

# Les sciences de gestion à la rescousse du droit du travail ?

par Vincent BONNIN, Maître de conférences en droit privé,  
Université de Poitiers, Équipe de recherche en droit privé (ERDP, EA 1230)

## PLAN

### I. Les faux semblants de la « justification » manquée du droit du travail

- A. Le fourre-tout de la justification
- B. La fausse exclusivité de la justification travailliste

### II. Le faux procès de la vision négative du travail

- A. Méconnaissance des composantes et fonctions du droit
- B. Méconnaissance des réalités du travail

**Un article paru dans deux numéros successifs de la revue « Droit social » (1) propose au droit du travail de changer sa vision de l'objet dont il se saisit – le travail – afin de (re)trouver toute sa légitimité. L'argument tient en une proposition : le droit du travail est un droit pessimiste, dans lequel l'employeur est assimilé à un « exploiteur », voire soupçonné de « capitalisme luciférien » (2). Ce caractère ressort aussi bien de ses règles, qui imposent plus que dans tout autre branche du droit des justifications foisonnantes et discutables, que des interprétations qu'en fait la doctrine. Or cela n'est plus de mise aujourd'hui, car voici venu le temps des propositions portées par les sciences de gestion, plus sûres et, surtout, plus « optimistes ».**

**Autant la pluridisciplinarité stimule, autant la thèse défendue étonne. La critique d'une autre discipline suppose d'en connaître les instruments, à défaut d'en avoir la maîtrise. Or, à l'évidence, tel n'est pas le cas. Et c'est le droit tout court qui est malmené, car la réponse à la question posée « pourquoi un droit du travail ? » ne se trouve pas sur cette branche jugée un peu faible, mais à la racine même de l'ordre juridique. De cette erreur de référence initiale découle une construction artificielle et faussée : les faux semblants de la critique de la « justification », présentée comme une obsession malade du droit du travail, d'une part, le faux procès de la vision négative du travail, d'autre part.**

## I. Les faux semblants de la « justification » manquée du droit du travail

Le droit du travail ne parviendrait pas à justifier son existence parmi les autres branches du droit et cette impuissance serait d'autant plus signe d'une crise qu'il serait le seul à exprimer ce besoin. La fausseté du propos est double. Non seulement les justifications évoquées dans un vrai fourre-tout ne sont pas pertinentes (A), mais, en plus, le droit du travail n'est pas le seul à devoir se justifier au sein de l'ordre juridique. Les autres branches du droit n'y échappent pas non plus (B).

### A. Le fourre-tout de la justification

Le droit du travail courrait après sa justification, au point de se perdre dans celles qu'il impose, principalement à l'employeur. L'argument, découlant en apparence d'une étude approfondie du Code du

travail, est mal fondé car il repose sur une erreur méthodologique. Si le droit du travail doit justifier son existence, c'est au sein de l'ordre juridique lui-même qu'il convient d'aller chercher, du côté des rapports qu'il noue avec les autres branches. Or l'étude de ces rapports montre que, depuis longtemps, cette justification demeure bien établie.

Le droit du travail est – historiquement – la réponse à une double contradiction qui a miné le droit civil au fur et à mesure des transformations économiques, sociales et aussi politiques qui ont traversé le XIX<sup>ème</sup> siècle. La première contradiction a été celle de l'égalité : comment des personnes déclarées égales par la loi pouvaient-elles convenir d'un rapport hiérarchique entre elles (3) ? La seconde contra-

(1) A. Villeger, « Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion », DS 2019, pp. 344 et 426.

(2) Les formules entre guillemet sont tirées de l'article précité.

(3) C'est la question à laquelle répondit, d'abord, le fameux arrêt *des sabbats* : Cass. Civ. 14 février 1966, D. 1966, I, p. 84. J.-P. Le Goff, « Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours », PUR 2004, p. 120. Également A. Supiot, « Critique du droit du travail », PUF, Quadrige, p. 111.

diction a été celle de la dimension collective de la vie des entreprises : comment concilier l'organisation de ces dernières et le principe de l'effet relatif de la relation contractuelle établie entre l'employeur et chacun des membres de son personnel ? Au-delà de la réalité sociale qui leur faisait écho, ces deux questions portaient d'abord sur l'ordonnement juridique lui-même.

Chacune a reçu des réponses multiples et successives. Celles-ci ont non seulement fait émerger le droit du travail, mais ont aussi participé à l'évolution de l'ensemble de l'ordre juridique. La mise à l'écart de la relation égalitaire dans la relation de travail a autant permis de légitimer le pouvoir de l'employeur, maître et propriétaire, que d'en fixer les limites (4). Furent ainsi reconnus les droits extrapatrimoniaux – balbutiants au départ – de la personne du salarié : le respect de son intégrité physique d'abord, celui de sa vie personnelle ensuite (5). Ces affirmations n'ont été que la traduction – parfois les prémices – d'évolutions plus profondes de l'ordre juridique : le développement des droits fondamentaux et la nécessaire conciliation lorsque ceux-ci se trouvaient entre eux en contradiction, la lutte contre les discriminations (6). Les phénomènes collectifs qu'étaient le développement des entreprises, d'une part, et celui des mouvements sociaux manifestant un désir de solidarité, d'autre part, permettront d'affirmer le pouvoir d'organisation de l'employeur, de même que l'autonomie collective propre aux salariés. Là aussi, les réponses apportées ont fait évoluer l'ensemble du droit. Le mutualisme et le syndicalisme ont participé à la réflexion d'ensemble sur la personnalité morale, tout comme le droit des sociétés et la reconnaissance du phénomène associatif y ont contribué. La représentation du personnel est le fruit d'un regard particulier porté sur l'entreprise et son organisation, regard qui évolue encore aujourd'hui par l'accroissement de la participation des salariés aux organes décisionnels (7).

De ces problématiques initiales découleront des réponses qui – le plus souvent – relèveront plus de

compromis politiques et sociaux que de considérations de théorie juridique. C'est à partir de ces irrptions et tâtonnements, législatifs et jurisprudentiels, que se développeront des propositions d'interprétations globalisantes, formant les différents courants doctrinaux. Mais ces doctrines ne doivent pas être confondues avec le droit du travail lui-même, ce qui est d'ailleurs admis au début du propos par la distinction faite entre les textes du droit et la science de ces textes (8). Elles ne sont que des propositions plus ou moins collectives, des courants de pensées, passerelles entre le droit savant et le sens commun, propositions nourrissant des problématiques de diverses natures : philosophique, politique, économique (9).

Dès lors, les exemples foisonnants de cette justification, présentée comme inopérante, sont tout simplement hors sujet. Ils confondent la justification du droit du travail lui-même et celles que ce droit impose à ses sujets. La première est le cœur de notre sujet, la seconde n'est, pour l'essentiel, qu'un rebondissement du débat entre civilistes et travaillistes sur la causalité des actes juridiques (10). La cause réelle et sérieuse, qui introduirait les mobiles ou les intentions dans le droit positif, contrairement aux autres conditions de conclusion des actes de droit privé, n'a d'abord été qu'une remise en forme de la jurisprudence de l'abus de droit de congédier, que la Cour de cassation avait développée avant la loi sur le licenciement de 1973. Quant à l'article L. 1121-1 du Code du travail et son principe de pertinence et de proportionnalité, il n'est que la traduction d'un mouvement d'ensemble qui touche toutes les branches du droit : celui de la conciliation entre des droits fondamentaux opposés (11). C'est alors que se profile le second faux-semblant : celui de la justification exclusive au droit du travail.

## B. La fausse exclusivité de la justification travailliste

C'est l'autre argument porté contre les actuelles justifications du droit du travail : celui-ci serait le seul

(4) En découleront les théories de l'entreprise qui seront proposées par les différentes disciplines : N. Catala, « L'entreprise », in XXX dir. G.-H. Camerlynck, « Traité de droit du travail » T. 4, Dalloz 1980, n° 118 s. ; B. Segrestin, B. Roger et S. Vernac (dir.), « L'entreprise, point aveugle du savoir », Éd. Sc. Humaines 2014.

(5) Depuis la jurisprudence *Nikon* : Cass. Soc. 2 octobre 2001, Dr. Soc. 2001, p. 905, n. J.-E. Ray ; Dr. Ouvr. 2002, p. 76, n. A. de Senga.

(6) Si cette lutte contre les discriminations, sous l'effet notamment du droit communautaire, concerne tous les aspects de la vie sociale, les rapports successifs de la Halde, d'abord, du Défenseur des droits, ensuite, montrent que la relation de travail est le cadre dans lequel est déclarée la majorité de ces atteintes : cf. rapport d'activité 2018 du Défenseur des droits, p. 43 : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa-2018-num-19.02.19.pdf>.

(7) Cf. la loi n° 486 du 22 mai 2019, dite loi « Pacte », JO du 23 mai, à l'art. 184, qui abaisse de 12 à 8 le seuil d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance à compter duquel deux représentants des salariés sont désignés.

(8) Cf. A. Villegier, préc.

(9) F. Géa, « La littérature du droit du travail », Mél. A. Lyon-Caen, 2018, p. 363.

(10) L. Bento de Carvalho, « L'apport du droit du travail à la théorie générale de l'acte juridique », LGDJ 2015, n°s 784 s., 826 s.

(11) F. Guiomard, « La justification des mesures de gestion du personnel. Essais sur le contrôle du pouvoir de l'employeur », thèse Paris X-Nanterre, 2001, pp. 14 et 15.

à se légitimer de la sorte. Or, à trop vouloir prouver, se manifesterait l'impossibilité de le faire.

Cette figure de rhétorique ne résiste pas, là encore, à l'examen du droit positif et, plus largement, à celui de l'ordre juridique. Les autres branches du droit justifient leur existence sur des notions-clés ou des contradictions comparables à celles qui fondent le droit du travail. Il suffit, pour le comprendre, d'ouvrir quelques manuels, quels qu'en soient les auteurs. Le droit commercial n'aurait pas besoin de justifier son existence ? La qualité de commerçant doit être établie afin de s'affranchir de certaines des conditions civilistes du contrat et, plus largement, l'ordre concurrentiel, quant à lui, transforme le régime de responsabilité des acteurs économiques (12). Le droit de la consommation, de son côté, se fonde sur la différence de position entre consommateur et professionnel (13). Il impose ainsi au second des devoirs d'information qui sont autant de justifications, préalables nécessaires à la conclusion du contrat. Le droit pénal, quant à lui, se caractérise en permanence par ce compromis mouvant entre la répression des actes les plus néfastes pour la société et le respect des droits de la personne poursuivie contre les excès de fulminations : l'interprétation stricte des incriminations, leur légalité et la recherche de l'intention pour les plus graves d'entre elles, la motivation, désormais généralisée, des décisions ainsi que les garanties de procédure.

Et que dire de l'action administrative ? Au-delà du principe de légalité, l'obligation de motivation des actes administratifs individuels défavorables ou dérogatoires est affirmée depuis la loi 79-587 du 11 juillet 1979. Et les textes successifs ont apporté aux usagers des garanties supplémentaires, qui sont autant de conditions sur lesquelles les services publics doivent fonder leur action. Les réponses aux demandes présentées à l'administration (14) et, plus récemment encore, le droit à l'erreur (15) apportent des limites supplémentaires qui imposent à la puissance publique de justifier son action. Un exemple illustre particulièrement ce renforcement, au bénéfice des entreprises : celui des contrôles exercés

par les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales (16).

La raison commune à ces conditions et devoirs imposés aux uns et autres, employeurs comme agents économiques ou organes chargés d'un service public, tient dans l'exercice d'un pouvoir, constaté en fait ou juridiquement qualifié. Le fort, ainsi désigné, doit justifier – dans des limites variables – de son action à l'égard du faible (17). Surtout, lorsque des droits fondamentaux sont en jeu, la loi et le juge imposent un équilibre qui, d'une part, prohibe les discriminations – dont la justification est imposée à l'auteur de la différence de traitement – et, d'autre part, applique le principe de pertinence et de proportionnalité, énoncé depuis fort longtemps dans de nombreux domaines par le Conseil d'État (18) et par le Conseil constitutionnel (19). Les législateurs, français et européens, ont encore récemment appliqué cette méthode de contrôle de l'action des « puissants » par la transposition du règlement général de protection des données (RGPD) et le principe « *d'adéquation et de pertinence* » dans la collecte des données à caractère personnel (20).

Par ailleurs, la comparaison faite entre, d'un côté, les justifications innombrables recensées en droit du travail et les quelques cas observés dans les autres branches, pour en conclure que « *bien que les restrictions de liberté soient souvent bien plus conséquentes qu'en droit du travail, elles sont plus facilement admises* » (21), relève d'une forme de caricature par les chiffres, doublée d'un amalgame entre la loi et le droit. Considérer que quelques textes suffisent à garantir les droits des personnes vulnérables en droit civil, malgré les enjeux considérables qui les traversent, fait fi à la fois des multiples déclinaisons que le juge apporte à ces règles et des nombreux textes spéciaux qui protègent les mineurs, les majeurs protégés et les personnes handicapées.

(12) A. et G. Decocq, « Droit de la concurrence », LGDJ 2010, pp. 295 et s.

(13) Y. Picod, « Droit de la consommation », Sirey, 2018.

(14) Loi 2000-321 du 12 avril 2000, JO du 13 avril.

(15) Loi 2018-727 du 10 août 2018, JO du 11 août.

(16) P. Morvan, « Droit de la protection sociale », LexisNexis 2017, n° 712 s., 729 s.

(17) P. Lokiec, « Contrat et pouvoirs », LGDJ 2004, n° 373 s.

(18) À propos, notamment, de la légalité des dispositions du règlement intérieur : CE 1<sup>er</sup> février 1980, DS 1980, p. 310, concl. A. Bacquet ; J. Waline, « Droit administratif », Précis Dalloz 2008, p. 610.

(19) D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, « Droit du contentieux constitutionnel », Montchrestien 2016, n° 330, n° 878.

(20) M.-F. Mazars et W. El Boujemaoui, « Se préparer à la discipline de la RGPD. Le règlement européen sur la protection des données personnelles », RDT 2018, p. 506.

(21) Cf. A. Villeger, préc.

## II. Le faux procès de la vision négative du travail

La seconde partie de ce fourvoiement passe par la critique du regard négatif que le droit du travail porterait sur le travail même. Cette critique trahit une confusion entre la vision du droit positif et d'autres approches, parfois non juridiques, marque d'une méconnaissance de ce qui compose le droit et de ses fonctions (A). La proposition de « travail positif » qui s'ensuit apparaît alors bien oubliée de certaines réalités du travail (B).

### A. Méconnaissance des composantes et fonctions du droit

Le droit du travail aurait une mauvaise image de ce qu'il prétend organiser. Les vieux lieux communs s'enchaînent, puisant à la fois à la vision morale de la justification décriée et à l'étymologie du travail – le *tripalium* et la malédiction de la Genèse sont de la partie. C'est une « *vision pessimiste du travail dans notre société* » qui empêcherait d'en apprécier les vertus et d'en goûter les plaisirs.

Qui donc pose ce regard dans ce cadre – la société – dépassant les lieux du droit ? Le lecteur n'est pas renseigné sur les responsables de cette désolante approche, qui touche parfois au plus intime de l'activité humaine. Le propos concerne un – ou des – destinataire(s) sans identité, rassemblant sans doute les producteurs du droit positif, de courants doctrinaux et d'autres auteurs de représentations moins juridiques. La distinction précédemment observée entre les textes du droit et leur science est noyée dans des généralités sémantiques et littéraires. Or elle demeure d'autant plus indispensable que le droit positif lui-même est visé par cette critique, laquelle méconnaît une des fonctions essentielles du droit : celle de fixer des limites à l'activité humaine (22).

Les portraits sont connus : l'avocat, dont le sacerdoce passe par la défense exclusive des salariés contre les patrons, ou l'employeur, désespéré par un personnel trop peu investi et à l'affût du moindre avantage, rejoignent le procureur qui, à force de se confronter aux délinquants, sombre dans la misanthropie. Les deux premières figures sont suggérées par cette vision négative reprochée au droit du travail : l'employeur doit se justifier pour faire tomber la présomption de vil exploiteur, de paternaliste condescendant ou de suppôt du diable capitaliste. L'objet du droit positif est pourtant tout autre. Les atteintes

aux droits fondamentaux, les excès de pouvoirs sont peut-être marginaux, comme le sont – heureusement – la plupart des crimes et des délits, mais la règle doit distinguer le licite de l'illicite. Et cette règle n'est pas un fruit de l'arbitraire ou d'une vision doloriste du travail. Elle fait la part de ce qui est considéré convenable ou non, selon l'esprit du temps. Celui-ci peut être composé d'avis contraires ou de choix discutés, mais, par principe, la règle de droit ne présume pas la mauvaise foi, l'abus ou la faute de l'employeur, à l'exception des situations où les droits fondamentaux des salariés sont en jeu, telles que le travail dangereux porté à la connaissance de l'employeur, le travail dissimulé, le prêt illicite de main-d'œuvre ou le non-respect du salaire minimum.

Dans ce mélange indistinctement rangé sous la formule « droit du travail », il convient aussi de tenir compte de ce qui fait le plus souvent l'ordinaire de ce droit : celui propre aux entreprises, et que le juge désigne comme les usages ou les engagements unilatéraux de l'employeur. C'est souvent la réalité de ces règles-là, de même que celle des accords collectifs, qui constitue le quotidien des salariés. Le droit a aussi cette fonction de légitimation de ces sources professionnelles (23). Or, le regard porté dans ce contexte sur le travail est pluriel ; il varie considérablement d'une entreprise à l'autre, selon la place occupée par chacun de ses membres. Visions pessimistes et optimistes du travail peuvent alors se mêler, sans que la règle de droit participe à l'une ou à l'autre.

Cette présomption de pessimisme est pour une large part imputée à certains courants doctrinaux, désignés au fil du propos. Les courants marxistes et humanistes, celui du conflit des logiques et de la légalisation de la classe ouvrière seraient, entre autres, les pourvoyeurs de cette pensée. C'est sans doute leur prêter beaucoup d'influence. La mesure des effets produits par ce droit savant sur les sujets de droit est à réaliser. D'autres « vecteurs » d'opinion, par ailleurs, ne sont pas à négliger : outre les organisations professionnelles – d'employeurs comme de salariés – le rôle des avocats ou d'autres prestataires très écoutés au sein des petites entreprises, tels que les experts-comptables, ou encore, plus simplement, les relations familiales ou de voisinage, sans oublier, désormais, la part des « réseaux sociaux ».

(22) F. Ost, « À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités », Bruylant 2016, p. 242.

(23) La « double institutionnalisation » : cf. F. Ost, préc., pp. 143 et s.

## B. Méconnaissance des réalités du travail

Heureusement, certaines théories ou approches, promues par les sciences de gestion, permettent d'aborder le travail de façon plus plaisante et de tirer bénéfice de ses nombreuses vertus. En particulier, la théorie de l'échange social est exposée comme un bilan entre gains et coûts, à la fois économiques et symboliques, permettant à chacun des agents – employeur comme salarié – de librement s'engager et poursuivre ou non une relation de travail. Il en découle un rapport « gagnant-gagnant » permettant de toujours décider à son avantage et de profiter des bienfaits du travail. L'une des confirmations de cette vision en serait que l'état de santé des demandeurs d'emploi est globalement moins bon que celui des actifs.

À l'heure du procès France Télécom, cette présentation sommaire et très individualisante des relations de travail (24) fait l'impasse sur leur complexité et les évolutions profondes qui les traversent : les nouvelles organisations produites à partir des outils numériques, la localisation du travail au-delà des frontières (25), l'apparition de nouveaux risques professionnels et la redéfinition des divisions du travail entre hommes et femmes. Dans de tels bouleversements, la place de chacun est réinterrogée et l'avenir parfois incertain (26). Les choix des acteurs peuvent être aussi ceux d'un moindre mal entre, d'une part, conserver un emploi qui, parfois, détruit, mais permet de « gagner sa vie » et, d'autre part, subir les risques de relégation qui guette la recherche d'emploi. Adhérer, exprimer clairement sa volonté, renoncer, se résigner ou se soumettre sont des déclinaisons du consentement, qu'il convient d'interroger. D'ailleurs, le droit civil tient compte, un peu plus désormais dans ses règles, des possibles déséquilibres résultant des bilans entre « coûts » et « gains », par une redéfinition des clauses abusives, tout comme il assimile à une forme de violence les abus de faiblesses à l'occasion de la conclusion des contrats (27).

Cette application aveugle d'une théorie pourtant féconde en débats conduit, enfin, à l'occultation

de faits tragiques, exceptionnels par leur publicité, et, parfois, causes de réformes. Si, par principe, l'expression d'un consentement permet à chacune des parties de tirer avantage des conventions que celles-ci concluent, comment expliquer que, des unes aux autres, l'organisation de la production par les grands groupes de l'habillement ait pu conduire à la catastrophe du Rana Plaza (28) ?

Enfin, la concrétisation de cette théorie passerait par les accords de qualité de vie au travail (QVT). Cette nouvelle approche du travail, dont la négociation est désormais obligatoire dans les entreprises dotées d'une représentation syndicale, doit être prise au sérieux, car, comme certains s'accordent à le souligner, une forme de prévention est ainsi à l'œuvre (29), qui se situe avant même le stade primaire. En effet, les risques psycho-professionnels (30), liés notamment aux organisations numérisées du travail, peuvent survenir dans des environnements paisibles en apparence, en particulier lorsque la dimension collective du travail est escamotée. Déconnexion, isolement des salariés, prévention des risques dits psychosociaux sont au cœur de la QVT ; il s'agit du même processus « *permettant d'améliorer les conditions d'exercice du travail* ». Mais ce processus passe nécessairement par la prise en compte du travail réel (31), le respect des règles de prévention des risques professionnels, comme par celui des droits fondamentaux des salariés, autrement dit la disparition des situations les plus inadmissibles. Ces cas sont peut-être peu nombreux, mais leur élimination est la raison d'être même du droit, quelles qu'en soient les branches.

Vincent Bonnin

(24) Pour une approche collective, dans le cadre de l'entreprise, sous l'angle des théoriciens du don : N. Alter, « Travail, organisation et échange social », in XXX, dir. P. Chanial, « La société vue du don », La XXX, déc. 2008, p. 45.

(25) Michèle Bonnechère, « Mondialisation, multinationales et droit du travail : éléments de réflexion », Dr. Ouv. 2019, p. 58.

(26) J. Krause, « Quel travail voulons-nous ? », Les Arènes, 2012.

(27) M. Fabre-Magnan, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », SSL n° 1715 du 21 mars 2016.

(28) I. Daugareilh, « la responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », in a. supiot et m. delmas-mARTY (dir.), « Prendre la responsabilité au sérieux », Seuil 2015, p. 183.

(29) Sur la prévention des risques professionnels et la qualité de vie au travail, cf. les travaux à paraître de F. Héas, dans la revue Droit social.

(30) La formule « risques psycho-professionnels » sera préférée à celle des « risques psycho-sociaux », car la seconde escamote purement et simplement le contexte particulier dans lequel surviennent les atteintes à l'intégrité des salariés.

(31) Ou de ce qui est aussi appelé « travail vivant » : C. Dejours, « Travail vivant », Payot 2009.