

Les ouvrages de droit du travail des années cinquante *

par Benoît GÉNIAUT, Carole GIRAUDET, Chantal MATHIEU,

Doctorants et ATER à l'Université Lumière Lyon 2

P L A N

- I. – Les finalités du droit du travail
- II. – L'entreprise, « un concept nouveau » ?
- III. – Le déclin du contrat de travail
- IV. – L'essor du rôle des syndicats
- V. – La convention collective, loi de la profession

Tout manuel ou traité universitaire tend à diffuser la connaissance d'une branche du droit. Œuvre savante, cette diffusion n'est pas simple description. En systématisant la teneur des règles, en identifiant et traitant des questions de droit, en évaluant les solutions positives et en formulant des propositions *de lege ferenda*, les ouvrages illustrent, au-delà de la *branche* du droit, la *discipline* universitaire qui la prend pour objet (1). On pourrait penser que la constitution d'une discipline universitaire présuppose l'existence d'un corps de règles formant branche au sein du droit de l'Etat. Cependant, la reconnaissance du droit du travail comme authentique branche du droit apparaît comme le résultat d'un processus qui doit beaucoup à l'œuvre des juristes universitaires.

Amorçant ce processus, un décret de 1889 inscrit la législation industrielle au programme des facultés. L'avènement de cette nouvelle matière s'accompagne alors de la publication de deux manuels, celui de Paul Pic, en 1894 (2), et celui de Georges Bry, l'année suivante (3). Ce *corpus* s'enrichira après la Première Guerre mondiale de l'ouvrage de Paul Cuhe et Henri Capitant (4), et de ceux de Georges Scelle (5). En délimitant leur objet d'étude et en s'attachant à en dégager la cohérence, ces ouvrages tendent à promouvoir ce qu'on nommait alors *législation industrielle*. Cette promotion devait trouver un relais important dans la promulgation d'un Code du travail, par quatre livres successifs, de 1910 à 1920. L'accueil réservé à ce code par les juristes fut plutôt sévère : « *Code en trompe l'œil* » ou « *texte de façade* » selon Pic (6), « *prétendu Code du travail* » aux yeux de Cuhe et Capitant (7), « *simple compilation* » pour Georges Scelle (8). Pour autant, si le Code du travail n'a pu instituer à lui seul une nouvelle branche du droit, il a certainement favorisé son identification (9).

Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, l'expression « *droit du travail* » supplante celle de *législation industrielle* dans les nouveaux traités et manuels universitaires. En 1947, Paul Durand publie ainsi, avec la collaboration de René Jaussaud, le premier des trois tomes composant son *Traité de droit du travail* (10) ; le deuxième tome, avec la collaboration de André Vitu, paraît en 1950 (11). Pour justifier et asseoir définitivement la dénomination « *droit du travail* », Durand s'appuie sur l'existence du Code du travail et souligne également l'antériorité des expressions *Arbeitsrecht* et *diritto del lavoro*, courantes dans la langue des juristes allemands et italiens depuis le début du

* Cet article est issu d'une communication présentée au colloque du cinquantenaire de l'Institut d'Etudes du Travail de Lyon, organisé par le Centre de Recherche en Droit Social de l'IETL et l'Association Française de Droit du Travail, les 22 et 23 juin 2001.

(1) Sur cette distinction, voir A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, L'ordonnement des relations du travail, D. 1998, chron., p. 359 ; J. Péliissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 21^e éd., 2002, n° 6, p. 5.

(2) P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Rousseau, 1894. Ce traité a connu six éditions jusqu'en 1930.

(3) G. Bry, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Larose et Tenin, 1895. Six éditions sont parues jusqu'en 1921.

(4) P. Cuhe et H. Capitant, *Précis de législation industrielle*, Dalloz, 1927. Cinq éditions ont été publiées jusqu'en 1939.

(5) G. Scelle, *Le Droit ouvrier, tableau de la législation française actuelle*, Colin, 1^{re} éd. 1922, 2^e éd. 1929 ; *Précis élémentaire de législation industrielle*, Sirey, 1927.

(6) P. Pic, *Traité*, 5^e éd., n° 170 ter, p. 93.

(7) P. Cuhe et H. Capitant, *Précis*, 3^e éd., n° 12 p. 19.

(8) G. Scelle, *Précis*, p. 3.

(9) En ce sens, A. Jeammaud, La codification en droit du travail, *Droits-27*, 1998, p. 161, spéc. p. 168.

(10) P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, Tome I, Dalloz, 1947, 587 p.

(11) P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Tome II, Dalloz, 1950, 1040 p.

XX^e siècle (12). En 1953, la quatrième édition du *Précis* qu'il rédige avec André Rouast s'intitule encore *Législation industrielle* ; l'expression « droit du travail » apparaît seulement en sous-titre (13). Toutefois, aux yeux des auteurs, seule cette dernière est pertinente pour désigner la branche et l'intitulé *Législation industrielle* n'est que concession faite aux programmes officiels universitaires (14). Un an plus tard, l'expression *droit du travail* est adoptée par décret pour désigner la matière académique, promue cours obligatoire de licence (15). De nouveaux ouvrages vont alors se succéder jusqu'à la fin des années cinquante. Le *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale* de M. Gérard Lyon-Caen est publié en 1955 (16). Durand poursuit la publication de son traité : le troisième et dernier tome, écrit en collaboration avec André Vitu, paraît en 1956 (17). La même année, Jean Rivero et M. Jean Savatier publient leur *Manuel de droit du travail* (18). Enfin, en 1958 paraît le *Traité de droit du travail* de André Brun et Henry Galland (19).

Ce changement terminologique est porteur de sens : dans l'ordre des représentations doctrinales, une législation, comprise comme simple série de règles, fait place à un droit. Les ouvrages des années cinquante constituent ainsi le point d'orgue de l'accession du droit du travail au statut de branche de l'ordre juridique. L'harmonie avec laquelle les auteurs identifient cette branche est remarquable. Dans tous les ouvrages, le droit du travail est présenté comme celui qui régit le travail subordonné. Les auteurs, en grande majorité privatistes, excluent de son domaine le régime du travail dans les administrations publiques : seuls sont concernés les rapports de travail privés (20). Dans leur effort pour délimiter la branche, ils soulignent encore la dissociation du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, qu'ils expliquent par l'extension progressive du domaine de la sécurité sociale à d'autres catégories de la population que celle des travailleurs subordonnés (21). Enfin, le *particularisme* du droit du travail est unanimement affirmé (22). L'esprit qui l'anime et les techniques singulières qu'il met en œuvre attestent l'originalité de cet ensemble de règles. Aux yeux des auteurs, les relations du travail requièrent ainsi lois, juridictions et méthodes d'interprétation qui leur sont propres. Tous remarquent cependant que le droit du travail ne peut se construire isolément au sein de l'ordre juridique.

En lui conférant son profil et ses frontières, mais aussi son intérêt, sa légitimité voire sa noblesse, les ouvrages des années cinquante incarnent l'âge classique de la discipline droit du travail. Les différentes thèses proposées par les auteurs sur les finalités du droit du travail (I), le concept d'entreprise (II) et le déclin du contrat de travail (III), ainsi que la confrontation de leur pensée sur les thèmes de l'essor du rôle des syndicats (IV) et de la convention collective, loi de la profession (V), illustrent la vigueur de la discipline dans les années cinquante.

(12) P. Durand et R. Jaussaud, Tome I, n° 10, p. 17.

(13) A. Rouast et P. Durand, *Précis de législation industrielle (Droit du travail)*, Dalloz, 4^e éd., 1953, 631 p. La première édition a été publiée en 1943, la quatrième est la dernière. L'ouvrage devient le *Précis de droit du travail* en 1957, 2^eme éd., 1961 et 3^e éd., 1963.

(14) A. Rouast et P. Durand, n° 3, p. 3.

(15) Décret n° 54-343 du 27 mars 1954, *JCP* 1954, III, n° 18850.

(16) G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ 1955, 458 p.

(17) P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Tome III, Dalloz, 1956, 1125 p.

(18) J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, PUF 1956, 502 p. Treize éditions ont été publiées, jusqu'en 1993.

(19) A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, Sirey 1958, 1053 p. Une seconde édition est parue en 1978.

(20) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 2, p. 4 et n° 174 bis, p. 223 ; A. Rouast et P. Durand, n° 1, p. 1 et n° 65, p. 72 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 3 ; G. Lyon-Caen, n° 18, p. 18 et n° 311, p. 240 ; A. Brun et H. Galland, II-5, p. 200 et III-168, p. 885.

(21) P. Durand et A. Vitu, T. III, *avant-propos*, IX ; J. Rivero et J. Savatier, p. 9 ; G. Lyon-Caen, n° 42, p. 34 ; A. Brun et H. Galland, I-4, p. 12 ; A. Rouast et P. Durand, n° 2, p. 3. Pour autant, une partie des ouvrages de G. Lyon-Caen et de A. Rouast et P. Durand est consacrée à l'étude de la sécurité sociale.

(22) A. Brun et H. Galland, I-131, p. 170 ; P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 201, p. 254 ; A. Rouast et P. Durand, n° 66, p. 73 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 7 ; G. Lyon-Caen, n° 34, p. 27.

I. – Les finalités du droit du travail

« Pour quelles raisons un droit du travail s'est-il formé ? » (23) L'étude de la genèse du droit du travail conduit les auteurs à un même constat. L'interventionnisme étatique du milieu du XIX^e siècle, en réaction à la misère ouvrière (24), rompt avec le parti pris d'abstention adopté jusqu'alors au nom des dogmes de l'individualisme libéral (25). Mais quel sens convient-il d'attribuer à cet interventionnisme ? Quelles sont les finalités du droit du travail ? Deux conceptions différentes sont proposées.

Une même représentation émane des ouvrages de Durand et Jaussaud, Brun et Galland, Rouast et Durand ainsi que Rivero et M. Savatier. Selon ces auteurs, le droit du travail poursuit une « finalité sociale » (26). Le droit du travail est né principalement de la nécessité de protéger la personne du travailleur, qu'il s'agisse de son intégrité physique, de sa dignité ou du caractère humain de sa condition (27). Les auteurs affirment que seul un « droit spécial » (28) pouvait assurer cette protection, le droit commun des contrats se révélant inadéquat pour deux raisons. D'une part, en assimilant le contrat de travail au louage, les rédacteurs du code civil ont adopté « implicitement le concept, si funeste, du travail-marchandise » (29). Or, « ce système matérialiste oubliait que la force de travail émane d'un être humain et qu'elle ne peut être séparée de celui qui la fournit » (30), alors que pour les auteurs le rapport de travail ne porte pas sur une chose mais engage la personne même du travailleur (31). D'autre part, « l'analyse contractuelle » se révélait encore « inexacte » (32) en ce

qu'elle suppose l'égalité des contractants. « Précisément, la condition des parties est inégale » (33) et pour les travailleurs, « la liberté du consentement, en fait, n'existe pas, dans l'immense majorité des cas » (34). L'Etat devait donc, « par sa tutelle, rétablir l'égalité entre les parties » (35) et, « progressivement, la loi est venue limiter le champ de la liberté contractuelle, c'est-à-dire en pratique, le domaine de l'arbitraire de l'employeur » (36).

En protégeant les travailleurs, le droit du travail contribue également à la paix sociale (37), à l'harmonie au sein de la société. Ses progrès évitent que s'instaure un « climat de lutte entre les citoyens » (38). Pour Durand et Jaussaud et Rouast et Durand, le droit du travail y parvient « non seulement parce qu'il apporte, comme toute règle juridique, un certain ordre dans les relations du travail, mais surtout parce qu'il exprime le sentiment de justice du milieu social » (39). Rivero et M. Savatier estiment que le problème social est celui de « la réintégration du monde ouvrier dans la Nation » (40). A cet égard, les auteurs s'accordent à reconnaître l'importance du suffrage universel, « la véritable conquête » de 1848 (41). Comme le remarquent Brun et Galland, « les progrès du droit du travail sont en étroite relation avec la participation des salariés au pouvoir » (42). Ainsi, pour Durand et Jaussaud, « le droit du travail révèle la place nouvelle, prise dans la société, par les masses ouvrières » (43). Cette promotion des travailleurs ne se limite d'ailleurs pas au seul terrain politique : les travailleurs « sont associés, dans

(23) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 19, p. 29 ; A. Rouast et P. Durand, n° 7, p. 8.

(24) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 56, p. 73 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 23 ; G. Lyon-Caen, n° 8, p. 11 ; A. Brun et H. Galland, I-17, p. 28.

(25) Plus que la première loi sociale de 1841, relative au travail des enfants, c'est surtout la révolution de 1848 qui traduit cette rupture avec la période précédente. « La révolution de 1848 met en plein relief l'acuité du problème ouvrier » (J. Rivero et J. Savatier, p. 26). « C'est surtout la révolution de 1848 [...] qui allait pour la première fois poser la question sociale » (G. Lyon-Caen, n° 9, p. 11). « C'est de la révolution de 1848 que date, dans les textes, sinon toujours dans les faits, la rupture avec les conceptions de la période libérale » (P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 83 p. 101). Pour A. Brun et H. Galland, c'est encore « l'insuccès de la révolution » de 1848 qui « rendit plus aiguë la question sociale », « cependant, les mesures sociales, bien qu'éphémères, avaient ouvert la route et l'interventionnisme allait, peu à peu, reprendre le terrain perdu » (I-25, p. 37).

(26) En tant que telle, l'expression est surtout utilisée en parallèle avec « finalité économique » : voir J. Rivero et J. Savatier, p. 15 ; P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 81, p. 100 ; A. Rouast et P. Durand, n° 29, p. 26.

(27) Selon P. Durand et R. Jaussaud, le droit du travail « protège la personne ouvrière dans son intégrité physique, il garantit la dignité du travailleur à l'égard de l'employeur » (T. I, n° 94, p. 115). J. Rivero et J. Savatier estiment que « de lui dépend [...]

le caractère humain ou inhumain de la vie des travailleurs » (p. 14).

(28) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 94, p. 113 ; A. Rouast et P. Durand, n° 28, p. 24.

(29) A. Brun et H. Galland, I-14, p. 25.

(30) A. Brun et H. Galland, I-14, p. 25.

(31) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 94, p. 113 ; A. Rouast et P. Durand, n° 28, p. 24 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 248.

(32) J. Rivero et J. Savatier, p. 158.

(33) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 71, p. 90.

(34) J. Rivero et J. Savatier, p. 158.

(35) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 71, p. 90.

(36) J. Rivero et J. Savatier, p. 158.

(37) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 13, p. 21 ; A. Rouast et P. Durand, n° 5, p. 5 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 14 ; A. Brun et H. Galland parlent de « paix intérieure » (I-1, p. 9).

(38) A. Brun et H. Galland, I-1, p. 9.

(39) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 13, p. 21 ; A. Rouast et P. Durand, n° 5, p. 5.

(40) J. Rivero et J. Savatier, p. 14.

(41) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 86, p. 105 ; A. Rouast et P. Durand, n° 29, p. 27 et n° 72, p. 82 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 21 ; A. Brun et H. Galland, I-21, p. 32.

(42) A. Brun et H. Galland, I-21, p. 32.

(43) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 95, p. 115.

l'entreprise et la profession, à l'organisation sociale ; ils tendent à le devenir dans l'organisation économique » (44). Rouast et Durand concluent alors que « *le droit protecteur tend à faire place à un droit organisateur du travail* » (45).

A cette vision d'un droit à finalité sociale, les auteurs apportent toutefois une nuance. Avec l'avènement du dirigisme économique (46), le droit du travail est devenu un instrument de la politique économique de l'Etat. Tous soulignent ainsi l'apparition d'un droit du travail à « *finalité économique* » (47). A leurs yeux, le phénomène traduit la prise de conscience par les pouvoirs publics des incidences économiques du droit du travail. Utiliser les lois du travail comme moyen d'action économique paraît logique, naturel (48) ou encore normal (49). Durand et Jaussaud remarquent d'ailleurs que les mesures de ce type peuvent « *indirectement améliorer la condition sociale des travailleurs* » (50). Pour Brun et Galland, elles peuvent même procurer une certaine « *stabilité de l'emploi* » (51). Durand et Jaussaud notent toutefois qu'« *entre le droit du travail à finalité traditionnelle, à finalité sociale, et la législation récente, des conflits sont concevables* » ; pour prévenir ces conflits, « *la politique d'économie dirigée devra se garder de méconnaître les droits supérieurs de la personne humaine* » (52). Pour Brun et Galland, c'est un autre danger que comportent les nouvelles dispositions : « *leur développement excessif conduirait à transformer les entreprises privées en services publics* » (53). Les auteurs se rejoignent toutefois dans l'idée d'une solidarité entre l'économique le social (54).

C'est une tout autre lecture du droit du travail que propose M. Lyon-Caen. Selon lui, « *la signification des lois du travail, de l'interventionnisme législatif ne doit pas faire illusion : le législateur n'est pas un arbitre neutre et impartial* » (55). Le droit du travail est un droit qui naît de la revendication des travailleurs. Il est un droit conquis et non octroyé (56). Dès lors, « *ramener le droit du travail à l'histoire des progrès de l'interventionnisme, c'est le défigurer* » (57). M. Lyon-Caen retient plutôt que le droit du travail « *est né de ce fait historique essentiel : la dissociation de la personne du travailleur et de la propriété des instruments de production* » (58). En d'autres termes, le droit du travail « *est lié à une certaine structure sociale et économique : le régime capitaliste* » (59). Partant, « *le droit du travail a une structure dialectique : à un moment donné, il exprime simultanément le régime d'exploitation et les restrictions que la lutte ouvrière oblige à lui apporter* » (60). Dans ces conditions, « *la paix sociale – c'est-à-dire en définitive l'ordre établi – dépend dans une très large mesure de la satisfaction des revendications ouvrières. Le rôle des pouvoirs publics semble être de résister pendant un certain temps à ces revendications et, quand la chose n'est plus possible, d'y faire droit* » (61). Mesures « *démocratiques* » plutôt que « *socialistes* », les lois du travail contribuent à l'amélioration de la condition des ouvriers sans jamais parvenir à modifier les principes du régime économique existant, si radicales soient-elles ; en ce sens, « *le droit du travail est une pièce maîtresse de la démocratie contemporaine* » (62).

M. Lyon-Caen reprend également l'expression « *droit du travail à finalité économique* » pour caractériser la

(44) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 95, p. 115, les auteurs ajoutant que « *le droit moderne se caractérise par le fait que les travailleurs cessent d'être une classe mineure que l'on doit protéger* ».

(45) A. Rouast et P. Durand, n° 27, p. 24.

(46) Ce dirigisme étatique est devenu manifeste, pour les auteurs, avec la charte du travail. Selon J. Rivero et J. Savatier : « *le droit du travail est devenu dès 1936, mais à partir de 1940 surtout, un des moyens les plus efficace de l'orientation de l'économie par l'Etat* » (p. 15). P. Durand et R. Jaussaud T. I, n° 80, p. 98.

(47) A. Rouast et P. Durand, n° 27, p. 23 ; P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 80, p. 98 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 15 ; A. Brun et H. Galland, I-33, p. 47.

(48) A. Rouast et P. Durand, n° 27, p. 24 ; P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 81, p. 99.

(49) J. Rivero et J. Savatier, p. 15.

(50) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 81, p. 100.

(51) A. Brun et H. Galland, I-33, p. 48.

(52) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 81, p. 100. J. Rivero et J. Savatier expriment aussi la crainte que la seule finalité économique ne soit envisagée « *au détriment de la finalité sociale et humaine* » (p. 15).

(53) Et selon eux, « *la jurisprudence s'est précisément efforcée d'endiguer, sur divers points, le courant interventionniste, en protégeant les droits individuels* » (A. Brun et H. Galland, I-33, p. 49).

(54) « *Politique du travail et politique économique sont solidaires* » (P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 17, p. 26). « *Le social et l'économique sont étroitement solidaires l'un de l'autre* » (A. Brun et H. Galland, I-3, p. 10).

(55) G. Lyon-Caen, n° 25, p. 23.

(56) G. Lyon-Caen, n° 16, p. 15.

(57) G. Lyon-Caen, n° 16, p. 15.

(58) L'auteur ajoute : « *là où ce fait originaire a disparu, c'est un autre droit du travail qui existe, dont les fondements sont entièrement distincts* » (n° 16, p. 15). J. Rivero et J. Savatier estiment au contraire que « *partout où s'exerce un pouvoir de commandement sur les travailleurs, que ce soit au nom des propriétaires capitalistes ou de la collectivité, le risque d'arbitraire subsiste, et le droit du travail demeure nécessaire pour le conjurer* » (p. 13).

(59) G. Lyon-Caen, n° 2, p. 7, « *Le droit du travail est l'enfant de la production capitaliste* » (G. Lyon-Caen, n° 39, p. 30).

(60) G. Lyon-Caen, n° 21, p. 20.

(61) G. Lyon-Caen, n° 38, p. 30.

(62) G. Lyon-Caen, n° 16, p. 16. « *Finalement, le droit du travail apparaît dans sa formation historique comme une série d'avantages conquis par la classe ouvrière sur le patronat et sur l'Etat, en conséquence de sa lutte économique ou politique, - avantages souvent perdus et regagnés, qui contribuent à améliorer sa condition, sans jamais parvenir à la transformer radicalement* » (G. Lyon-Caen, n° 17, p. 16).

législation récente (63). Mais selon lui, « *il y a deux exigences en sens contraire qui s'exercent dans l'élaboration du droit du travail : l'exigence sociale, celle du respect humain du travailleur, et l'exigence économique, celle de la rentabilité des entreprises* » ; ainsi, « *toute loi sociale limite le profit* » (64). Et l'auteur de constater que « *dans les circonstances présentes, il est manifeste qu'il n'y a non pas une conciliation de ces exigences opposées, mais une primauté de l'économique sur le social* » (65).

Les prises de position sur les finalités du droit du travail ne manquent pas de transparaître sur quelques thèmes particuliers. La conception de la grève fournit une illustration remarquable de la divergence de points de vue entre M. Lyon-Caen et ses collègues. Ces derniers soulignent avant tout la gravité des grèves, par leurs conséquences économiques et sociales (66). Ils reconnaissent volontiers que la grève fut par le passé la seule arme permettant aux salariés d'obtenir de meilleures conditions de travail (67). Mais la grève est en voie de dépassement (68). D'une part, les progrès de la législation sociale devraient limiter la nécessité du recours à un tel procédé (69). D'autre part, des techniques plus évoluées devraient le supplanter, à commencer par les modes de règlement pacifique des conflits. En effet, la grève constitue, selon l'expression de

Rivero et M. Savatier, une technique « *rudimentaire* » digne des « *droits primitifs* » (70). Épreuve de force à l'état pur, elle s'apparente à la guerre entre les États (71). Si un passage du fait de grève au droit de grève s'est opéré avec la Constitution de 1946, cette consécration traduit surtout « *la reconnaissance juridique de cette liaison entre la plus grande force et le droit* » (72). Durand et Vitu, sur ce point, sont plus mesurés et récusent l'assimilation de la grève à la guerre en raison de la consécration du droit de grève (73). Les auteurs partagent toutefois l'idée d'un nécessaire encadrement de l'exercice de ce droit, en attendant son dépassement prochain (74).

M. Lyon-Caen retient, quant à lui, que « *la grève se déroule aujourd'hui de façon parfaitement disciplinée et ordonnée* », les salariés sachant que « *leur force réside dans le nombre (...) et non dans la violence* » (75). Mais surtout, de son point de vue, la grève est inhérente au régime capitaliste en place. « *En présence de l'exploitation de la force humaine de travail, la grève apparaît comme une sorte de droit de légitime défense, comme une lutte pour le droit* » (76). Ce sont d'ailleurs les travailleurs qui ont fait inscrire le droit de grève dans la Constitution de 1946, par l'intermédiaire de leurs représentants (77).

II. – L'entreprise, « un concept nouveau » ? (78)

En tant que cadre des rapports de travail, l'entreprise se voit consacrer, dans tous les ouvrages, un chapitre particulier (79). L'exposé des pouvoirs patronaux et de la

représentation du personnel dans l'entreprise forme alors le corps de ce chapitre (80). L'ouvrage de M. Lyon-Caen présente cependant une particularité : le chapitre relatif

(63) G. Lyon-Caen, n° 40 p. 31. L'auteur retient que, « *dès les premières interventions législatives et gouvernementales, la tentation était grande pour les pouvoirs publics de se servir des lois du travail à des fins, non plus sociales, mais économiques* » (n° 40 p. 31).

(64) G. Lyon-Caen, n° 40, p. 31.

(65) G. Lyon-Caen, n° 40, p. 31.

(66) J. Rivero et J. Savatier, p. 180 ; P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 259, p. 796 ; A. Rouast et P. Durand, n° 219, p. 285 ; A. Brun et H. Galland, III-166, p. 884.

(67) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 248, p. 698 ; P. Durand et A. Vitu vont même jusqu'à lui reconnaître une certaine « *valeur éthique* », parce que les salariés acceptent la perte de leur gain (T. III, n° 309, p. 898).

(68) Selon A. Brun et H. Galland, la disparition de la grève est même l'idéal à atteindre (III-172, p. 902).

(69) Le phénomène de la grève étant dû à une défaillance du législateur dans son rôle d'arbitre selon J. Rivero et J. Savatier (p. 180).

(70) J. Rivero et J. Savatier, p. 162.

(71) J. Rivero et J. Savatier, p. 162 ; A. Brun et H. Galland, III-166, p. 881.

(72) J. Rivero et J. Savatier, p. 162-163.

(73) Cette assimilation laisse à penser selon eux que « *la grève serait un acte antijuridique* » ; or « *on peut critiquer, si on le veut, sur le terrain politique, l'opportunité de la conception du droit français ;*

on ne peut nier l'existence d'un droit de grève dans notre droit positif » (P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 253 p. 714).

(74) Il s'agit, selon A. Brun et H. Galland, de « *rendre le combat social moins meurtrier* » (III-172 p. 902).

(75) G. Lyon-Caen, n° 119, p. 96 ; l'auteur rejette alors la comparaison entre guerre et grève.

(76) G. Lyon-Caen, n° 119, p. 96.

(77) G. Lyon-Caen, n° 15, p. 14.

(78) G. Lyon-Caen, n° 288, p. 221.

(79) Ainsi, P. Durand et R. Jaussaud consacrent à l'entreprise un chapitre, « *L'entreprise et l'établissement* » (T. I, p. 404 et s.), qui s'insère dans une partie relative aux « *Cadres des relations de travail* » (p. 265 et s.). Le manuel de J. Rivero et J. Savatier offre une structure similaire, un chapitre intitulé « *L'entreprise* » (p. 85 et s.) est logé dans la partie : « *Les cadres institutionnels des relations du travail* » (p. 45). On retrouve encore dans l'ouvrage de G. Lyon-Caen un chapitre dénommé : « *L'entreprise comme cadre des rapports de travail* » (p. 221 et s.). Cependant, le terme de cadre pour désigner l'entreprise n'apparaît ni dans le titre « *L'entreprise et ses institutions collectives* » (p. 763 et s.) de l'ouvrage de A. Brun et H. Galland, ni dans le précis de A. Rouast et P. Durand qui contient un chapitre relatif à « *L'entreprise et le droit du travail* » (p. 99 et s.).

(80) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 247 et s. p. 422 et s. ; A. Rouast et P. Durand, n° 94 et s., p. 111 et s. ; Rivero et Savatier, p. 95 et s., A. Brun et H. Galland, n° III-81 bis, p. 766 et s.

à l'entreprise traite uniquement des pouvoirs patronaux (81). Les développements concernant le comité d'entreprise et les délégués du personnel sont regroupés sous un titre intitulé « *le contrôle ouvrier de l'entreprise* » (82), titre inséré dans une première partie consacrée aux droits sociaux tels qu'énoncés par le préambule de la Constitution de 1946 (83). La structure singulière du manuel de M. Lyon-Caen ne paraît pas sans lien avec sa position dans un débat qui semble central à l'époque : l'entreprise est-elle une institution ?

Pour Durand et Jaussaud et Rouast et Durand, l'entreprise est une « *réalité sociale et juridique* » (84) : elle se présente, dans le droit du travail, « *sous les traits d'une institution* » (85). L'entreprise est analysée comme une société hiérarchique devant assurer le bien commun de tous ses membres (86), elle est une « *communauté de travail* » (87). M. Lyon-Caen s'oppose fermement à cette « *théorie de l'entreprise* » (88), il dénonce la « *mystification consciente ou inconsciente* » (89) qu'elle opère en tendant à « *atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts* » (90). Il conteste l'existence même d'une notion juridique d'entreprise : « *l'entreprise n'est qu'un ensemble de contrats de travail* » (91) ; il reconnaît cependant une notion économique d'entreprise (92).

Les autres ouvrages livrent des positions plus nuancées. Brun et Galland expliquent que « *sans abandonner le contrat et sans tomber dans les excès de la théorie institutionnelle (...) il apparaît indéniable que l'entreprise a une place dans la construction du droit du travail (...)* » (93). Ils pointent les dangers d'une théorie institutionnelle qui « *poussée à l'extrême, (...) risquerait*

d'amoindrir de façon excessive les pouvoirs du chef d'entreprise et d'aboutir soit à l'anarchie, soit à l'étatisme (...) » (94). Rivero et M. Savatier estiment que le droit positif attache des conséquences essentielles à la notion d'entreprise, il est ainsi indispensable de la définir (95). Pour eux, trois éléments suffisent à l'identifier : une tâche à exécuter, une autorité conduisant cette exécution, un personnel en assurant la réalisation (96). Leur définition ne contient aucune référence à l'idée communautaire, pourtant ils admettent que « *c'est elle qui paraît caractériser le plus exactement les orientations du droit positif : elle anticipe davantage qu'elle ne déforme* » (97). Ce débat sur la représentation de l'entreprise trouve des prolongements dans les discussions relatives au fondement des pouvoirs patronaux et à la participation des salariés.

Durand et Jaussaud et Rouast et Durand voient dans les pouvoirs patronaux des prérogatives finalisées inhérentes à la qualité de chef d'entreprise qui trouvent leur fondement dans les responsabilités qu'assume l'entrepreneur (98). M. Lyon-Caen rétorque « *qu'en réalité les prérogatives patronales résultent d'une part de l'absolutisme du droit de propriété (...), d'autre part, de l'état de subordination dans lequel le contrat de travail place par définition même l'ouvrier* » (99) et il affirme le caractère « *entièrement discrétionnaire* » (100) des pouvoirs patronaux. Le pouvoir est présenté, par Rivero et M. Savatier, comme un phénomène général qui existe dans tout groupement organisé, telles les administrations ; il serait donc inexact d'expliquer les pouvoirs du chef d'entreprise par le seul contrat (101). La structure hiérarchique de l'entreprise leur semble

(81) Ce chapitre est inclus dans la deuxième partie de l'ouvrage intitulée « *Le statut du travailleur* », p. 177 et s.

(82) G. Lyon-Caen, n° 169, p. 134 et s.

(83) G. Lyon-Caen, « *Les droits sociaux* », n° 43 et s., p. 35 et s.

(84) A. Rouast et P. Durand, n° 85, p. 100, P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 335, p. 405.

(85) A. Rouast et P. Durand, n° 86, p. 100, P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 339, p. 412.

(86) A. Rouast et P. Durand, n° 94, p. 112, P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 347, p. 422.

(87) A. Rouast et P. Durand, n° 85, p. 100, P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 335, p. 405.

(88) G. Lyon-Caen utilise l'expression *théorie de l'entreprise* pour désigner la pensée de Durand, (n° 289, p. 222) mais c'est ainsi que Durand l'a lui-même présentée, voir notamment P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 335, p. 405.

(89) G. Lyon-Caen, n° 291, p. 223.

(90) G. Lyon-Caen, n° 291, p. 223.

(91) G. Lyon-Caen, n° 291, p. 224 ; il précise cependant : « *si l'on fait abstraction de l'art. 23, 7°, livre Ier C.tr. (continuation des contrats de travail en cas de cession de l'entreprise), de la loi sur les comités d'entreprise et de la législation fiscale, le droit français ignore le concept d'entreprise* » (n° 288, p. 221).

(92) G. Lyon-Caen, n° 288, p. 221.

(93) A. Brun et H. Galland, n° I-138, p. 176.

(94) A. Brun et H. Galland, n° III-81, p. 764.

(95) J. Rivero et J. Savatier, p. 87.

(96) J. Rivero et J. Savatier, p. 88 ; ils donnent aussi cette définition de l'entreprise : « *il y a entreprise là où un certain nombre de travailleurs poursuivent l'accomplissement d'une activité commune, sous l'autorité d'un organe investi du pouvoir de direction* » (p. 88).

(97) « *On conclura donc que l'entreprise, si elle réunit les éléments objectifs qui fondent une communauté, et ne saurait dès lors se réduire à une simple juxtaposition de contrats individuels de travail, ne saurait encore, étant donné le développement incomplet de ces éléments objectifs, et la faiblesse des éléments subjectifs également nécessaires pour qu'une communauté existe, se définir par cette notion. Toutefois, c'est elle qui paraît caractériser le plus exactement les orientations du droit positif : elle anticipe davantage qu'elle ne déforme* » (J. Rivero et J. Savatier, p. 93).

(98) A. Rouast et P. Durand, n° 88, p. 102, n° 94, p. 111 et n° 95, p. 113 ; P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 340, p. 413, n° 347, p. 422 et n° 348, p. 423.

(99) G. Lyon-Caen, n° 202, p. 224.

(100) G. Lyon-Caen, n° 202, p. 224.

(101) J. Rivero et J. Savatier, p. 107.

découler « des nécessités techniques de l'organisation du travail » (102). Mais ces auteurs ajoutent aussitôt que c'est, en règle générale, le contrat de travail qui place le salarié sous l'autorité du chef d'entreprise (103). Enfin, Brun et Galland tentent d'allier les deux conceptions (104). Ainsi écrivent-ils que les mesures du règlement intérieur « s'agglutinent aux contrats individuels de travail et feront la loi des parties » (105).

Malgré cette controverse, des analyses convergentes peuvent être relevées. Durand et Jaussaud, Rouast et Durand, M. Lyon-Caen, Rivero et M. Savatier regrettent l'absence d'un contrôle juridictionnel de la proportionnalité de la sanction à la faute (106). M. Lyon-Caen note que, sur ce point, le contrôle s'impose, que l'on soit tenant de la thèse contractuelle ou de la thèse institutionnelle (107). Toutefois, Brun et Galland préfèrent insister sur la nécessité de créer des conseils de discipline (108). Plus généralement, tous soulignent l'encadrement (109) et les limites (110) du pouvoir de l'employeur. Ils remarquent l'évolution de l'entreprise qui, d'une monarchie absolue, est devenue une monarchie constitutionnelle (111) et qui tendrait même vers une démocratie (112). L'expression la plus manifeste de cette évolution serait l'institution des délégués du personnel et des comités d'entreprise.

En étudiant ces institutions, les auteurs soulèvent la question du personnel de l'entreprise (113). Certains affirment clairement l'existence d'une collectivité particulière formée par l'ensemble des salariés de l'entreprise, collectivité qui s'exprime par l'intermédiaire de ses représentants (114). Pour la majorité des auteurs, l'esprit de collaboration doit présider aux relations entre le chef d'entreprise et les comités d'entreprise (115). Durand et Jaussaud présentent ces comités comme des « organes de la communauté d'entreprise » (116). M. Lyon-Caen développe une tout autre conception : ces institutions sont « des instruments juridiques de défense entre les mains des travailleurs » (117).

Plus généralement, l'idée d'association du capital et du travail divise les auteurs. Selon M. Lyon-Caen, cette idée a « un caractère frauduleux » (118). Pour Rouast et Durand et Durand et Jaussaud, Rivero et M. Savatier, cette question doit s'inscrire dans le cadre d'une réforme de l'entreprise, d'une transformation de sa structure (119). Durand et Jaussaud se montrent cependant assez réticents face à une participation des salariés qui prendrait essentiellement la forme de l'actionnariat au détriment d'une participation directe (120). Brun et Galland estiment que la solution doit être recherchée dans une conciliation entre l'autorité du chef d'entreprise et la participation des salariés à la direction (121).

(102) J. Rivero et J. Savatier, p. 107.

(103) J. Rivero et J. Savatier, p. 107.

(104) A. Brun et H. Galland : pour le pouvoir de direction (n° III-98, p. 783), pour le pouvoir réglementaire (n° III-92, p. 774), la thèse institutionnelle semble en revanche être seule retenue pour le pouvoir disciplinaire (n° III-93, p. 77).

(105) A. Brun et H. Galland, n° III-90, p. 773.

(106) P. Durand et R. Jaussaud, T. I n° 365, p. 447 ; A. Rouast et P. Durand, n° 103, p. 124 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 105 ; G. Lyon-Caen, n° 306, p. 234.

(107) G. Lyon-Caen, n° 306, p. 234.

(108) « Une organisation judiciaire de l'entreprise commanderait de créer des Conseils de discipline à composition paritaire sous le contrôle de l'autorité judiciaire » (A. Brun et H. Galland, n° III-97, p. 780).

(109) Il s'agit généralement de l'encadrement législatif mais sont aussi visés les conventions collectives, le contrat individuel de travail (G. Lyon-Caen, n° 293, p. 225) et le règlement intérieur (J. Rivero et J. Savatier, p. 96 ; A. Brun et H. Galland, n° III-92 et s., p. 766 et s. ; A. Rouast et P. Durand, n° 99 et p. 117 ; P. Durand et R. Jaussaud, T. I n° 350, p. 425 et s.).

(110) Il est alors principalement question du respect de la vie privée selon l'expression de G. Lyon-Caen (n° 294, p. 225) et de A. Brun et H. Galland (n° III-96, p. 779) ; ou de la vie personnelle pour Rivero et Savatier (p. 97) ou encore de la vie du travailleur hors de l'établissement selon A. Rouast et P. Durand (n° 99, p. 118) et P. Durand et R. Jaussaud (T. I, n° 356, p. 434).

(111) A. Brun et H. Galland, n° III-81bis, p. 766 ; G. Lyon-Caen, n° 172, p. 136.

(112) J. Rivero et J. Savatier, p. 94.

(113) Les auteurs utilisent le terme « personnel » pour désigner l'ensemble des salariés d'une entreprise : A. Brun et H. Galland (III-81 p. 763), G. Lyon-Caen (n° 171, p. 135), cet auteur emploie cependant plus volontiers les termes de représentants des travailleurs ou des ouvriers que celui de représentants du personnel ; A. Rouast et P. Durand (n° 89, p. 103), P. Durand et R. Jaussaud (T. I, n° 342, p. 415) ; Rivero et Savatier (p. 90). Dans ces trois derniers ouvrages, le vocable « personnel » renvoie aussi à un élément constitutif de l'entreprise.

(114) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 369, p. 454 ; A. Rouast et P. Durand, n° 105, p. 126 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 108 ; A. Brun et H. Galland, III-99, p. 785.

(115) Pour A. Rouast et P. Durand, il s'agit d'un « organe de collaboration » (n° 112, p. 135) ; J. Rivero et J. Savatier expliquent que l'institution des comités d'entreprise « tend à une collaboration » (p. 118) ; A. Brun et H. Galland, III-101, p. 788.

(116) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 374, p. 463.

(117) G. Lyon-Caen, n° 171, p. 135.

(118) G. Lyon-Caen, n° 171, p. 135.

(119) A. Rouast et P. Durand, addendum 1954, n° 105, p. 3 ; P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 365, p. 454-455 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 128.

(120) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 424, p. 519.

(121) A. Brun et H. Galland, n° III-99, p. 786.

III. – Le déclin du contrat de travail

Si l'expression *déclin du contrat*, utilisée par tous les auteurs (122), désigne essentiellement la prééminence du *statut* (123) sur le contrat, elle évoque également un débat, ouvert par Durand, sur le fondement même du rapport de travail.

Un consensus se dégage pour constater que le contrat se vide progressivement de son contenu (124). La loi et la convention collective deviennent les principales sources des droits et obligations des parties. Pour les auteurs, le déclin du contrat est manifeste. Les conditions d'embauchage cessent d'être débattues, les dispositions législatives et conventionnelles tissent un maillage si étroit que le rôle de la volonté individuelle se bornerait « presque à s'y soumettre » (125). Le contrat est réduit à un simple « acte conditionnel » (126), à la simple acceptation d'un statut (127). Pour autant, il ne s'agit pas de dénier aux parties toute faculté d'aménagement par voie contractuelle. Le contrat conserve, pour tous, un rôle d'individualisation et d'amélioration des conditions de travail. Non seulement, il détermine l'application individuelle du statut, mais il permet d'y déroger par des clauses plus favorables (128). Sans être expressément défini, le terme *statut* semble renvoyer à la loi et aux conventions collectives. Certains vont plus loin en visant

l'ensemble du droit d'origine professionnelle, incluant ainsi les usages ou le règlement intérieur (129).

Durand prolonge le constat du déclin du contrat en tentant de transposer en droit français « les principes sur lesquels repose la théorie allemande de la relation de travail » (130) (*Arbeitsverhältnis*). Selon cette théorie, la relation se noue par la seule entrée du travailleur dans l'établissement patronal, par son incorporation dans la communauté (131). Pour Durand, cette incorporation dans la communauté n'est rien d'autre que l'adhésion à l'institution (132). Il considère, en effet, que « sous une terminologie différente, le concept de communauté organisée, sur laquelle repose la théorie de la relation de travail se confond avec celui d'institution, familier à la doctrine française » (133). Il précise cependant que « la théorie juridique de l'entrée dans la communauté » (134) reste à faire et propose une combinaison du contrat et de l'institution (135). Il ne faut pas opposer (136) mais « plutôt associer les deux idées du contrat et de l'institution » (137). Ainsi, la cause juridique de l'entrée dans la communauté doit se trouver dans un accord de volonté, un contrat présenté comme la marque du respect de la personne et de ses libertés (138). L'adhésion au statut de l'institution se produit ensuite, « l'application de

(122) A. Brun et H. Galland, I-138, p. 174 ; G. Lyon-Caen, n° 238, p. 187 et n° 240 p. 189 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 312 ; P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 118, p. 207 ; A. Rouast et P. Durand, n° 273, p. 352.

(123) Le terme *statut* est reçu par tous les auteurs à l'exception de A. Brun et H. Galland. La seconde partie de l'ouvrage de G. Lyon-Caen est intitulée « Le statut du travailleur » (n° 226, p. 177) ; voir aussi J. Rivero et J. Savatier, p. 312 ; P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 118, p. 207 ; A. Rouast et P. Durand, n° 273, p. 352.

(124) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 118, p. 207 ; G. Lyon-Caen, n° 240, p. 189 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 313 ; A. Brun et H. Galland, I-142, p. 179 ; A. Rouast et P. Durand, n° 273, p. 352.

(125) J. Rivero et J. Savatier, p. 312. P. Durand et A. Vitu constatent pour leur part que « le contenu du contrat s'amenuise progressivement, il ne relève presque plus de l'autonomie des parties. Il est l'œuvre de lois, de décrets, de règlements intérieurs, de conventions collectives parfois même d'usages impératifs » (T. II, n° 118, p. 207, voir aussi T. III, n° 147, p. 414). A. Rouast et P. Durand, n° 273, p. 352.

(126) G. Lyon-Caen, n° 230, p. 179.

(127) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 118, p. 207 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 312.

(128) P. Durand et A. Vitu estiment que « le contrat permet de déterminer le contenu des rapports de travail et d'instituer un régime plus favorable que le statut de droit commun. Le rôle du contrat est de faire entrer le travailleur dans la société professionnelle, de déterminer l'application individuelle d'une situation institutionnelle, de préciser la durée de l'appartenance à l'établissement, de compléter les règles résultant du droit de l'institution » (T. II, n° 120, p. 210). J. Rivero et J. Savatier expliquent que « les droits et obligations des parties à la relation de travail continuent de dépendre, dans une mesure appréciable, de leur volonté commune. Les contrats individuels

peuvent y déroger [à la réglementation légale et aux conventions collectives] par des clauses plus favorables. (...) Si poussée que soit la réglementation, elle ne peut tout prévoir et laisse certaines zones à la liberté des parties. Enfin, l'adaptation du statut à chaque cas particulier exige souvent un accord des contractants » (p. 315). Voir encore A. Brun et H. Galland, I-143, p. 179 ; A. Rouast et P. Durand, n° 274 p. 353.

(129) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 118, T. I, n° 119 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 312.

(130) « Aucun obstacle grave n'empêche la transposition, en droit français, des principes sur lesquels repose la théorie de la relation de travail » (P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 119, p. 209). Pour un exposé plus succinct de la théorie voir A. Rouast et P. Durand n° 273, p. 352.

(131) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 119, p. 209.

(132) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 119, p. 210.

(133) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 119, p. 210.

(134) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 119, p. 210.

(135) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 120, p. 210.

(136) « Entre l'institution et le contrat, il n'y a donc pas d'opposition » (P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 121, p. 213).

(137) A. Rouast et P. Durand, n° 274 p. 353.

(138) « Quel que soit le déclin du contrat, il n'est pas sans danger de rejeter une catégorie juridique dont les siècles ont éprouvé la valeur, pour la remplacer par une forme nouvelle, aux contours imprécis, et qui peut prêter à toutes les fantaisies individuelles. (...) La cause de l'adhésion se trouve normalement dans un accord de volonté. De ce point de vue, l'importance attachée au contrat a une valeur psychologique. Le contrat manifeste l'engagement de deux volontés, libres. L'attachement au contrat marque à la fois le respect des droits de la personne et la répugnance pour les mesures autoritaires d'emploi de la main d'œuvre » (P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 120, p. 210). Pour une position identique voir : A. Rouast et P. Durand, n° 272, p. 353.

ce statut étant subordonnée, pour certains de ses éléments, à l'entrée effective dans l'établissement patronal » (139). Les autres auteurs rejettent la théorie de la relation de travail, certains vivement, d'autres avec nuances. S'ils reconnaissent que cette approche permet d'expliquer certaines solutions du droit positif, ils restent profondément attachés au contrat (140). Pour M. Lyon-Caen, la thèse de la relation de travail est « dangereuse » (141). Le recours au contrat assure un plus grand respect de la personne du travailleur, il « implique l'existence de la liberté humaine du travailleur, au moins sur le plan juridique » (142). De même, pour Rivero et M. Savatier, la base contractuelle est indispensable pour sauvegarder la liberté individuelle mais également la liberté économique (143). Brun et Galland, présentent le contrat comme une garantie à la

liberté, son abandon risquant de conduire « au totalitarisme juridique » (144).

Malgré le diagnostic d'un déclin du contrat, l'étude du licenciement ou congédiement reste logée dans les développements consacrés au contrat et ne sont pas reportés au sein de ceux relatifs au pouvoir (145). Le congédiement est présenté par les auteurs comme l'exercice d'une prérogative contractuelle susceptible d'abus (146). Tous mettent en avant le risque d'un congédiement arbitraire (147) et les discussions qui entourent la rupture portent notamment sur l'étendue du contrôle judiciaire. Ils remarquent que les tribunaux retiennent une approche extensive de la faute de l'employeur en ne réduisant pas l'abus à la seule intention de nuire (148). A l'occasion de ces discussions, ils précisent néanmoins que l'intérêt de l'entreprise, dont

(139) P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 120, p. 212 ; A. Rouast et P. Durand, n° 274 p. 353.

(140) Selon A. Brun et H. Galland : « La thèse conduit à des résultats plus équitables que ceux découlant de la conception contractuelle (...) le concept nouveau est en harmonie avec une tendance de la législation contemporaine qui abandonne sur divers points les solutions contractuelles » (142, p. 179). J. Rivero et J. Savatier, p. 312.

(141) G. Lyon-Caen, n° 291, p. 223.

(142) G. Lyon-Caen, n° 227, p. 178 et n° 288, p. 221, n° 290 s, p. 222.

(143) « On ne se passe pas si aisément d'une technique élaborée au cours des siècles, ni d'un principe de droit naturel comme celui qui veut que l'homme soit tenu par ses promesses ». (p. 315) « Même limitée à l'adhésion à un statut (...) cette base contractuelle à une grande importance pour la sauvegarde la liberté individuelle et de la liberté économique. Tant que le principe de la liberté du travail gardera un sens, on ne voit pas comment elle serait abandonnée » (J. Rivero et J. Savatier, p. 314).

(144) « Pendant malgré ces arguments favorables, la thèse de la relation de travail ne doit pas, à notre avis, éliminer le vieil édifice contractuel. (...) L'incorporation dans une entreprise est précédée d'une entente préalable. Il y a adhésion simultanée à une institution, dit-on, mais n'est ce pas traduire en termes différents l'idée classique d'accord de volonté. (...) l'abandon du contrat présenterait un grave danger, il risquerait de conduire au totalitarisme juridique. Le contrat apporte une garantie de liberté, si du moins les partenaires traitent sur un pied d'égalité, puisqu'ils établiront eux-mêmes des règles à leur commune convenance » (A. Brun et H. Galland, I-142, p. 179).

(145) A. Brun et H. Galland étudient la rupture du contrat dans le titre VI de leur seconde partie intitulée « Les rapports individuels de travail, le contrat de travail » (p. 519) et les pouvoirs du chef d'entreprise dans le titre III de leur troisième partie intitulée « Les rapports collectifs de travail » (p. 766). J. Rivero et J. Savatier exposent les pouvoirs du chef d'entreprise dans la première partie intitulée « Les cadres institutionnels des relations de travail », (p. 95) alors que la rupture est étudiée dans la troisième partie (p. 439), à la suite de la conclusion du contrat de travail. P. Durand et A. Vitu analysent la rupture dans le tome II, dans un Chap. III, intitulé « La cessation des relations du travail » (p. 836) alors que la question des pouvoirs du chef d'entreprise est abordée dans le tome I écrit en collaboration avec R. Jaussaud dans un chapitre relatif à l'entreprise (p. 404). G. Lyon-Caen étudie la rupture dans un chapitre I intitulé « Le

contrat comme cadre des rapports de travail » (p. 202) et les prérogatives du chef d'entreprise dans un chapitre II intitulé « L'entreprise comme cadre des rapports de travail » (p. 221). A. Rouast et P. Durand étudient la rupture dans le chapitre II consacré au contrat de travail, situé dans la seconde partie : « Les rapports individuels du travail » (p. 413) et les pouvoirs du chef d'entreprise sont présentés dans la première partie dans un chapitre intitulé : « L'entreprise dans le droit du travail » (p. 99).

(146) La rupture est présentée comme un droit de résiliation unilatérale : A. Brun et H. Galland, II-275, p. 543 ; P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 445, p. 839 et n° 460, p. 866 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 452 ; A. Rouast et P. Durand, n° 350, p. 423.

(147) G. Lyon-Caen, n° 262, p. 203 et n° 269, p. 207 ; A. Brun et H. Galland, II-275, p. 543 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 461 ; P. Durand, T. II, n° 468, p. 878 ; A. Rouast et P. Durand, n° 351, p. 424.

(148) Selon J. Rivero et J. Savatier : « la Cour de cassation en arrive, par la manière extensive dont elle admet la faute de l'employeur, à ouvrir très largement l'action en dommages-intérêts du travailleur congédié » (p. 464). G. Lyon-Caen estime quant à lui que « dès la fin du XIX^e la Cour de cassation décidait que l'abus du droit de résiliation unilatérale ne se reconnaissait pas seulement à l'intention de nuire qui animait l'employeur mais aussi à l'existence d'une faute quelconque commise par ce dernier » (n° 271, p. 208). Enfin P. Durand et A. Vitu livrent l'analyse suivante : « la jurisprudence considérait comme un abus de droit toute faute, même non intentionnelle, dans l'exercice du droit de résiliation » (T. II, n° 462 p. 870), voir aussi P. Durand et A. Vitu T. II, n° 460, p. 866 et n° 465, p. 872 ; A. Rouast et P. Durand, n° 351, p. 425 ; A. Brun et H. Galland, II-293, p. 566.

(149) Pour G. Lyon-Caen : « au total, ce qui justifie pleinement le prononcé d'un licenciement, c'est l'intérêt de l'entreprise, lato sensu, c'est à dire en définitive, l'intérêt de l'employeur qui en est propriétaire, puisqu'il est seul juge de l'intérêt de l'entreprise » (G. Lyon-Caen, n° 273, p. 210). A. Brun et H. Galland soulignent qu'« un critère du motif illégitime des congédiements paraît se dégager peu à peu, sans qu'on puisse toutefois lui attribuer une valeur absolue. C'est l'absence d'intérêt professionnel » (A. Brun et H. Galland, II-297, p. 572, voir aussi II-295 p. 569). Selon P. Durand et A. Vitu, « le motif légitime repose toujours au fond sur une même notion : l'intérêt de l'entreprise dont l'employeur est considéré comme seul juge dans notre droit actuel » (P. Durand et A. Vitu, T. II, n° 467, p. 876). Voir aussi J. Rivero et J. Savatier, p. 464.

l'employeur est seul juge, justifie le congédiement (149). M. Lyon-Caen dénonce alors l'imperfection, voire la mystification, du contrôle et met en relief ses insuffisances (150). Brun et Galland dénoncent au contraire les risques d'arbitraire judiciaire dans l'appréciation de

l'abus. Ils redoutent qu'un contrôle plus approfondi aboutisse à supprimer le droit de résiliation unilatérale de l'employeur et considèrent l'intérêt de l'entreprise comme un « *procédé d'auto-limitation qui contrebalance* » le pouvoir du juge (151).

IV. - L'essor du rôle des syndicats

Dans tous les ouvrages, la liberté syndicale irrigue la présentation du droit syndical (152). Sa consécration constitutionnelle est unanimement saluée par les auteurs (153), M. Lyon-Caen la qualifiant de « *liberté démocratique fondamentale* » (154), Rivero et M. Savatier soulignant qu'elle se situe dans la tradition des droits de l'Homme (155).

En retraçant l'évolution du droit syndical, les auteurs mettent en relief la naissance spontanée des groupements (156) et l'extension progressive de leurs pouvoirs (157). En l'espace d'un siècle et demi, les syndicats sont passés d'une interdiction absolue à une tolérance de fait, avant d'être légalement reconnus (158)

pour devenir enfin, selon les auteurs, les instruments de l'organisation de la profession (159) voire les organes de la profession (160).

Les auteurs remarquent que ce nouveau rôle des syndicats dans l'organisation de la profession a rendu impossible le maintien de l'égalité entre syndicats (161) : « *il est rapidement apparu nécessaire de définir dans quelle mesure un syndicat pouvait être reconnu apte à représenter la profession* » (162). Ainsi, une catégorie particulière de syndicats, les organisations syndicales les plus représentatives, s'est vue reconnaître des prérogatives singulières. Cette rupture d'égalité, qui porte atteinte la liberté syndicale, est néanmoins jugée

(150) « *On voit donc ce qui reste d'imperfection, et même de mystification, dans ce contrôle des motifs du congédiement* » (G. Lyon-Caen, n° 273, p. 211).

(151) A. Brun et H. Galland expliquent que « *la rupture abusive affaiblit le principe de la rupture unilatérale et serait de nature, si elle ne comportait pas des limitations, à le paralyser, car l'abus implique une appréciation psychologique sujette à des variations selon les circonstances* » (II-291 p. 565). Ils précisent encore : « *l'abus des droits comporte en soi un risque d'arbitraire judiciaire* » (n° II-303, p. 581) et estiment qu'assimiler l'abus à une simple faute est une conception « *assez vague voire dangereuse* » (n° II-293, p. 566). Enfin, selon eux, « *le maniement du concept d'abus exige beaucoup de prudence car il faut éviter que l'abus des droits ne dévore le droit lui-même. La jurisprudence y parvient par des procédés d'auto-limitation* » (n° II-303, p. 581).

(152) Ainsi, c'est la liberté syndicale qui est avancée pour protéger les syndicats contre toute mesure discriminatoire, on remarquera néanmoins que les mises à l'index sont considérées comme licites. A. Brun et H. Galland, III-7 p. 643 ; G. Lyon-Caen, n° 82, p. 65 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 52 ; P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 46 et n° 48, p. 144 et s., n° 134, p. 371.

(153) G. Lyon-Caen, n° 76, p. 60 ; A. Brun et H. Galland, p. 642 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 47 ; P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 26 p. 73 ; A. Rouast et P. Durand, n° 147, p. 182.

(154) G. Lyon-Caen, n° 76 p. 61.

(155) J. Rivero et J. Savatier, p. 49.

(156) Selon P. Durand et R. Jausssaud : « *dès la fin du Second Empire, on voit spontanément se constituer des associations ouvrières ou syndicats professionnels (...)* » (T. I, n° 325, p. 395). G. Lyon-Caen explique : « *très tôt les travailleurs se sont groupés pour défendre leurs intérêts professionnels. Spontanément, sous l'ancien régime, se sont constitués des compagnonnages ou des confréries (...). Une certaine solidarité commençait à apparaître sur les lieux de travail ; les groupements de défense se déguisaient en société de secours mutuels* » (n° 76 p. 60).

(157) G. Lyon-Caen, n° 76, p. 60 ; A. Brun et H. Galland, III-34, p. 676 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 48, p. 54, p. 70 ; P. Durand et A. Vitu, T-III, n° 125, p. 346.

(158) On trouve cette analyse historique dans tous les ouvrages : « *l'évolution qui a conduit en France à la conquête du droit*

syndical a passé par trois phases : l'interdiction absolue, la tolérance de fait et la reconnaissance du droit syndical » (P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 21, p. 57). « *La France est donc passée en un siècle et demi d'un régime d'interdiction absolue à un régime de tolérance de fait, puis de ce dernier, à un régime de reconnaissance légale de la liberté syndicale, enfin, à un régime d'extension considérable des pouvoirs du syndicat dans l'Etat* » (G. Lyon-Caen, n° 76, p. 61). « *Ils furent des institutions de pur fait, condamnées ou tolérées, avant d'être reconnus par le Droit* » (A. Brun et H. Galland, III-2, p. 638). « *Le syndicalisme s'est imposé à l'Etat lui-même* » (J. Rivero et J. Savatier, p. 45). Voir aussi A. Rouast et P. Durand, n° 137, p. 168.

(159) Pour A. Brun et H. Galland : « *le syndicat tend à assurer une véritable organisation professionnelle* » (III-1, p. 638), voir aussi III-27, p. 667. Selon J. Rivero et J. Savatier : « *le syndicalisme, tant patronal qu'ouvrier, a donné une assise à l'organisation professionnelle* », ils ajoutent que « *le syndicat apparaît comme l'instrument pratique de cette organisation* » professionnelle et que « *le droit syndical passe de la simple défense des intérêts de ses adhérents à la représentation et à l'organisation de la profession tout entière* » (p. 46 à 49). Pour P. Durand et A. Vitu : « *le syndicat est un instrument d'organisation de la profession* » (T. III, n° 48, p. 154, voir également n° 98, p. 278). Voir encore A. Rouast et P. Durand, n° 141, p. 174, n° 160, p. 197.

(160) G. Lyon-Caen souligne que « *la démocratie moderne tend de plus en plus à voir dans le syndicat l'organe représentatif de la profession tout entière* » (n° 76, p. 61) et ajoute que « *le syndicat est l'organe le mieux préparé à représenter la profession dans son ensemble* » (n° 77, p. 62, voir également n° 108, p. 85).

(161) A. Brun et H. Galland posent la question dans les termes suivants : « *peut-on faire intervenir tous les syndicats égaux en droit pour remplir le rôle semi-public qui leur est dévolu, ou ne doit-on pas faire un choix entre eux ?* » (III-34, p. 676). J. Rivero et J. Savatier constatent que « *la notion de syndicats les plus représentatifs vient rompre l'égalité antérieure des syndicats* » (p. 72 voir aussi p. 48 et p. 50). P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 125, p. 346 ; A. Rouast et P. Durand, n° 165, p. 206 ; G. Lyon-Caen, n° 107, p. 85 et n° 110 p. 87.

(162) G. Lyon-Caen, n° 108, p. 86.

« inévitable » (163). C'est pourquoi les débats se concentrent sur la question de l'unité ou du pluralisme dans la représentativité (164) : « le droit de représenter la profession est-il reconnu à une seule organisation syndicale, jugée la plus représentative, ou est-il confié à plusieurs organisations professionnelles, également représentatives du monde professionnel ? » (165). Brun et Galland estiment qu'il semblerait naturel de décider qu'un seul syndicat bénéficie de la qualité de syndicat privilégié (166). Pour Rivero et M. Savatier, si l'unicité paraît plus compatible avec l'idée d'organisation de la profession (167), le pluralisme dans la représentativité s'impose au nom de la liberté syndicale (168). Durand et Vitu soulignent que « le système d'une unique organisation syndicale introduit dans la vie professionnelle un principe majoritaire » (169). Après en avoir étudié les avantages et les inconvénients (170), ils se prononcent pour le pluralisme (171) tout en précisant « qu'aucune solution n'apparaît techniquement parfaite, dans le cadre syndical, pour assurer la représentation de la profession » (172). Pour M. Lyon-Caen, la question de l'unicité ou du pluralisme est étroitement liée aux critères de représentativité adoptés.

Il met en évidence que le critère principal est celui du nombre d'adhérents. Selon lui, « le syndicat qui, dans une profession donnée possède le plus grand nombre d'adhérents » (173) doit être considéré comme représentatif de la profession. Il souligne pourtant que l'Administration fait également appel à des critères secondaires « dans le dessein de pénaliser l'organisation la plus nombreuse » (174). C'est pourquoi il estime « fâcheux » (175) que ce soit l'autorité administrative qui, en définitive, décide de l'unicité ou de la pluralité d'organisations syndicales représentatives. Les autres auteurs remarquent également le « pouvoir considérable » (176) conféré à l'Etat par le choix des syndicats représentatifs (177). Les rapports entre les groupements professionnels et l'Etat sont ainsi en question.

Un débat est ouvert sur l'indépendance réciproque des syndicats et de l'Etat. Les auteurs constatent qu'entre eux « une collaboration s'est instaurée : participation des syndicats à des organismes publics et même exercice par eux de prérogatives de puissance publique » (178) et qualifient à ce titre les syndicats « d'organismes semi-

(163) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 125, p. 349. Quelques lignes auparavant, ces auteurs soulignent que « la liberté complète a pourtant paru incompatible avec une organisation satisfaisante de la profession » (T. III, n° 125, p. 349). J. Rivero et J. Savatier estiment pour leur part que « le régime syndical français apparaît donc comme un compromis entre la liberté syndicale, qui demeure fondamentale, et les nécessités de l'organisation professionnelle » (p. 49). A. Brun et H. Galland, III-6, p. 642.

(164) Ce nouveau vocable apparaît dans tous les ouvrages : G. Lyon-Caen, n° 108, p. 86 ; A. Brun et H. Galland, III-36, p. 678 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 70 ; A. Rouast et P. Durand, n° 207, p. 267 ; P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 218, p. 614.

(165) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 129, p. 356.

(166) A. Brun et H. Galland expliquent qu'« il semblerait naturel de décider que, dans une catégorie déterminée et à chacun des échelons territoriaux, un seul syndicat reçoive le titre de syndicat privilégié » (III-37, p. 678). A plusieurs reprises, ces auteurs semblent favorables à l'octroi du titre de syndicat représentatif à un syndicat majoritaire, notamment : III-34, p. 676 ; III-37, p. 679 et p. 680.

(167) J. Rivero et J. Savatier, p. 51, p. 69.

(168) J. Rivero et J. Savatier, p. 70.

(169) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 129, p. 356.

(170) P. Durand et A. Vitu précisent que le système de l'unicité étend à l'organisation professionnelle « le principe même de démocratie ». En énonçant les inconvénients du pluralisme, ils font apparaître les avantages de l'unicité : le pluralisme « aurait l'inconvénient d'introduire dans les commissions professionnelles des compétitions, et d'inciter les syndicats à se montrer plus exigeants qu'ils ne l'auraient été s'ils s'étaient présentés isolément » ; « le pluralisme des organisations syndicales soulève pourtant un problème technique grave, quand il faut déterminer quelles sont, parmi les opinions exprimées, celles qui représentent véritablement la pensée du milieu professionnel ». Mais les auteurs remarquent ensuite que « les dangers d'un système majoritaire sont beaucoup plus grands dans l'ordre social que dans la société politique (...). Une tendance majoritaire peut s'y affirmer plus facilement, et elle risque d'étouffer les aspirations d'une partie des milieux

professionnels ». Ils ajoutent que « dans la société professionnelle, le principe majoritaire n'exprime pas la volonté de tous les individus membres de la profession, parce que l'organisation la plus représentative peut ne grouper qu'une minorité des membres de la profession ». Ils concluent que « le pluralisme des organisations syndicales évite que certaines organisations, qui expriment le sentiment du monde professionnel, ne soient privées du droit d'exprimer leurs vues et de participer à l'organisation de la profession et que soit rompu l'équilibre entre ces syndicats » (T. III, n° 129, p. 356 et s).

(171) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 142, p. 394.

(172) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 142, p. 394.

(173) G. Lyon-Caen, n° 109, p. 86.

(174) G. Lyon-Caen, n° 109, p. 86.

(175) « Y a-t-il dans ces conditions, unité ou pluralité d'organisations syndicales représentatives ? Il est fâcheux que ce soit l'autorité administrative qui ait à en décider » et l'auteur précise que différentes décisions « font apparaître que la haute juridiction administrative se laisse guider par des considérations d'opportunité plutôt que de droit strict ». (G. Lyon-Caen n° 109, p. 86).

(176) J. Rivero et J. Savatier, p. 72 ; P. Durand et A. Vitu mentionnent « une prérogative importante » (T. III, n° 131, p. 364).

(177) P. Durand et A. Vitu expliquent que « la détermination des organisations syndicales les plus représentatives est faite normalement, dans chaque cas, par l'autorité administrative que désignent la loi ou le décret considérés » (T. III, n° 131 p. 363). Ils présentent ensuite les différentes techniques de sélections des organisations syndicales représentatives (T. III, n° 218 p. 612).

(178) J. Rivero et J. Savatier, p. 50. Selon P. Durand et A. Vitu : « les attributions des syndicats n'intéressent plus exclusivement l'activité juridique privée (...). Mais même leur prérogative la plus remarquable, la discipline de la profession au moyen de conventions collectives, suppose une coopération de la puissance publique et des organisations syndicales » (T. III, n° 16 p. 47).

publics » (179). M. Lyon-Caen revendique l'autonomie complète des syndicats, se fondant sur la liberté syndicale, elle-même opposée aux principes corporatistes (180). Rivero et M. Savatier prônent la voie de l'équilibre entre la liberté syndicale et la collaboration avec l'Etat (181). Quant à Rouast et Durand, ils souhaitent que, dans l'ordre juridique, l'autorité de l'Etat soit rétablie sur les groupements professionnels (182).

L'étude des pouvoirs du syndicat conduit enfin les auteurs à s'intéresser à sa place dans l'entreprise. Si certains invoquent là encore la liberté syndicale pour fonder la reconnaissance de l'action syndicale sur les lieux de travail (183), d'autres considèrent qu'en l'absence de texte, le droit de propriété s'oppose à ce

que les syndicats franchissent le seuil de l'entreprise sans l'accord de l'employeur (184). L'influence syndicale sur les lieux de travail pouvant s'exercer par la voie des représentants du personnel, le débat se déplace alors sur leur indépendance à l'égard des syndicats. La législation relative aux élections des représentants du personnel est ainsi analysée comme un compromis entre deux options : le choix direct des représentants par le personnel ou leur désignation par les syndicats (185). Ce compromis est accueilli favorablement par les auteurs, seul M. Lyon-Caen y discernant une marque d'hostilité envers les syndicats. Tous relèvent, cependant, que le choix du mode de scrutin à la proportionnelle était destiné à éviter un monopole de la CGT (186).

V. La convention collective, loi de la profession

Tous les auteurs retiennent la conception dualiste de la convention collective exposée par Durand (187) pour montrer l'originalité de cet acte juridique. Tant dans son élaboration que dans ses effets, la convention collective

présente un caractère contractuel et réglementaire. Si les auteurs soulignent que la convention collective est d'abord un accord entre les groupements signataires (188), susceptible de créer des obligations de nature

(179) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 16 p. 44 et n° 98 p. 277 ; G. Lyon-Caen n° 110, p. 87 ; A. Brun et H. Galland, III-27 p. 667 ; A. Rouast et P. Durand, n° 139 p. 172, n° 157 p. 195.

(180) Selon G. Lyon-Caen : « la liberté syndicale, c'est aussi, à l'opposé des principes corporatistes, l'autonomie complète du mouvement syndical par rapport à l'Etat » (n° 83 p. 65). Il ajoute que « les syndicats qui ne veilleraient pas jalousement sur leur propre indépendance, sont exposés à être mis en tutelle par l'Etat » (n° 110, p. 87, voir également n° 77, p. 63).

(181) J. Rivero et J. Savatier estiment qu'« à l'indépendance réciproque des syndicats et de l'Etat tend à se substituer une mutuelle dépendance : le syndicat est moins libre vis-à-vis de l'Etat, l'Etat est moins libre vis-à-vis des syndicats. Un problème entièrement nouveau d'équilibre entre liberté syndicale et collaboration d'une part, entre pouvoir politique et pouvoir syndical d'autre part se trouve donc posé » (p. 50).

(182) A. Rouast et P. Durand, n° 152, p. 189, n° 195 p. 250 ; P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 142, p. 393.

(183) G. Lyon-Caen énonce qu'« à l'égard de l'employeur, la liberté syndicale signifie la liberté de militer pour les syndicats sur les lieux de travail » (n° 83, p. 66). Pour J. Rivero et J. Savatier : « la liberté syndicale implique d'autre part que l'action du syndicat puisse s'exercer dans les lieux de travail, seul cadre où elle puisse saisir l'ensemble des travailleurs. Là encore un équilibre doit être réalisé entre l'autorité du chef d'entreprise et la liberté syndicale » (p. 55).

(184) A. Brun et H. Galland remarquent que l'activité des délégués syndicaux est cantonnée par le juge qui a « voulu concilier deux principes : la non-ingérence du syndicat dans l'entreprise et le libre exercice du droit syndical » (III-153, p. 858, voir également, III-35 p. 676). P. Durand et A. Vitu précisent que « la nouvelle loi du 11 février 1950 n'a pas pris directement parti sur le fond des revendications ouvrières. Du moins a-t-elle invité les organisations syndicales les plus représentatives à insérer, dans leurs conventions collectives, une clause relative au libre exercice du droit syndical » (T. III, n° 122, p. 336). Selon eux, « l'exercice du droit syndical doit être concilié avec les droits appartenant à l'employeur et résultant soit de sa qualité de chef d'entreprise, soit de son droit de propriété sur les éléments de

l'entreprise (...) sous réserve des éventuelles restrictions résultant d'une loi, d'un statut ou d'une convention collective » (T. III, n° 123, p. 338).

(185) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 122, p. 334 ; G. Lyon-Caen, n° 178, p. 140 ; A. Brun et H. Galland, III-105, p. 795 ; A. Rouast et P. Durand, n° 113, p. 137. J. Rivero et J. Savatier expliquent : « le principe démocratique traditionnel postule l'élection, par le personnel, de ses représentants ; cette solution se heurtait à l'hostilité des syndicats qui, se fondant sur leur caractère représentatif, auraient souhaité les désigner eux-mêmes. D'où le système actuel, compromis entre ces tendances : il y a bien élection mais sur présentation par des syndicats » (p. 111).

(186) G. Lyon-Caen n° 178 p. 140 ; A. Brun et H. Galland, III-108, p. 797 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 111 ; A. Rouast et P. Durand n° 114, p. 138.

(187) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 108, p. 132 ; P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 191, p. 532 ; G. Lyon-Caen, n° 208, p. 161 ; A. Rouast et P. Durand, n° 186, p. 237 ; A. Brun et H. Galland, III-77, p. 747 et s., spéc. p. 749 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 238.

(188) P. Durand et R. Jaussaud livrent cette analyse : « bien que l'on puisse discerner dans la procédure d'élaboration de la convention collective certains traits qui rapprochent cet acte d'une véritable loi, le fait essentiel reste l'accord des groupements » (T. III, n° 108, p. 133). Du point de vue de J. Rivero et J. Savatier : « ce qui demeure en elle fondamentalement contractuel, c'est son élaboration : il n'y a pas de convention collective, sans, à la base, un accord de volonté ; rien ne peut remplacer cet accord, et l'autorité publique, notamment, n'a aucun moyen de substituer son commandement au libre consentement des intéressés » (p. 238). G. Lyon-Caen estime que « c'est sur l'élément contractuel qu'il faut mettre l'accent : la convention collective est donc avant tout un accord entre groupements professionnels représentatifs. La liberté contractuelle doit avoir le pas sur la décision administrative » (n° 208 et 209 p. 161). A. Rouast et P. Durand, n° 186, p. 237 ; A. Brun et H. Galland, III-77, p. 748.

contractuelle entre les parties (189), ils affirment également son aspect réglementaire. Son élaboration est confiée, selon la formule de M. Lyon-Caen, à « un véritable petit parlement professionnel » (190). Au regard de son contenu, la convention collective est analysée comme une « loi constitutionnelle » (191) comprenant même une déclaration des droits (192) : « elle doit rappeler le principe de liberté syndicale et de liberté d'opinion des travailleurs » (193). Son « rayonnement » (194) au-delà du cercle des signataires finit d'attester son caractère réglementaire. Les auteurs voient ainsi dans la convention collective un véritable règlement professionnel, une loi qui assure l'unité, l'organisation de la profession (195). La convention collective est qualifiée de « charte de la profession » (196), de « loi de la profession » (197).

Cette analyse des conventions collectives comme loi de la profession vise plus particulièrement les conventions collectives étendues qui doivent être signées par les syndicats les plus représentatifs. Les autres conventions, les conventions collectives ordinaires, qui peuvent être conclues par l'une quelconque des organisations syndicales ouvrières, sont qualifiées de conventions de « seconde zone » (198). Certes les auteurs notent qu'un employeur, lié par une telle convention, doit appliquer celle-ci à tous les contrats de travail, que le salarié soit ou non membre d'un syndicat signataire. Mais cette innovation de la loi du 11 février 1950 n'occupe pas une place centrale dans leurs développements (199), elle

est même critiquée par certains. Ainsi pour Brun et Galland, « cette expansion de la convention collective est contestable dans son principe : une convention ordinaire va s'imposer à tous les salariés d'une entreprise, contrairement à la relativité des contrats, de la même manière qu'une convention collective étendue. Or, ni les organisations syndicales les plus représentatives, ni les pouvoirs publics n'ont été appelés à intervenir préalablement » (200). Durand et Vitu soulignent, quant à eux, l'ambiguïté qui a présidé à l'adoption du texte en question : selon eux c'est « sans en avoir eu conscience que l'Assemblée nationale a pourvu toutes les conventions collectives d'une extension automatique » (201). Ils précisent en outre que « la nouvelle disposition du Code du travail est socialement mauvaise. Elle présente le danger d'inciter les employeurs à traiter avec une organisation, peut-être minoritaire, pour prétendre ensuite que la condition de tout le personnel est régie par un accord collectif » (202).

A un second niveau de lecture, la question de la convention collective-loi de la profession devient celle de l'existence d'un droit d'origine professionnelle. Cette question prend corps dans l'exposé des sources du droit du travail.

Les auteurs, à l'exception de M. Lyon-Caen, voient dans la convention collective une véritable source de droit (203). La structure des ouvrages distingue nettement les sources d'origine étatique des sources d'origine

-
- (189) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 191, p. 532, n° 209, p. 589 ; A. Brun et H. Galland, III-77, p. 748 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 214 ; G. Lyon-Caen, n° 208, p. 161.
- (190) G. Lyon-Caen, n° 208, p. 161.
- (191) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 108, p. 133 ; P. Durand et A. Vitu précisent que pour être étendues, les conventions collectives devaient contenir des clauses obligatoires « qui constituent en quelque sorte des dispositions constitutionnelles pour toutes les entreprises » (T. III n° 221, p. 623). Ces auteurs citent outre la liberté d'opinion et la liberté syndicale, les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'apprentissage et de la formation professionnelle, les conditions d'embauchage et de licenciement, les délégués du personnel et les comités d'entreprise, voir T. III, n° 221, p. 623.
- (192) G. Lyon-Caen énonce : « la convention collective est une sorte de charte constitutionnelle de la profession, comprenant même une déclaration des droits » (n° 208, p. 161).
- (193) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 108, p. 133.
- (194) A. Brun et H. Galland, III-74, p. 740.
- (195) J. Rivero et J. Savatier estiment que « la convention collective, en effet, aboutit à donner à la profession, au plan social, son unité, son organisation, et à la rendre maîtresse de sa propre loi » (p. 224, p. 218). P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 147, p. 416 ; A. Rouast et P. Durand, n° 181, p. 233 ; G. Lyon-Caen, n° 205, p. 171 ; A. Brun et H. Galland, III-52, p. 709.
- (196) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 108, p. 132 ; P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 157, p. 438 et n° 218, p. 612 ; G. Lyon-Caen, n° 208, p. 161 et n° 205, p. 159.
- (197) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 113, p. 306 ; A. Rouast et P. Durand n° 181, p. 233 ; G. Lyon-Caen, n° 205, p. 159 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 224.

-
- (198) J. Rivero et J. Savatier, p. 224. Selon G. Lyon-Caen, il existe « deux sortes de conventions collectives : les conventions collectives ordinaires, qui sont des conventions privées (...) et les conventions susceptibles d'extension (...) qui s'apparentent à de véritables règlements professionnels » (n° 220, p. 171).
- (199) J. Rivero et J. Savatier, p. 233, p. 231 ; G. Lyon-Caen explique que « ces solutions sont nouvelles et constituent un compromis entre le respect de 1165 C. civ. et l'idée de règlement professionnel » (n° 222 p. 172). Aux yeux de A. Brun et H. Galland : « c'est là une solution importante » (III-74, p. 741 voir aussi III-77, p. 749). P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 196, p. 551 ; A. Rouast et P. Durand, n° 204 bis, p. 263.
- (200) A. Brun et H. Galland, III-74, p. 740. A. Rouast et P. Durand estiment que « cette extension des effets de la convention à l'avantage de soumettre tous les membres du personnel à un statut uniforme. Mais elle est peu logique, parce que la convention s'applique alors, de plein droit, et sans décision de l'autorité publique, à des salariés qui ne sont pas membres des organisations signataires » (n° 204 bis, p. 264).
- (201) Selon P. Durand et A. Vitu : « cette règle s'est introduite à la faveur d'une équivoque. Un amendement de monsieur Degoutte proposait de corriger la règle, selon laquelle l'employeur est lié par les clauses de la convention collective dans ses rapports avec ses salariés, par une exception, prévoyant la possibilité de "stipulations contraires". Sous cette forme, l'amendement aurait ruiné l'autorité de la convention collective (...). Le désir d'affirmer l'autorité de la convention collective a fait repousser l'amendement, alors qu'il eût fallu lui substituer un texte mieux rédigé » (T. III, n° 196 p. 553).
- (202) P. Durand et A. Vitu, T. III, n° 196, p. 554.
- (203) A. Brun et H. Galland, I-57, p. 81 ; A. Rouast et P. Durand, p. 32 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 34 ; P. Durand et R. Jaussaud, n° 102, p. 124.

professionnelle, lesquelles incluent la convention collective, les usages, la coutume et le règlement intérieur (204). Ils considèrent ainsi que tout le droit du travail n'a pas une origine étatique et qu'il y a place pour un droit d'origine professionnelle. Durand et Jaussaud estiment que « *tout groupement aspire à exercer un pouvoir réglementaire et spontanément se développe un droit d'origine professionnelle* » (205) ; il s'agit selon eux d'un « *droit autonome* » (206). M. Lyon-Caen ne croit pas « *qu'il y ait encore place dans notre droit pour des normes d'origine professionnelle* » (207). Il récuse « *complètement l'idée d'un droit d'origine corporative. La convention collective ne constitue pas une véritable source de droit, pas plus qu'un contrat ordinaire. Il n'en était ainsi que dans la charte du travail et la législation sur les comités d'organisation* » (208). L'idée, conclut-il, est en contradiction avec les principes démocratiques. Rivero et M. Savatier lui répondent qu'il « *n'y a pas contradiction entre l'existence d'une réglementation professionnelle et le principe démocratique, dès lors que c'est la loi qui donne aux organes professionnels leur compétence réglementaire* » (209). Pour Brun et Galland, « *un droit purement professionnel* » (210) n'est pas plus acceptable qu'un droit « *exclusivement*

étatique » (211). Ils sont favorables à « *une collaboration harmonieuse des professionnels et de l'Etat* » (212) dont pourrait émerger un droit original : un droit étatique à base professionnelle (213).

Les ouvrages de droit du travail des années cinquante ont dominé *l'âge classique du droit du travail* parce qu'ils ont configuré la discipline telle qu'elle est pratiquée en France aujourd'hui. Son domaine est ainsi fixé ; le régime du travail dans l'Administration en est, par exemple, exclu. De même, la distinction des rapports individuels et des rapports collectifs de travail, qui se retrouve jusque dans la structure de certains ouvrages (214), est largement reçue par la doctrine travailliste contemporaine. Quant aux controverses soulevées par les auteurs, certaines sont épuisées - nul ne soutiendrait, de nos jours, l'hypothèse du déclin du contrat de travail. En revanche, d'autres débats, qui ont marqué cette période, tel celui relatif à l'entreprise, restent d'actualité. C'est à leur égard aussi que la lecture de ces ouvrages conserve un intérêt majeur.

**Benoît Géniaut, Carole Giraudet,
Chantal Mathieu**

(204) P. Durand et R. Jaussaud intitulent une section : « *Le droit d'origine professionnel* » (T. I, n° 102 s., p. 124 et s.). Dans l'ouvrage de P. Durand et A. Rouast une section a pour dénomination « *Le droit professionnel* » (n° 36, p. 36). A. Brun et H. Galland intitulent un sous-titre : « *Les sources professionnelles du droit du travail* » (I-56, p. 79). J. Rivero et J. Savatier consacrent un paragraphe aux « *Règles d'origine professionnelle* » (p. 37). Plus particulièrement sur le règlement intérieur : A. Brun et H. Galland, I-58, p. 81 ; J. Rivero et J. Savatier, p. 37 ; A. Rouast et P. Durand, n° 37, p. 37 et n° 39, p. 39. Pour Lyon Caen, le règlement d'atelier « *n'est qu'une annexe du contrat de travail ou une adaptation à un établissement d'une convention collective* » (n° 29, p. 24).

(205) A. Rouast et P. Durand, n° 36, p. 36 ; P. Durand et R. Jaussaud, n° 102 et s., p. 124 et s.

(206) P. Durand et R. Jaussaud, T. I, n° 103, p. 125.

(207) G. Lyon-Caen, n° 29, p. 24.

(208) G. Lyon-Caen, n° 29, p. 24.

(209) J. Rivero et J. Savatier, p. 38.

(210) A. Brun et H. Galland, I-60, p. 83.

(211) A. Brun et H. Galland, I-60, p. 83.

(212) A. Brun et H. Galland estiment que « *l'Etat, gardien des intérêts généraux, doit avoir le dernier mot* » (I-59, p. 82).

(213) A. Brun et H. Galland expliquent que les organismes professionnels « *élaborent seuls la règle juridique et lui donnent une valeur obligatoire dans un certain rayon territorial ; les autorités administratives n'interviennent que pour étendre la portée de la règle* » (I-60, p. 83). Voir aussi la section de leur ouvrage dénommée « *Le Droit étatique à base professionnelle* » (p. 83 et s.).

(214) Ainsi, après avoir traité des « *théories générales du droit du travail* » puis des « *cadres des relations du travail* » dans le premier tome de son traité, P. Durand consacre le deuxième au « *droit des rapports individuels de travail* » et le troisième au « *droit des rapports collectifs de travail* ». D'une façon similaire, A. Brun et H. Galland divisent leur ouvrage en trois parties : « *Les données fondamentales du droit du travail* », « *Les rapports individuels de travail* » et « *Les rapports collectifs de travail* ».