, note J. Savatier), des luttes étaient intervenues, dont la plus remarquable fut l'affaire Ben Lahoucine (TGI. Réf. Nanterre, 21 oct. 1977. Dr. Ouv. 1978. 67 et l'analyse de cette décision dans l'étude précitée (note 148) au Dr. Ouv. 1978. 208).

(153) Avec l'affirmation d'un véritable devoir d'adaptation dans l'arrêt société Exposit du 25 février 1992, D. 1992. 390, note M. Defossez.

(154) L'expression "obligation de reclassement" est utilisée pour la première fois par un arrêt du 8 avril 1992 (Bull. civ. V. n° 258. V. aussi : B. Lardy-Pélissier, "L'obligation de reclassement", D. 1998. 399 ; F. Héas, Le reclassement du salarié en droit du travail, LGD 2000, préf. A. Supiot).

(155) G. Couturier, "Vers un droit du reclassement ?", Dr. soc. 1999. 497.

(156) V. l'intéressante chronique de G. Pignarre, "L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié ; vers une reconnaissance d'une obligation de *praestare* dans le contrat de travail ?" D. 2001 chr. 3547 s.

(157) Pour une analyse critique de cet accord, que n'avaient signé ni Force Ouvrière ni la CGT, v. H. Tissandier, "L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes", Dr. soc. 1997. 1046.

(158) Art. L. 132-23 du Code du travail : "*La convention ou les accords d'entreprise peuvent adapter les dispositions des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celles-ci ou des établissements considérés. La convention ou les accords peuvent comporter des dispositions nouvelles et des clauses plus favorables aux salariés. Dans le cas où des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels viennent à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou accords négociés conformément à la présente section, les dispositions de ces conventions ou accords sont adaptés en conséquence*".

(159) TGI Paris, 14 mai 2002, Dr. Ouv. 2002. 451, note M. Bonnechère ; v. en outre les avis opposés de M. A. Souriac ("L'articulation des accords de branche et d'entreprise : une question de principe (s)") et de P. Rodière ("Pour une autorité mesurée de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise"), publiés à la S.S.L. du 15 juillet 2002 respectivement p. 7 et p. 14.

faveur, ayant un caractère d'ordre public (160). Il interdit d'ignorer que la convention de branche constitue un "plancher" pour l'accord d'entreprise.

D'autre part l'effet impératif de la convention collective échappe à la libre disposition des partenaires sociaux. Loin d'être "hors jeu" parce qu'il ne traite que des "effets des conventions collectives sur le contrat de travail" (161), l'article L. 135-2 (visé par le jugement cité) concrétise la nécessaire intervention de la loi pour donner son impérativité à la convention collective : de cette impérativité, les partenaires sociaux ne peuvent donc pas disposer.

En l'état du droit, une convention collective ne peut pas se déclarer en tout ou partie inapplicable en présence de dispositions différentes résultant d'un accord d'entreprise ou d'établissement, en ne prenant pas position sur le type d'enchaînement qui peut en résulter. Cette architecture n'est pas dépassée : en

faisant obstacle aux renoncements imposés par le discours sur la situation propre de l'entreprise, elle vise la garantie d'un minimum de cohésion sociale.

A travers ces questions portant aussi bien sur le contrat de travail que sur les conventions collectives se joue en fait la signification du droit du travail et de ses sources. Une partie de la doctrine s'inquiète de voir même les droits fondamentaux servir d'alibi (de correctif) à la promotion de la conception la plus libérale du contrat (162), et l'on ne peut que se féliciter de voir la jurisprudence réaffirmer la primauté du social.

La controverse doctrinale a donc un bel avenir en droit du travail. Souhaitons qu'elle gagne en authenticité, donc en profondeur, en évacuant résolument les préjugés et l'idée que le champ doctrinal pourrait être dominé.

Michèle Bonnechère

(160) "Positivité" sur laquelle a enquêté A. Jeammaud dans son article précité. V. aussi M. A. Souriac, avis précité.

(161) Ce que soutient P. Rodière, avis précité.

(162) I. Meyrat ("Droits fondamentaux et droit du travail : réflexion autour d'une problématique ambivalente", Dr. Ouv. 2002. 343) invite à s'interroger sur l'ambiguïté d'une certaine invocation des droits

fondamentaux face aux pratiques de flexibilisation des conditions d'emploi et de main d'œuvre. A noter l'importante question posée par C. Jamin (article précité note 95) : "...le débat à venir n'opposera peut être pas tant les défenseurs du tout-Etat à ceux du tout-contrat que les tenants du couple Etat-social aux promoteurs d'un possible couple marché-droits de l'homme".

Le DROIT OUVRIER

Nous vous rappelons que le site Internet du Droit Ouvrier (rubrique "Presse" du site www.cgt.fr) propose notamment aux lecteurs de la Revue :

- *un classement thématique de tous les articles de doctrine ainsi que de notes de jurisprudence parus depuis 1988 (les rubriques sont les suivantes : Situations d'emploi ; Rupture du contrat de travail ; Représentation collective des salariés ; Négociation et accords collectifs ; Libertés dans l'entreprise et droits fondamentaux ; Conditions de travail ; Conflits individuels et collectifs ; Protection sociale et santé au travail),*
- *une table chronologique et thématique de la jurisprudence européenne publiée et commentée depuis janvier 1994.*

Ces outils, à consulter, imprimer ou télécharger, constituent de précieux compléments aux tables annuelles des matières pour assurer une utilisation efficace de la Revue.

Divers articles sont en outre proposés aux internautes qui ne connaîtraient pas encore la Revue (sur l'accès au droit, le harcèlement moral).

Le site Internet du *Droit Ouvrier* fonctionne grâce au soutien technique du secteur communication de la CGT et en particulier de Jean-Noël Hutin.