

PERMANENCE ET TRANSFORMATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL UNE LEÇON DE DARWINISME JURIDIQUE ?

I – L'émancipation du contrat de travail

Du louage d'ouvrage au contrat de travail, une autre histoire du droit du travail

par Claude DIDRY, Directeur de recherche au CNRS,
Centre Maurice Halbwachs (CNRS-ENS-EHESS)

PLAN

- I. Les enjeux d'une production marchande dans une société rurale
- II. Émergence et développement du contrat de travail
- III. Le contrat de travail face à l'entreprise

La conception classique de l'histoire sociale, que l'on retrouverait dans une part importante de la doctrine en droit du travail au 20^{ème} siècle, ne voit, dans le contrat de travail, qu'une forme modernisée du *louage de service* évoqué à l'article 1780 du Code civil. Au-delà de la permanence d'un rapport contractuel assimilable à une forme précoce de salariat, ce qui change tiendrait d'abord aux développements d'un « mouvement ouvrier » débouchant sur la suppression du délit de coalition en 1864 et la reconnaissance légale du syndicat par la loi de 1884. Dans cette dynamique historique, le Code du travail ne correspondrait qu'à la compilation d'une réglementation protectrice, résultant tout à la fois d'une empathie républicaine pour la misère des travailleurs et des acquis du mouvement ouvrier lui-même.

Mais il est erroné de ramener le louage de service au Code civil de 1804, dans la mesure où ce dernier ne parle que de « *louage des domestiques et ouvriers* » dans son article 1780. Cet article ne se présente sous l'intitulé « *Du louage de service* » que depuis la loi du 27 décembre 1890 prévoyant un droit d'action pour la partie lésée dans le cas de la rupture du contrat par l'autre partie. De plus, les dispositions de l'article 1780 s'inscrivent dans un ensemble plus large, le *louage d'ouvrage* annoncé par l'article 1710 et précisé par les articles 1779 à 1799, regroupés sous le chapitre 3 « *Du louage d'ouvrage et d'industrie* ». Or, comme l'a montré magistralement Alain Cottereau (1), au sein des trois espèces de contrats qui composent ce « *louage d'ouvrage et d'industrie* », c'est le louage « *par devis et marché* » qui répond en priorité à l'aspiration d'indépendance des ouvriers en révolution et fixe le régime juridique des rapports de production entre ouvriers et entrepreneurs.

Dans cette « autre histoire » du droit du travail que dessine la redécouverte du louage d'ouvrage, en quoi le contrat de travail, tel que l'annoncent les projets de Code du travail, traduit-il une rupture à l'égard de l'ordre ancien que représente le louage d'ouvrage ?

Après être revenu sur l'importance du louage d'ouvrage liée à l'emprise du commerce dans la société rurale que contribue à fixer la Révolution, j'envisagerai la portée du contrat de travail un siècle plus tard, avant d'en arriver aux développements contemporains.

I. Les enjeux d'une production marchande dans une société rurale

1. L'héritage du mercantilisme

La France du XIX^e siècle demeure un pays rural. Ainsi, selon Alain Dewerpe (2), le recensement de 1851 fait apparaître environ 58 % d'actifs dans les activités agricoles et 6 % dans la « grande industrie »,

c'est-à-dire des établissements occupant plus de 10 personnes. Cette situation a été confortée par la Révolution qui, en abolissant les privilèges, permet l'accès à la propriété rurale et renforce ainsi l'attachement des paysans à leurs terres et une production

(1) Alain Cottereau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle) », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57-6, 2002, pp. 1521-1561.

(2) Alain Dewerpe, *Le monde du travail en France, 1850-1950*, Paris, A. Colin, 1989.

familiale de subsistance. Elle prolonge un XVIII^e siècle marqué par le développement d'une production marchande très dispersée. Le commerce est alors une des premières activités sociales soumises à un droit unifié à travers l'ordonnance *Savary* de 1673. Les « manufactures » ne désignent alors que rarement des établissements intégrés et correspondent, le plus souvent, à la production dispersée de marchandises, encadrée par un corps d'« inspecteurs des manufactures » envoyés dans les provinces du royaume. Ainsi, « *L'industrie est au champ depuis longtemps, et les arrêts de 1762 et 1765 autorisant la libre fabrication dans les campagnes n'ont fait que consacrer un état de fait ancien* » (3).

Comme le souligne Max Weber, la production d'armement et de biens de luxe répondant aux besoins d'une société de cour aboutit à une « *forme artisanale d'exploitation [qui se] maintint, en partie à travers le système de la sous-traitance commanditée, en partie en atelier* », de sorte que « *ni sa technique, ni son organisation économique ne s'en trouvèrent modifiée* » (4). Les corporations urbaines auxquelles se rattachent les productions marchandes réalisées dans les campagnes fournissent alors un encadrement des pratiques sur lequel peuvent s'appuyer les commerçants, tant pour discipliner les artisans urbains que pour contrôler la qualité de la production rurale.

2. La portée de la Révolution et du Code civil, dans l'ombre du droit commercial

La suppression des corporations concerne, en premier lieu, les activités productives urbaines, et répond aux attentes des ouvriers dont les revendications portent sur la suppression du « *délit de désertion* » établi par le régime corporatif. Ce qui se dessine alors est une aspiration ouvrière à la liberté, à travers la référence au louage d'ouvrage hérité du droit romain et présenté par l'article 1710 du Code civil comme « *le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». Le louage d'ouvrage est précisé par les articles 1779 à 1799 dans le chapitre sur le « *louage d'ouvrage et d'industrie* ». Il institue la liberté de rompre unilatéralement ce contrat par les parties, ce qui ouvre aux ouvriers la possibilité

d'exercer collectivement cette liberté. L'héritage révolutionnaire est donc marqué par une contradiction entre, d'une part, une répression du délit de coalition et, d'autre part, la liberté pour l'ouvrier de rompre l'engagement pris. Finalement, la grève devient un nom commun au cours de la première moitié du XIX^e siècle, à partir de la Place de Grève à Paris sur laquelle se réunissaient les ouvriers de la construction disponibles à l'embauche, notamment après avoir rompu des engagements qui ne les satisfaisaient pas (5).

Mais cette liberté contractuelle est rattachée au droit commun qui régit les Français, le Code civil, alors que la Révolution, puis l'Empire réservent un droit spécifique aux commerçants à travers le maintien des tribunaux de commerce dans la réforme judiciaire de 1790 et le Code de commerce de 1808. Si le Code civil se présente comme la matrice des contrats, le droit commercial distingue un niveau supérieur d'« indépendance » à laquelle seuls peuvent prétendre les commerçants : « *L'ouvrier est un subalterne dirigé et commandé. Cette condition inférieure exclut l'idée que son contrat soit commercial* » (6).

3. La question du marchandage

Quoiqu'exclues de l'empire du commerce, les activités de production marchande tendent à le mimer sous la forme du « marchandage ». En effet, comme le souligne Mollot en 1840, le « marchandage » désigne un enchaînement de louages d'ouvrage : il « *suppose l'existence de deux contrats de louage à façon distincts : le premier, qui intervient entre le fabricant ou l'entrepreneur général et le marchandeur ; le deuxième, entre le marchandeur et les ouvriers qu'il emploie. [...] Le marchandeur est réputé ouvrier à l'égard de l'entrepreneur général ou du fabricant ; il fait office de maître vis-à-vis de ses propres ouvriers* » (7). Cette situation juridique se retrouve notamment dans le cas de la soierie lyonnaise, avec des tisseurs « chefs d'atelier » (les fameux « canuts ») engageant d'autres ouvriers et intégrant les membres de leur famille à leur activité. Le marchandage est fréquent et donne lieu, de la part des marchandeurs, à la revendication de tarif comme, par exemple, le tarif *Colin* en 1838 dans la menuiserie parisienne, ou les tarifs que tentent d'imposer les canuts lyonnais au cours des insurrections de 1831 et

(3) Philippe Minard, *La fortune du colbertisme, État et industrie dans la France des Lumières*, Paris, Fayard, p. 177.

(4) Max Weber, *Histoire économique. Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, traduction C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1991 [1923], p. 330.

(5) Sur le fait social que constitue la grève et la régulation collective du prix des ouvrages qui en résulte, v. l'Office du Travail, *Les associations professionnelles ouvrières*, 3 tomes, Paris, Imprimerie nationale, 1899-1903. Dans *Gens de métier et révolutions. Langage du travail de l'Ancien Régime à 1848* (Paris, Aubier Montaigne

1983), William H. Sewell met également en évidence le caractère révolutionnaire du monde ouvrier à cette époque, à travers des sociétés plus ou moins secrètes attachées au retour de la République et à une forme de collectivisme.

(6) Edmond-Eugène Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1898, p. 26.

(7) François-Étienne Mollot, *Le Contrat de louage, d'ouvrage et d'industrie, expliqué aux ouvriers et à ceux qui les emploient selon les lois, règlements et usages, et la jurisprudence des conseils de prud'hommes*, Paris, Napoléon Chaix et Cie Éd., 1846, p. 106.

1834. Mais il pose également la question de savoir ce qu'il advient de la rémunération des ouvriers engagés par un marchandeur lorsque celui-ci est insolvable. On se demande alors jusqu'à quel point la responsabilité de l'entrepreneur général est engagée.

Le décret du 2 mars 1848, pris par la Commission du Luxembourg présidée par Louis Blanc, abolit le marchandage, c'est-à-dire les formes d'exploitation d'ouvriers par d'autres ouvriers. Mais la stigmatisation des marchandeurs et la division ainsi introduite au sein du monde ouvrier par ce décret expliquent, selon Gérard Noiriel (8), la faiblesse de la mobilisation ouvrière lors de la répression de juin 1848. La poussée de l'industrialisation dans les années 1860 ne remet pas en cause le marchandage, bien au contraire. Toujours selon G. Noiriel (9), en 1866 « *le secteur artisanal assurait toujours plus de 70 % de la production industrielle française, dans des entreprises qui comptaient en moyenne trois ouvriers pour un patron* » ce qui pose la question de savoir « *où finit l'ouvrier et où commence le patron* », en reprenant la grande historienne de Paris, Jeanne Gaillard (10). Le système du marchandage se retrouve aussi dans cette grande industrie qui progresse. Ainsi, écrit Noiriel, « *À Fourchambault et à Rive-de-Gier, la fabrication des roues de wagons passait par des marchés de gré à gré entre les entreprises et des tâcherons qui présentaient leurs équipes comme des « coopératives » pour contourner la loi interdisant le marchandage* » (11).

Le marchandage hante le monde ouvrier jusqu'au début du XX^e siècle, avant l'arrêt *Toutes chambres réunies* de 1901 (12), qui rejette la plainte de deux ouvriers maçons parisiens contre un entrepreneur général pour complicité de marchandage (après que le marchandeur eut fait faillite en laissant les salaires impayés), tout en reconnaissant la légalité du décret du 2 mars 1848. Il faut, en 1902, un pourvoi du Parquet en cassation pour obtenir la condamnation d'un directeur d'établissement où a été constatée la présence d'un enfant mineur après minuit, en contravention à la loi de 1892 interdisant le travail de nuit des femmes et des enfants (13). Ce directeur rejetait la responsabilité de l'infraction sur un ouvrier qu'il avait embauché et qui, à son tour, avait – aux dires du directeur – engagé l'enfant en agissant « *comme tâcheron* ». Comme on le voit, le marchandage bloque également la mise en œuvre de lois interdisant le travail des enfants dans une société dominée par une production familiale à domicile à laquelle ne s'appliquent pas les lois de 1892 (interdiction du travail de nuit pour les femmes et les enfants), 1893 (salubrité) et 1898 (assurance obligatoire contre les accidents du travail), visant exclusivement les établissements industriels. Le marchandage se retrouve encore sous la forme de cette sous-traitance en cascade que recouvre le « *sweating system* », c'est-à-dire l'exploitation des couturières à domicile par des intermédiaires approvisionnant les rayons des grands magasins.

II. Émergence et développement du contrat de travail

1. La création du contrat de travail pendant la Belle Époque

Le travail apparaît au cours du XIX^e siècle comme une abstraction, que l'on retrouve tout autant dans les théories de l'économie politique que dans les projets de visionnaires, tels que Saint-Simon et Proudhon, ou dans la critique de l'économie politique avancée par Karl Marx. Mais, à la puissance argumentative du *Capital* pour dévoiler le travail sous l'échange marchand, en partant notamment des rapports du Parlement britannique, il faut ajouter la démarche d'enquête initiée par la République en France dans les années 1890, à travers les études produites par le Conseil supérieur et l'Office du Travail. C'est dans ce

contexte, où le travail apparaît comme une grille de lecture des activités productives, que le député socialiste Arthur Groussier élabore, en 1898, un projet de Code du travail. Si le projet de Groussier agrège des dispositions légales existantes à des innovations proposées par les députés socialistes, c'est en partant de définitions larges du travailleur, de l'employeur, de contrat de travail et du travail : « *Art. 1. Sont travailleurs les personnes de tout âge et de tout sexe qui louent leur travail ou leurs services aux personnes, aux sociétés, aux communes, aux départements ou à l'État, sous quelques titres que ce soit, dans les exploitations industrielles, commerciales ou agricoles, les administrations ou les établissements publics ou privés.*

(8) Gérard Noiriel, *Une histoire populaire de la France, de la guerre de Cent ans à nos jours*, Marseille, Agone, p. 319

(9) *Ibid.*, p. 359.

(10) Jeanne Gaillard, *Paris, la Ville (1852-1870)*, Paris, L'Harmattan, 1997 [1976].

(11) *Ibid.*, p. 363.

(12) V. Jean Pélissier, Gérard Lyon-Caen, Antoine Jeammaud et Emmanuel Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 217-225.

(13) Arrêt cité par Arthur Fontaine (avec la collaboration de Charles Picquenard), *Louage de travail (Contrat de travail. Relations entre employeurs et employés)*, Paul Dupont, Paris, 1903, p. 53. Sur cet arrêt, v. Claude Didry, *L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire*, Paris, La Dispute, 2016.

Art. 2. Sont employeurs : les personnes, les associés en nom collectif, les chefs ou directeurs de société, administrations ou établissements publics ou privés qui occupent des travailleurs.

Art. 3. Le fait qu'une personne consent à fournir son travail ou ses services à une autre personne, moyennant un salaire, constitue un contrat de travail.

Art. 4. Le travail s'entend de toute activité manuelle ou intellectuelle, par laquelle une personne concourt à la production, l'extraction, le façonnage, la transformation, le transport, l'emménagement ou la vente de matières ou produits » (14).

La démarche de codification engagée par Arthur Groussier est reprise par le ministre du Commerce et de l'Industrie, Alexandre Millerand, dans une commission de codification des lois ouvrières et de prévoyance sociale en 1901, qui aboutit à un projet de code en 1904 fournissant la matrice du code adopté par la Chambre en 1905. Ce projet sera adopté progressivement par le Sénat, à partir du livre premier « Des conventions relatives au travail », promulgué le 30 décembre 1910, qui fait entrer le contrat de travail dans la langue du droit.

Dans le sillage de cette codification, la Société d'études législatives et l'Association des professeurs de droit, élaborent, à partir de 1904, un projet de loi sur le contrat de travail, destiné à remplacer le louage d'ouvrage du Code civil tout en comblant les « vides » que le projet de Code du travail a fait apparaître. Ce projet définit le contrat de travail en ces termes : « Article Premier. Le contrat de travail est le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour une autre qui s'oblige à lui payer un salaire calculé, soit à raison de la durée de son travail, soit à proportion de la quantité ou de la qualité de l'ouvrage accompli, soit d'après toute autre base arrêtée entre l'employeur et l'employé. Ne sont pas soumis aux dispositions du présent titre les contrats passés par les personnes qui offrent leur travail non à un ou plusieurs employeurs déterminés, mais au public » (15).

Dans cette définition, le travail devient l'objet du contrat, en reléguant l'ouvrage à une base de rémunération. Le contrat de travail se distingue du contrat d'entreprise par une relation continue entre un travailleur, dit « employé », et celui pour lequel il travaille dit, pour cela, « employeur ». Il n'y a plus ici de marchandage, mais des équipes, dont le chef est

réputé mandataire de l'autorité de l'employeur et dont les membres sont liés par un contrat de travail avec ledit employeur. Ce projet, qui ne sera jamais adopté, fournira la base de lois à venir, comme la loi sur la convention collective du 25 mars 1919 qui le reprend quasiment mot pour mot.

2. Un droit nouveau pour une « nouvelle classe ouvrière » (16)

Le droit nouveau qui se développe à partir du Code du travail encadre le développement de la grande industrie suscité par la production de produits innovants tels que l'automobile, l'avion, la construction électrique ou le téléphone. Le contrat de travail est la condition commune de ceux qui sont liés à un même employeur et entrent ainsi dans une collectivité de travail qui coïncide, le plus souvent, avec un établissement. Dans l'automobile, par exemple, la société Renault prend la forme d'un établissement intégrant les différentes étapes de la production de la fonderie au véhicule. Les méthodes inspirées de l'organisation taylorienne se diffusent au cours de la Guerre en conduisant à distinguer, dans les ouvriers rapatriés du front pour faire face à l'effort de guerre, les « spécialistes » ou « professionnels », identifiés pour leurs compétences dans le réglage des machines, des ouvriers dits « spécialisés » parce qu'ils ont réussi à trouver leur place dans l'alimentation des machines.

Mais ce droit nouveau accompagne également une organisation intégrée de la recherche, dont témoigne la nomination par Henri Fayol – directeur général de la Société de Fourchambault, Commentry et Decazeville – de l'ingénieur Pierre Chevenard à la tête d'un laboratoire, dans les forges d'Imphy, en 1911 (17). Les ingénieurs apparaissent ainsi comme un groupe-pivot dans cette dynamique industrielle, comptés du côté des employeurs dans la réforme des prud'hommes en 1907, avant de rentrer dans une catégorie définie par les classifications professionnelles dans certaines conventions de branche en 1936.

Le syndicalisme joue un rôle important dans cette cristallisation d'une « nouvelle classe ouvrière », en sortant d'un syndicalisme de métier, remis en cause dès 1906 au sein de la récente Confédération Générale du Travail – à la différence du *trade-unionisme* britannique qui consacre le métier (*trade*), pour aller vers la constitution de fédérations d'industrie. La catégorie

(14) Arthur Groussier et alii., « Proposition de loi sur le Code du travail », *Journal officiel*, « Documents parlementaires », annexe 33, 13 juin 1898, p.1424.

(15) « Le projet de loi du Gouvernement et le projet de la Société d'études législatives », *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, pp. 507-508, souligné par l'auteur.

(16) Selon l'expression de Gérard Noiriel (*Les ouvriers dans la société française (XIX-XX^e siècles)*), Paris, Seuil (Points Histoire), 1986) pour désigner la « génération singulière » qui découvre le monde de la grande industrie au cours de la première moitié du XX^e siècle.

(17) Armand Hatchuel, « Henri Fayol et la théorie du chef d'entreprise : une nouvelle figure de l'autorité au tournant du XX^e siècle », *Entreprise et Histoire*, n° 832, 2016, p.110.

statistique d'industrie, plus tard nommée *branche*, regroupant les établissements présentant des caractéristiques techniques similaires, prend une portée juridique avec la loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures, en définissant des champs d'application réglés par des accords collectifs. Elle accompagne le développement de syndicats d'établissement ouverts à l'ensemble des salariés, en posant la question de leur participation à la gestion (18), dans le sillage des expériences de participations ouvrières pendant le premier conflit mondial, mais aussi dans celui des *conseils ouvriers* reconnus par le régime soviétique issu de la révolution de 1917 et la République de Weimar à partir de 1918. La branche devient alors le lieu de *classifications professionnelles*, encadrant les hiérarchies salariales dans les établissements et reconnaissant la *qualification* des travailleurs, à partir des conventions négociées en 1936.

3. La question des travailleurs à domicile

Si la mise en œuvre du contrat de travail paraît acquise dans les établissements industriels, le cas des travailleurs à domicile paraît plus problématique malgré l'ambition de les intégrer au salariat dont témoignent les débats de la Société d'études législatives. Les lois de 1915 et 1917 établissant un salaire minimum et la semaine anglaise pour les couturières à domicile prolongent ces débats, en rattachant celles-ci aux donneurs d'ordre que constituent les grands magasins. Mais la loi du 5 avril 1928 (modifiée par les lois du 5 août 1929 et du 30 avril 1930) sur les assurances sociales suscite un affrontement judiciaire et doctrinal sur l'assujettissement de ces travailleurs, et de leurs employeurs putatifs à la cotisation sociale. Un rubanier stéphanois est ainsi radié des assujettis à la cotisation sociale, par un jugement du 27 août 1931 rendu par le tribunal civil de Saint-Étienne, à la demande du fabricant pour lequel il travaille, au motif qu'il n'est pas « *subordonné* » au fabricant en tant qu'« *entrepreneur d'ouvrage* » (19). La situation sera tranchée par le décret-loi du 28 octobre 1935 ouvrant les assurances sociales aux travailleurs travaillant habituellement pour un ou plusieurs employeurs, en faisant prévaloir le critère de la « *dépendance écono-*

mique » au grand dam de Paul Pic, attaché au critère de la subordination (20).

En 1936, le cas des couturières à domicile se retrouve dans la convention collective « *réglant les rapports entre employeurs de la couture et leurs ouvrières dans les départements de Seine et de Seine-et-Oise* » signée le 10 juin, deux jours avant la convention des ouvriers de la métallurgie parisienne. La sous-entreprise ouvrière et le travail à domicile sont dans la ligne de mire, mais sans pouvoir arriver à leur suppression pure et simple (21). Dès lors, le but est de démasquer les « faux artisans », en soumettant cette forme de production aux acquis sociaux du Front Populaire comme la semaine de quarante heures ou les congés payés.

4. La salarisation du travail créateur

Dans ce processus de découverte du salariat, reposant fréquemment sur l'action des premiers concernés, les salariés et leurs employeurs putatifs, pour obtenir ou écarter la reconnaissance d'un contrat de travail, la première moitié du XX^e siècle est marquée une extension du salariat allant jusqu'à l'assimilation d'activités dites « créatives » au travail salarié (22). Le monde du spectacle est ainsi entré dans le salariat dès le début du siècle, passant alors progressivement de la performance payée par un cachet à l'intermittence rémunérée par un salaire – dans le cadre aujourd'hui d'un « *contrat à durée déterminée d'usage* » – et donnant accès à l'indemnisation du chômage (23).

Dans le cas des journalistes, la loi *Brachard* de 1935 identifie la profession de journaliste à partir de l'appartenance à une rédaction et d'une activité permettant au présumé journaliste, donc salarié, de gagner sa vie. Elle prévoit également la fameuse « *clause de conscience* », permettant au journaliste de bénéficier d'une indemnité de licenciement en cas de divergence avec la ligne éditoriale de l'entreprise de presse pour laquelle il travaille (24). Elle demeure toujours la référence aujourd'hui, en dépit d'une jurisprudence fluctuante de la Cour de cassation sur ce qu'il faut entendre par « *entreprise de presse* » (25).

(18) Cela, que l'on présente alors comme le *contrôle ouvrier*, est envisagé dans l'ouvrage coordonné par François Fagnot, *La part du travail dans la gestion des entreprises*, Paris, Association nationale pour la protection légale des travailleurs, 1921.

(19) *Recueil Dalloz*, 1931, 2^{ème} partie, p. 116.

(20) Paul Pic, n. sous Cass. Civ. 4 mars, 15 juin et 25 nov. 1936, *Recueil Dalloz*, 1^{ère} partie, p. 89. La subordination demeurera cependant le critère de la Cour de cassation, en dépit de l'écho que ce critère peut avoir avec le « culte du chef » promu alors par les extrêmes-droites européennes.

(21) V. Laure Machu, *Les conventions collectives du Front populaire. Construction et pratiques du système français de relations professionnelles*, thèse de doctorat d'histoire, université Paris-Ouest Nanterre-La Défense, 2011, p. 447.

(22) Sur le rapprochement entre travail et création, v. P.-M. Menger, *Le travail créateur. S'accomplir dans l'incertain*, Paris, Gallimard-Seuil-EHESS, 2009.

(23) V. Mathieu Grégoire, *Les intermittents du spectacle. Enjeux d'un siècle de lutte*, Paris, La Dispute, 2013.

(24) V. C. Dupuy, *Journalistes, des salariés comme les autres ? Représenter, participer, mobiliser*, Rennes, Presses universitaires de Rennes.

(25) V. Sophie Misiraca, « Indemnité de licenciement des journalistes d'agences de presse : les jeux ne sont pas faits », *Dr. Ouvr.*, n° 841, août 2018, pp. 495-501.

De manière très audacieuse, c'est un « *statut du travailleur intellectuel* » que vise Jean Zay, quand il imagine, comme ministre de l'Éducation Nationale et des Beaux-Arts dans le Gouvernement de Front Populaire en 1936, une législation identifiant les auteurs à des salariés et les éditeurs à

des employeurs (26). La question d'un « *statut des auteurs* » se pose aujourd'hui à nouveau en France, avec la création de la « *ligue des auteurs professionnels* » en 2018, qui, dans un « *constat* », évoque un « *statut professionnel* » en portant également la revendication d'une revalorisation des droits d'auteur (27).

III. Le contrat de travail face à l'entreprise

1. Émergence et consolidation de la place du CDI dans la population active

Bien loin de cette époque de salariat conquérant, le paradigme de la segmentation du marché du travail entre *insiders* et *outsiders*, ou encore celui de la précarisation de l'emploi résultant de la montée des emplois en contrats à durée limitée sont devenus aujourd'hui un lieu commun du monde économique et médiatique. Ainsi, dans une tribune publiée en mars 2016 sous le titre « *le projet de loi El Khomri représente une avancée pour les plus fragiles* », le journal *Le Monde* résumait une telle initiative en ces termes : « *Pour un collectif d'universitaires, dont le prix Nobel d'économie Jean Tirole, la réforme va dans le bon sens en inversant la tendance massive du recours au CDD* » (28). Cette insistance sur la vulnérabilité n'est pas nouvelle : avant d'atteindre les sommets de la loi de 2016 (29) et des ordonnances de 2017, elle se retrouve, dès les années 1990, dans une série de rapports qui proposeront chacun leur version des réformes « nécessaires » à réaliser.

Ces paradigmes de la segmentation et de la précarisation se retrouvent dès les années 1890, dès l'introduction, dans l'article 1780 du Code civil, d'une disposition ouvrant un droit d'action en justice pour la partie s'estimant lésée par la rupture abusive du « *louage de service fait sans détermination de durée* ». Alors que les lois de 1890, puis de 1928 paraissent avoir eu un effet limité sur les licenciements, ces paradigmes trouvent un écho nouveau avec la loi du 13 juillet 1973 conférant au juge une capacité de contrôle sur la « *cause réelle et sérieuse* », en l'absence de quoi la rupture du *contrat de travail à durée indéterminée* sera dite « *abusive* » (30). Ainsi, l'économiste américain Michael Piore y voit, en 1978 (31),

la base d'une dualisation du marché du travail en transposant les caractéristiques racisées du modèle élaboré avec Peter Doeringer pour les États-Unis. Il se fonde, pour cela, sur la fuite des entreprises vers la sous-traitance, les emplois temporaires (reconnus par la loi du 3 janvier 1972) et les emplois en contrat à durée déterminée permettant d'échapper aux rigueurs judiciaires et réglementaires du CDI.

C'est par rapport à cette crainte d'une « dualisation » que la loi du 3 janvier 1979, puis l'ordonnance *Auroux* du 5 février 1982 ont précisé les conditions de recours aux contrats à durée déterminée, cette dernière créant notamment la catégorie de « *contrats à durée déterminée d'usage* » pour des secteurs définis par décret, avant que le législateur n'étende récemment cette compétence aux conventions de branche. Ainsi, le contrat de travail à durée indéterminée est devenu le contrat de travail de droit commun, la législation réservant le travail temporaire et les contrats à durée déterminée pour des situations exceptionnelles. Il faut ajouter à ces différents types de contrats, dominés par la figure du CDI, un processus de mensualisation des ouvriers qui s'engage par voie conventionnelle en aboutissant à la loi du 19 janvier 1978. Ce processus contribue à une homogénéisation du travail salarié autour de ce que l'on commence à nommer l'« *emploi* » comme objet d'inquiétude dans un contexte de chômage en explosion.

C'est dans ce cadre que l'on peut constater, de 1985 à 2015, une croissance du chômage de 40 %, mais aussi, plus généralement, une croissance de la population active de 19 %, ainsi qu'une croissance du nombre de salariés de 25 %, alors que le nombre d'indépendants chutait de 17 %. Les emplois en CDI ou en statut de fonctionnaires concernent aujourd'hui

(26) V. J.-M. Bruguère et J. Zay, *Le droit d'auteur au temps du Front Populaire. Le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Paris, Dalloz, 2015.

(27) <https://ligue.auteurs.pro/documents/statut-le-constat/>, consulté le 26 février 2019.

(28) *Le Monde*, 3 mars 2016, accessible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/03/04/projet-de-loi-el-khomri-une-avancee-pour-les-plus-fragiles_4876380_3232.html?xtmc=kramarz&xtcr=12, consulté le 27 février 2016.

(29) Isabelle Meyrat, « La loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ou l'histoire d'une réforme au long cours », *Dr. Ouvr.* novembre 2016, p. 689.

(30) Pouvant alors donner lieu pour le salarié à une indemnité au moins égale à 6 mois de salaire, à défaut de réintégration.

(31) Michaël Piore, « Dualism in the Labor Market », *Revue économique*, n°1, janvier 1978, pp. 26-48.

environ 70 % de la population active (chômeurs compris). Les emplois « à durée limitée » concernent en priorité les jeunes, qui, cependant, accèdent progressivement à un emploi en CDI ou sous statut entre 18 à 30 ans, forme d'emploi concernant autour de 75 % des classes d'âge entre 30 et 60 ans (32). Cette place centrale du CDI et de la fonction publique dans la population active s'accompagne d'une stabilité dont témoigne la croissance de l'ancienneté moyenne des salariés dans l'entreprise avec l'âge, culminant à 24 ans pour la classe d'âge 60 ans.

2. L'entreprise au-delà de l'établissement

Dans cette percée du salariat reposant sur l'emploi stable en CDI, il reste à éclairer l'employeur comme l'autre partie au contrat de travail. En effet, avec l'élaboration du contrat de travail, la démarche d'identification du travail part du constat que le travailleur travaille, et conduit ensuite à se demander pour qui. De la réponse à cette question de savoir *pour qui* travaille le travailleur découle alors, au moins en partie, la réponse à la question de savoir *avec qui* le travailleur travaille (33). Une telle démarche tranche avec l'identification du seul preneur d'ouvrage à partir de la commande que lui fait un négociant, en conférant à l'ouvrier preneur d'ouvrage le soin de produire avec qui il juge bon.

Dans la démarche « travail », l'employeur prend la forme initiale du chef d'établissement, caractéristique d'un capitalisme familial où l'entreprise apparaît comme le versant économique d'une unité de production regroupant les salariés dans un même lieu, l'établissement (34), selon la division collective du travail que cela suppose. Cette situation paraît correspondre à la U-Form ou firme unitaire (dans la conceptualisation de Chandler (35)), telle qu'on la retrouve aux États-Unis, par exemple dans le cas de Ford où la chaîne de production matérialise spatialement et techniquement la solidarité des travailleurs. Mais, dans les vagues d'« américanisation » que

connaissent les sociétés européennes au lendemain de la Seconde Guerre mondiale (36), la recherche de productivité de l'après-guerre, qui caractérise la U-Form, cède la place à la M-Form (37) dans les années 1960 sous l'impulsion de cabinets tels Mac Kinsey.

Cette évolution est caractéristique en France de la construction de « champions nationaux » engagée par le régime gaulliste, en initiant les premières « restructurations », destinées à rapprocher des entreprises/établissements dispersées sur le territoire national. Le but est d'arriver à des économies d'échelles par l'élimination des « double-emploi », tout en favorisant la modernisation de l'appareil productif par des investissements dans des techniques de pointe et la création de centres de R&D. Mais cette évolution ne remet pas nécessairement en cause le poids de l'établissement, comme dans le cas d'Usinor qui apparaît, jusque dans les années 1980, comme une « fédération d'usines » marquées par une gestion locale de la main-d'œuvre (38). Cela se traduit ainsi fréquemment par des restructurations décidées centralement, mais gérées localement par des directions d'établissement exerçant les fonctions d'employeurs par leur compétence en matière d'embauche et de licenciement.

La figure ultime de cette américanisation est celle de la globalisation des firmes dans le sillage du réaganisme, sur fond de libéralisation et de globalisation des marchés financiers. Ainsi, « *la corrélation toujours plus grande des mouvements des grandes Bourses s'accompagne de l'accès d'un nombre de plus en plus grand de PME aux marchés financiers, d'une attention accrue aux résultats à court terme. Cette évolution résulte, dans une large mesure, de l'importance toujours plus grande des fonds de pension, demandeurs d'un retour élevé sur investissement. Mais la contrepartie est lourde : employés et clients y sont de plus en plus sacrifiés, de même que l'évolution technologique* » (39).

(32) Source INSEE, Enquête emploi 2017 mise à disposition par l'ADISP, traitement Marion Plault-Claude Didry.

(33) « Ce contrat [de travail], lorsqu'il doit s'exécuter dans une entreprise, insère le salarié dans une collectivité. C'est en qualité de membre du personnel de l'entreprise qu'il bénéficie de certains droits (participation aux droits dits collectifs, droit d'expression) ou bénéficie de certaines protections (en matière d'hygiène et de sécurité par exemple) [...]. C'est dans cette seconde sphère que le rapport de travail s'articule avec les relations professionnelles » (Antoine Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 301.)

(34) Dans les années 1950, « La conception doctrinale de l'établissement se cale sur une représentation particulière de la production ancrée dans la figure de l'ingénieur entreprenant : l'organisation de l'entreprise, projet économique, suit une rationalité technique qu'incarne l'établissement », Cyril Wolmark, « La caractérisation de l'établissement », Dr. Ouvr. n° 882, 2018, p. 533.

(35) Pour Chandler, la U-Form correspond à l'entreprise « unitaire » regroupant les opérations productives dans un même lieu, un établissement : v. Alfred Chandler, *La main visible des managers*, Paris, Economica 1999 [1977].

(36) Voir Dominique Barjot, « introduction » au dossier « où va l'histoire des entreprises », *Revue économique*, 58-1, 2007, p. 5-30.

(37) Qui correspond à l'entreprise multi-divisionnelle, où un siège coordonne des établissements assurant des fonctions complémentaires.

(38) V. Eric Godelier, « La naissance d'un géant : Arcelor-Mittal (1948-2006) », *French Politics, Culture & Society*, Vol. 26-2, 2008, p. 115.

(39) Dominique Barjot, « Introduction » au dossier « Où va l'histoire des entreprises », *Revue économique*, art. cit., p. 24.

3. Au-delà de l'entreprise, la polarisation entre le micro-entrepreneur et le groupe

L'employeur devient finalement une figure évanescence, tiraillé entre la sous-traitance, qui disperse des activités productives solidaires, et la concentration de groupes, qui se dissimulent derrière une multitude de filiales. Cette dispersion peut aller aujourd'hui jusqu'à l'auto-entrepreneur, lié par un contrat de prestation de service – forme moderne du louage d'ouvrage – à des plateformes. La concentration se révèle par la reconstitution des liens financiers qui permet, dans l'enquête LIFI (Liaisons Financières) de l'INSEE, de distinguer moins de trois cents grandes « entreprises » (40) de plus de 5.000 salariés, qui regroupent pas moins de 35.000 unités légales et près d'un tiers des salariés du secteur privé (41). L'UES, le co-emploi ou l'accord de groupe, promu par la loi du 8 août 2016 au rang d'un accord d'entreprise, dessinent alors des ordres normatifs complexes, jetant une ombre sur la cohérence de l'organisation que suppose la production marchande (42). Ainsi, le contrat de travail se loge et se perd au cœur d'une situation d'anomie que le droit du travail peine à endiguer. Dans les désordres actuels de ces entreprises, identifiées à partir du statut de sociétés commerciales qui sont autant d'écrans pour masquer la réalité du pouvoir économique (43), l'établissement représente probablement une source d'aveuglement supplémentaire en demeurant, aux yeux des travailleurs, le lieu privilégié du travail, et en se trouvant conforté par des élections professionnelles dont les syndicats tirent leur représentativité (44).

Conclusion

Le contrat de travail symbolise une véritable reconfiguration dans la manière d'appréhender les activités productives, en contribuant à une identification du travail comme activité individuelle du travailleur dans une collectivité. Mais aujourd'hui, plus qu'hier, cette innovation juridique majeure ne se comprend que dans la dynamique d'une production marchande relevant du droit commercial et des affaires. Le contrat de travail a contribué à ancrer le travail dans la société, au point d'en faire l'un des principaux déterminants de l'identité sociale des individus. Mais il s'avère aujourd'hui insuffisant pour déterminer l'autre partie au contrat, l'employeur, dont la figure fantomatique hante le droit du travail. La métaphore d'un « droit-branche », rattachant le droit du travail au tronc d'un arbre nommé « droit », s'avère alors trompeuse pour saisir la coexistence du droit du travail avec un droit commercial qui encourage cette évaporation de l'employeur dans la multiplication des formes sociétaires. Cette coexistence tient plutôt de la contradiction, dans la mesure où la prétendue « complexité » attribuée au Code du travail a pour contrepartie la prolifération du droit des affaires. Elle conduit à se demander si la « précarité » des rapports de travail ne résulte pas, finalement, de la précarité de l'entreprise.

Claude Didry

(40) Au sens de l'article 1 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique : « La notion d'entreprise utilisée pour l'application de l'article 51 de la loi de modernisation de l'économie susvisée est celle du règlement (CEE) du Conseil du 15 mars 1993 susvisé, c'est-à-dire la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes ».

(41) Insee, *Les entreprises en France*, 2018, p. 66.

(42) V. Elsa Peskine, « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *Revue de droit du travail*, 2019, p. 19.

(43) Bruno Dondero, « Entreprise et personnalité morale : l'approche du droit des sociétés », *Dr. Ouvr.*, mars 2013, pp. 151-156.

(44) Cyril Wolmark, « La caractérisation de l'établissement », *Dr. Ouvr.*, septembre 2018, pp. 533-542.